

IGUALDADE E PROPORCIONALIDADE:
UM COMENTÁRIO ÀS DECISÕES
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE PORTUGAL SOBRE CORTES SALARIAIS
NO SECTOR PÚBLICO

RAVI AFONSO PEREIRA

I. INTRODUÇÃO.—II. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TC SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: 1. *A fórmula da proibição do arbítrio*. 2. *A recepção da «neue Formel» do Tribunal Constitucional Federal alemão*. 3. *A evolução posterior*.—III. AS TRÊS DECISÕES SOBRE CORTES SALARIAIS NO SECTOR PÚBLICO: 1. *O acórdão n.º 396/2011*: 1.1. *A Lei do Orçamento do Estado para 2011*. 1.2. *O pedido junto do TC*. 1.3. *A decisão e os seus fundamentos*. 2. *O acórdão n.º 353/2012*: 2.1. *A Lei do Orçamento do Estado para 2012*. 2.2. *O pedido junto do TC*. 2.3. *A decisão e os seus fundamentos*. 3. *O acórdão n.º 187/2013*: 3.1. *A Lei do Orçamento do Estado para 2013*. 3.2. *Os pedidos junto do TC*. 3.3. *A decisão e os seus fundamentos*.—IV. UM COMENTÁRIO A ESSAS DECISÕES: 1. *A Constituição, o Tribunal Constitucional e a crise da dívida soberana*. 2. *Igualdade e proporcionalidade*: 2.1. *Igualdade e proporcionalidade na jurisprudência do TC*. 2.2. *A diferente estrutura da igualdade e da proporcionalidade*. 3. *A fórmula da «igualdade proporcional»*: 3.1. *A «igualdade proporcional» e a estrutura do princípio da igualdade*. 3.2. *A «igualdade proporcional» como critério de densidade de controlo judicial*. 3.3. *A «igualdade proporcional» e a estrutura escalonada da intensidade de escrutínio*. 3.4. *O âmbito de aplicação da fórmula da «igualdade proporcional»*.

I. INTRODUÇÃO

Nos últimos dois anos, o Tribunal Constitucional de Portugal (TC) proferiu três acórdãos em matéria de cortes salariais no sector público.

Enquanto no seu acórdão n.º 396/2011 (1) o TC não declarou inconstitucionais as normas constantes da Lei do Orçamento do Estado (LOE) para 2011 que

(1) Acórdão n.º 396/2011, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 82.º vol., 2011, págs. 17-44. Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal estão integralmente disponíveis para consulta no sítio oficial do Tribunal (www.tribunalconstitucional.pt).

estabeleciam cortes salariais no sector público, nos acórdãos n.ºs 353/2012 (2) e 187/2013 (3), o TC declarou a inconstitucionalidade de normas constantes, respectivamente, da LOE 2012 e da LOE 2013, que estabeleciam tais cortes.

As duas últimas decisões do TC têm merecido a atenção da comunidade jurídica nacional, europeia e internacional. O papel e os limites da Constituição e da justiça constitucional em situação de emergência financeira e também o papel e os limites dos tribunais constitucionais nacionais no espaço jurídico europeu são dois debates actuais na ciência europeia do direito público a que essas decisões do TC não serão indiferentes (4).

No entanto, embora seja provável que, para esses dois grandes debates científicos, as recentes decisões do TC em matéria de cortes salariais no sector público possam ser um elemento de estudo interessante, a nenhum desses debates aproveitará a reflexão que tais decisões fazem sobre esses temas.

É que o TC, com razão ou sem ela, crítica ou acriticamente, decidiu as questões que lhe foram colocadas como o faria numa situação de normalidade, abstraindo do facto de a República Portuguesa se encontrar numa situação de emergência financeira, não contendo nenhum dos acórdãos que vamos examinar qualquer reflexão sobre o tema «Crise e Constituição». Talvez por isso mesmo —isto é, por não conterem qualquer reflexão sobre tal matéria— as decisões do TC possam ser interessantes para esses debates científicos.

Em todo o caso, porque nos não é possível analisar ou discutir algo sobre o qual o TC nada disse, aquilo que cumpre fazer no presente estudo é analisar aquilo que o TC efectivamente disse.

Assim, o nosso comentário aos acórdãos do TC sobre cortes salariais no sector público será feito no quadro de uma análise da evolução da jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade, por ter sido a violação do princípio da igualdade que serviu de fundamento às duas decisões que declararam a inconstitucionalidade de normas que estabeleciam cortes salariais no sector público. Do que se trata é de apurar se tais decisões, estando em linha com essa evolução jurisprudencial, contêm alguma precisão dogmática.

(2) Acórdão n.º 353/2012, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 84.º vol., 2012, págs. 125-153.

(3) Acórdão n.º 187/2013, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86.º vol., 2013, em publicação.

(4) Sobre o primeiro debate, Xenophon CONTIADES (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis – A Comparative Analysis*, Ashgate, 2013; sobre o segundo, Armin VON BOGDANDY, «Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum: Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 63, 2010, págs. 1-5, e Andreas VOSSKUHL, «Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts – Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund», *European Constitutional Law Review*, núm. 6, 2010, págs. 175-198.

Sendo esse o enquadramento do nosso comentário aos acórdãos, começa-se por dar conta, ainda que muito sucintamente, daquilo que tem sido a jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade. Feito esse enquadramento, passamos então à análise de cada uma das três decisões do TC sobre a conformidade de normas constantes de leis orçamentais que estabeleciam cortes salariais no sector público à luz do princípio da igualdade. Tal análise procurará pôr em evidência a coerência que existe entre essas decisões. Por último, retomamos o tema da jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade e analisamos o contributo dado pelas decisões sobre cortes salariais no sector público da perspectiva de uma maior precisão dogmática dessa jurisprudência, sobretudo no que se refere à articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

II. A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TC SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 prescreve, no seu artigo 13.º, sistematicamente incluído no grupo de preceitos que enunciam os princípios ordenadores do exercício dos direitos fundamentais, que «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei» (n.º 1) e que (n.º 2) «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

De um modo geral, podemos dizer que, neste domínio, o texto constitucional português apresenta afinidades com outros que lhe são próximos tanto no tempo quanto nas escolhas essenciais de «valores» (5).

Tal afinidade decorre, desde logo, da opção pela consagração de «normas especiais» de igualdade ao lado de um princípio «geral» (6).

No presente comentário, começamos por examinar o essencial da evolução da jurisprudência do TC apenas relativa ao princípio geral da igualdade, consagrado no artigo 13.º, n.º 1.

(5) Maria Lúcia AMARAL, «O princípio da igualdade na Constituição portuguesa», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, págs. 35-57, 36.

(6) *Ibidem*.

1. *A fórmula da proibição do arbítrio*

Desde muito cedo que o TC teve de apreciar a conformidade de normas emanadas pelo legislador face ao princípio da igualdade. Ao fazê-lo, o TC acolheu a doutrina elaborada nos pareceres e nos acórdãos da Comissão Constitucional (7).

Logo no primeiro acórdão proferido sobre o princípio da igualdade, o TC, baseando-se na doutrina da Comissão Constitucional, estabeleceu que o princípio da igualdade, consagrado pelo artigo 13.º, n.º 1 da Constituição, se identifica com uma *proibição do arbítrio*, ou seja com uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir (8).

A fórmula da proibição do arbítrio não a concebe o TC como um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes como um critério de densidade de controlo judicial a que o Tribunal se autovincula face à legitimidade de que goza o legislador democrático. Num acórdão da década de noventa do século passado (9), o TC afirma o seguinte:

«Esclareça-se que a «teoria da proibição do arbítrio» não é um critério definidor do *conteúdo* do princípio da igualdade, antes expressa e limita a *compe-*

(7) Na sua versão originária (1976-1982), a CRP não previa a existência de um tribunal constitucional, sendo a função de fiscalização da constitucionalidade partilhada entre vários órgãos de soberania: a fiscalização abstracta era da competência do Conselho da Revolução auxiliado pela Comissão Constitucional que funcionava como órgão consultivo do primeiro através da emissão de pareceres e a fiscalização concreta era partilhada entre esta última e todos os tribunais. O Tribunal Constitucional só foi criado em 1983, na sequência da 1.ª revisão constitucional (1982), após a normalização do funcionamento das instituições do Estado de direito. Sobre esse período v. António de ARAÚJO, «A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional», *Análise Social*, núm. 134, 1995, págs. 881-946. Especificamente sobre a actividade desenvolvida pela Comissão Constitucional v. Miguel LOBO ANTUNES, «A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional», *Análise Social*, núm. 81-82, 1984, págs. 309-336, e Armindo RIBEIRO MENDES, «O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da constitucionalidade das leis (1976-1983)», in Mário BAPTISTA COELHO (ed.), *Portugal – O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, 1989, págs. 925-940.

(8) Acórdão n.º 44/84, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 3.º vol., 1984, págs. 133-146, 144-145. A fórmula da proibição do arbítrio surge, pela primeira vez, na declaração de voto do Professor Doutor Figueiredo Dias, no Parecer n.º 2/81, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º vol., págs. 123-158, 153-154.

(9) Acórdão n.º 186/90, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16.º vol., 1990, págs. 383-394, 390.

tência de controlo judicial. Trata-se de um critério de controlabilidade judicial do princípio da igualdade que não põe em causa a liberdade de conformação do legislador ou da discricionariedade legislativa. A *proibição do arbítrio* constitui um critério essencialmente negativo, com base no qual são censurados apenas os casos de flagrante e intolerável desigualdade. A interpretação do princípio da igualdade como *proibição do arbítrio* significa uma *autolimitação* do poder do juiz, o qual não controla se o legislador, num caso concreto, encontrou a solução mais adequada ao fim, mais razoável ou mais justa».

Perspectivada a fórmula da proibição do arbítrio como um critério de densidade de controlo judicial, dela extrai-se que o TC inequivocamente rejeitou que, no que respeita ao princípio geral da igualdade, esteja em condições de efectuar um controlo ilimitado sobre as circunstâncias e os factores tidos pelo legislador como relevantes e justificadores de uma desigualdade de regime jurídico num caso concreto.

Nos termos da fórmula da proibição do arbítrio, tudo está em saber se a desigualdade de tratamento em causa é desprovida de *fundamento racional* (ou fundamento *material* bastante), atenta a natureza e a especificidade da situação e dos efeitos tidos em vista (e, logo, o objectivo do legislador) e, bem assim, o conjunto dos valores e fins constitucionais (10).

Tendo em conta que tal fórmula prioritariamente pretende dar uma resposta ao problema da distribuição de competências entre a justiça constitucional e o legislador, pode afirmar-se que a jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade foi influenciada pela discussão doutrinária sobre o novo significado da igualdade jurídica da Alemanha de Weimar (11), de que, de resto, muitas outras ordens constitucionais nacionais europeias são tributárias (12).

(10) Acórdão n.º 157/88, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 12.º vol., 1988, págs. 107-150, 139. A génese dessa caracterização do que seja arbítrio é ainda do tempo da Comissão Constitucional. V. Parecer n.º 13/82, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 19.º vol., págs. 149-179, 169.

(11) Sobretudo pela obra clássica de Gerhard LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage*, Berlin, 1925, 2.ª ed., München/Berlin, 1959. Sobre o debate de Weimar v. Luis VILLACORTA MANCEBO, «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», in *Revista de Estudios Políticos*, núm. 130, 2005, págs. 35-75, 39-50.

(12) Francisco RUBIO LORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introduccion», in *id.*, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2.ª ed., Madrid, 1997, págs. 605-632, 625.

2. A recepção da «neue Formel» do Tribunal Constitucional Federal alemão

A interpretação do princípio geral da igualdade apenas na sua *dimensão negativa*, de princípio de controlo, através da fórmula da proibição do arbítrio, considera-a o TC insuficiente numa importante decisão que remonta também à década de noventa do século passado, admitindo, desde então, que possa haver violação do princípio da igualdade para além das situações de arbítrio legislativo (13).

Essa outra dimensão do princípio da igualdade corresponderia, no essencial, à «neue Formel», tal como elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão numa decisão datada de 1980 (14), e que, entretanto, tinha sido recebida pela doutrina nacional (15).

De acordo com essa fórmula, inicialmente aplicável apenas em situações de desigual tratamento de *grupos de pessoas* mas cujo âmbito de aplicação tem vindo a ser alargado (16), viola-se o princípio da igualdade se um grupo de destinatários da norma em comparação com outros destinatários da norma é tratado de modo diferente, sem que existam entre os dois grupos diferenças de tal natureza e de tal peso que possam justificar o tratamento desigual (17).

No plano dogmático, aquilo a que a nova fórmula conduz é a um acréscimo da intensidade de escrutínio por parte da justiça constitucional e, portanto, a uma redução da livre margem de conformação do legislador.

(13) Acórdão n.º 330/93, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 25.º vol., 1993, págs. 421-436, 430-431.

(14) BVerfGE 55, 72, 88 ss. Sobre a «neue Formel» v. Roman HERZOG, «Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in MAUNZ/DÜRIG (ed.), *Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar*, Stand: 30. April 1994, Anh. Art. 3, págs. 354-382, 356-358, e Werner HEUN, «Artikel 3-Gleichheit», in Horst DREIER (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. I, 1996, págs. 228-293, 239 e segs.. Na literatura espanhola v. VILLACORTA MANCEBO (n. 11), 56-62.

(15) Fernando ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989, págs. 425-426. V. também José Joaquim GOMES CANOTILHO, «Anotação ao Acórdão n.º 359/91», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 124.º, 1991-1992, págs. 318-327, 327.

(16) Michael SACHS, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes-Willkürverbot und sogenannte neue Formel», *Juristische Schulung*, núm. 37, 1997, págs. 124-130, 127-128.

(17) Na formulação do Tribunal Constitucional Federal alemão: «Diese Verfassungsnorm [Art. 3 Abs. 1] 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 rechtfertigen können» (BVerfGE 55, 72, 88).

Em termos metódicos, as operações exigidas pela «neue Formel» podem ser enunciadas do seguinte modo: (i) identificação de dois grupos de pessoas; (ii) análise da extensão da desigualdade de tratamento dada a esses dois grupos; (iii) análise da extensão das diferenças objectivas entre os dois grupos como razão para a diferenciação; (iv) juízo de ponderação entre a extensão da desigualdade de tratamento e a extensão das diferenças objectivas (18).

Na Alemanha, uma das dificuldades da «neue Formel» está relacionada com a definição das situações em que a violação do princípio da igualdade se há-de fazer com recurso a ela, ou seja com o seu âmbito de aplicação. É que a «neue Formel» não vem substituir a fórmula da proibição do arbítrio, continuando esta a ser utilizada. O que acontece é que, enquanto até então a fórmula da proibição do arbítrio servia de critério homogéneo para todas as situações em que se apreciava uma violação do princípio da igualdade, desde então a apreciação passa a ser diferenciada, sendo, por isso, necessário proceder a uma definição de categorias de constelações de casos a que corresponde a aplicação de uma ou de outra. Dessa categorização retira-se que os limites impostos ao legislador para o tratamento desigual são diferentes, indo desde a mera proibição do arbítrio, para certas categorias de situações, a uma vinculação mais estrita associada a uma ideia de proporcionalidade ou de equilíbrio no tratamento desigual, em outras constelações de casos (19).

Ora, é justamente no que respeita à construção dogmática dessa ideia de proporcionalidade ou de equilíbrio, implicada no juízo de ponderação identificado em (iv), que reside a principal dificuldade da «neue Formel». Fundamentalmente, a questão que se põe é a de saber se tal juízo de ponderação coincide com os testes exigidos pelo princípio da proporcionalidade, tal como elaborados em sede de dogmática geral dos direitos fundamentais, ou apresenta um recorte dogmático próprio. A essa discussão regressamos mais adiante (20).

Em Portugal, pese embora o TC ter começado por afirmar que o desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais tem que ter um fundamento que prossiga um fim legítimo, seja adequado e necessário para realizar tal fim e mantenha uma relação de equitativa adequação com o valor que subjaz

(18) Kerstin ODENDAHL, «Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürverbot und “neue Formel” als Prüfungsmaßstäbe», *Juristische Ausbildung*, 2000, págs. 170-176, 172.

(19) Hans D. JARASS, «Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG-Ein systematisches Konzept zur Feststellung unzulässiger Ungleichbehandlungen», *Neue Juristische Wochenschrift*, num. 50, 1997, págs. 2545-2550, 2546.

(20) V., *infra*, IV.-2.2.

ao fim visado (21), não é de todo evidente que, ao afirmá-lo, o TC estivesse rigorosamente a transpor para o juízo relativo ao princípio da igualdade as exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade em sede de dogmática geral dos direitos fundamentais. Assim, mesmo à luz da jurisprudência inicial do TC, é defensável que, quando transposto para o juízo relativo ao princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade assumia alguma especificidade, pois o que esse juízo postula é uma *exigência de equilíbrio*: apenas diferenças significativas entre dois grupos de pessoas podem justificar uma desigualdade de tratamento, sendo que a extensão dessas diferenças terá de ser tanto maior e preponderante quanto mais extensa for a desigualdade de tratamento.

Ora, é justamente a ideia de razoabilidade como equilíbrio que marca a diferença relativamente à ideia de razoabilidade como fundamento material bastante com que se contenta a fórmula da proibição do arbítrio. Nos termos da «nova fórmula», mesmo que baseada em um fundamento material bastante, pode a desigualdade de tratamento ainda assim ser desrazoável, para tanto bastando que as diferenças objectivas entre os dois grupos de pessoas não sejam de tal modo significativas ou tenham um peso tal que justifiquem tamanha extensão de desigualdade de tratamento. Nisso mesmo se traduz a compressão da liberdade de conformação do legislador face àquela que lhe reconhece o TC nos termos da fórmula da proibição do arbítrio.

Enquanto que, ao recorrer à fórmula da proibição do arbítrio, o TC limita o seu escrutínio a um critério de *evidência*, ao apreciar uma violação do princípio da igualdade nos termos da «nova fórmula», o TC efectua um escrutínio mais intenso.

3. *A evolução posterior*

É importante observar que, ao acolher a «nova fórmula», o TC de modo algum abandonou a fórmula da proibição do arbítrio, continuando esta a ser adoptada como critério de decisão.

Com efeito, na esmagadora maioria dos acórdãos em que o TC expressamente aceita efectuar um controlo que vá para além da fórmula da proibição do arbítrio, ou não se julgou a norma inconstitucional (22) ou, tendo a norma sido

(21) Acórdão n.º 330/93, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 25.º vol., 1993, págs. 421-436, 431.

(22) Acórdão n.º 330/93, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 25.º vol., 1993, págs. 421-436; Acórdão n.º 336/95, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 31.º vol., 1995, págs. 547-568; Acórdão n.º 173/2002, disponível em www.tribunalconstitucional.pt; Acórdão n.º 175/2002, dis-

julgada inconstitucional, o TC concluiu pela inexistência de fundamento material bastante para a desigualdade de tratamento, o que significa que a norma julgada inconstitucional acaba por não preencher sequer as exigências decorrentes da fórmula da proibição do arbítrio, não se revelando, assim, a «nova fórmula» determinante para o juízo de inconstitucionalidade (23).

A isso acresce que nos restantes casos, isto é nos casos em que o TC, tendo concluído pela existência de fundamento material bastante e, portanto, pelo cumprimento do teste decorrente da fórmula da proibição do arbítrio, ainda assim julgou uma norma inconstitucional, jamais utilizou a «nova fórmula» como critério de decisão.

Logo numa decisão do ano de 1994, em que estava em causa uma norma constante do Código de Justiça Militar que fixava uma pena de prisão para o crime de abuso de confiança entre doze a dezasseis anos, enquanto a pena para o crime de abuso de confiança do Código Penal, a considerar a agravação, podia ir de um ano e quatro meses a dez anos e oito meses, o TC rejeitou que se pudesse dar como verificada uma violação do princípio da igualdade, isoladamente considerado, argumentando que os bens jurídicos violados pelos tipos legais de crimes previstos no Código de Justiça Militar e no Código Penal não estão no mesmo plano de igualdade, não merecendo, por consequência, o mesmo tratamento legal (24). O TC identificou como fundamento material para a desigualdade de tratamento a diferente caracterização da comunidade civil e da comunidade militar, designadamente no apelo a deveres militares e a valores como a segurança e a disciplina das forças armadas e ainda a interesses militares de defesa nacional.

Tal significa, pois, que o TC inequivocamente fez ainda uso da fórmula da proibição do arbítrio como critério de decisão.

Simplesmente, não obstante identificar um fundamento material para a desigualdade de tratamento, rejeitando a violação do princípio da igualdade, isoladamente considerado, o TC entendeu que a norma em questão devia ainda ser sujeita a um exame que utilizasse como parâmetro o princípio da proporcionalidade conjugado com o princípio da igualdade (25).

ponível em www.tribunalconstitucional.pt e Acórdão n.º 639/2005, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 63.º vol., 2005, págs. 405-432.

(23) Acórdão n.º 232/2003, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 56.º vol., 2003, págs. 7-51 («diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, violando desta forma [...] a proibição do arbítrio que representa uma primeira dimensão do princípio da igualdade»), e Acórdão n.º 594/2012, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 85.º vol., 2012, págs. 305- 316 («diferenciação sem justificação razoável»).

(24) Acórdão n.º 370/94, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 28.º vol., 1994, págs. 169-180, 178.

(25) *Ibidem*, 179.

Ao fazer esse teste, comparando o regime punitivo do Código de Justiça Militar com o do Código Penal, designadamente considerando que o limite mínimo da pena aplicável se traduzia numa diferença de onze anos, o TC entendeu que o tratamento dado à mesma ilicitude material, substancialmente idêntica, era «desproporcionadamente diferente», tendo concluído, assim, pela «violação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, lidos conjuntamente» (26).

No plano dogmático, longe de utilizar a «nova fórmula» como critério de decisão, o que o TC fez foi construir o princípio da igualdade como um direito de liberdade —a que aparentemente seria de aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias— com um âmbito de protecção normativa constitucionalmente determinado (ou determinável por interpretação), portanto, e susceptível de sofrer uma restrição por parte do legislador, em observância dos limites constitucionalmente estabelecidos para a restrição legislativa dessa categoria de direitos (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP), entre os quais se inclui o princípio da proporcionalidade.

Também a propósito de uma disparidade entre as penas previstas para o crime de burla no Código de Justiça Militar e no Código Penal, entendeu o TC que a norma em questão violava os princípios da igualdade e da proporcionalidade, em articulação (27).

Embora nessa decisão o TC tenha afirmado expressamente estar a reiterar a argumentação do acórdão n.º 370/94 no que respeita à violação conjugada dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, referida aos artigos 13.º e 18.º, n.º 2 da Constituição (28), o TC fez aí depender da desproporcionalidade da disparidade das penas o próprio juízo quanto ao princípio da igualdade. Isso mesmo resulta da passagem do acórdão em que se afirmou que «[u]ma tal desproporcionalidade constitui ainda, sem dúvida uma violação da igualdade, na medida de uma comparação entre realidades, eventualmente diferentes, através de um critério comum» (29).

Tal não significa, porém, que nesse acórdão se tenha dado propriamente um passo em frente na autonomização dogmática do juízo de ponderação enquanto teste específico reclamado pelo princípio da igualdade. Antes pelo contrário, o que essa evolução põe em evidência é justamente que o princípio da igualdade foi tratado nos termos da dogmática geral dos direitos fundamentais, admitin-

(26) *Ibidem*, 180.

(27) Acórdão n.º 958/96, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 34.º vol., 1996, págs. 397-402.

(28) *Ibidem*, 401-402.

(29) *Ibidem*, 401.

do-se a sua restrição pelo legislador dentro dos limites constitucionalmente impostos para a restrição legislativa de direitos.

Assim, mesmo em situações em que seja identificável um fundamento material para a desigualdade de tratamento, haverá violação do princípio da igualdade, se a desigualdade de tratamento não cumprir o limite decorrente do princípio da proporcionalidade, tal como consagrado no artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Tal articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade, reiterada em jurisprudência posterior⁽³⁰⁾, foi o modo como o TC, num momento inicial, procurou responder à insuficiência da fórmula da proibição do arbítrio em determinadas matérias, designadamente sempre que estivesse em causa a liberdade individual.

Já noutras matérias, o TC continuou a utilizar a fórmula da proibição do arbítrio como critério de decisão.

Como veremos, as recentes decisões sobre cortes salariais no sector público, estando em linha com a evolução da jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade, contêm uma importante precisão dogmática, sobretudo no que se refere à articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

Com essas decisões, a jurisprudência do TC aproxima-se da «neue Formel» tal como elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e já recebida, ainda que não dogmáticamente apurada, pelo TC em acórdãos anteriores.

III. AS TRÊS DECISÕES SOBRE CORTES SALARIAIS NO SECTOR PÚBLICO

Na secção precedente, deu-se conta daquilo que foi a evolução da jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade.

Como começámos por referir, só à luz dessa evolução jurisprudencial se torna apreensível a posição do TC em matéria de cortes salariais no sector público.

Nos últimos dois anos, o TC proferiu três acórdãos sobre essa matéria.

(30) Acórdão n.º 329/97, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 36.º vol., 1997, págs. 861-867, 864-865; Acórdão n.º 334/1998, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 40.º vol., 1998, págs. 219-226, 225; Acórdão n.º 118/99, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 42.º vol., 1999, págs. 547-558, 557; Acórdão n.º 287/99, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., 1999, págs. 517-527, 526; Acórdão n.º 392/99, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., 1999, págs. 439-449, 447-448; Acórdão n.º 522/1999, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., 1999, págs. 799-821, 820.

Enquanto no seu acórdão n.º 396/2011 (31), o TC não declarou inconstitucionais as normas constantes da LOE para 2011 que estabeleciam cortes salariais no sector público, nos acórdãos n.ºs 353/2012 (32) e 187/2013 (33), o TC declarou a inconstitucionalidade de normas constantes, respectivamente, da LOE 2012 e 2013, que estabeleciam tais cortes.

Apesar de o sentido da decisão de 2011 (não inconstitucionalidade) ser oposto ao das decisões de 2012 e 2013 (inconstitucionalidade), não existe qualquer contradição entre as três decisões. Com efeito, os fundamentos que, no acórdão n.º 396/2011, levaram a não declarar as normas inconstitucionais, não poderiam senão levar à declaração de inconstitucionalidade nas decisões de 2012 e de 2013.

Tal coerência argumentativa só é, porém, perceptível à luz do modo como, através da elaboração da fórmula da «igualdade proporcional», o TC procurou dar resposta à necessidade, imposta por razões de natureza dogmática, de adaptar o princípio da proporcionalidade à estrutura específica do princípio da igualdade (34).

1. O acórdão n.º 396/2011

1.1. A Lei do Orçamento do Estado para 2011

Quando a LOE 2011 foi aprovada no Parlamento, em Novembro de 2010, Portugal não estava ainda sujeito ao programa de ajustamento económico e financeiro, acordado, em Maio de 2011, entre o Governo de Portugal e o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu.

Não obstante, em ordem a combater a crise de sobre-endividamento do Estado português, até essa data, o Governo de Portugal já tinha apresentado três programas de estabilidade e crescimento, que inevitavelmente se reflectiram na LOE 2011, a qual veio estabelecer várias medidas de austeridade.

Entre as várias medidas de austeridade previstas na LOE 2011, a que gerou mais controvérsia foi a medida que estabelecia uma redução remuneratória dos

(31) Acórdão n.º 396/2011, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 82.º vol., 2011, págs. 17-44.

(32) Acórdão n.º 353/2012, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 84.º vol., 2012, págs. 125-153.

(33) Acórdão n.º 187/2013, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86.º vol., 2013, em publicação.

(34) V., *infra*, IV-3.1.

trabalhadores do sector público que auferissem um rendimento de valor superior a € 1.500 mensais, sendo que o valor da redução variava consoante o valor do rendimento de cada trabalhador, tendo como limite mínimo 3,5% e como limite máximo 10% (v. tabela 1) (35).

TABELA 1
Redução salarial anual em percentagem no ano de 2011

| <i>Remuneração base mensal</i> | <i>Redução remuneratória anual prevista na LOE 2011</i> |
|---|---|
| Inferior a 1.500 euros | 0% |
| Superior a 1.500 euros e inferior a 2.000 euros | 3,5 % |
| Igual ou superior a 2.000 euros até 4.165 euros | 3,5% a 10 % |
| Superior a 4.165 euros | 10% |

1.2. *O pedido junto do TC*

Após a aprovação, promulgação e entrada em vigor da LOE 2011, um grupo de deputados requereu ao TC que apreciasse a conformidade constitucional da norma que introduzia aquela medida (36).

Ao fazê-lo, esse grupo de deputados sustentou o pedido em quatro argumentos. Em primeiro lugar, entendiam que a norma violava o princípio da protecção da confiança, ínsito ao princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2.º da CRP; além disso, segundo esse grupo de deputados, a norma violava o princípio da igualdade. Além de violar esses dois princípios constitucionais, a norma violava também, segundo o grupo de deputados, o direito fundamental à não redução do salário e ainda o direito fundamental de participar na elaboração da legislação laboral por parte das entidades representativas dos trabalhadores.

(35) Artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro.

(36) As entidades que podem requerer ao TC a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral de normas vêm enumeradas no n.º 2 do artigo 281.º da CRP.

1.3. *A decisão e os seus fundamentos*

No seu acórdão n.º 396/2011 (37), proferido em 21 de Setembro de 2011, o TC, em Plenário, desatendeu todos os argumentos invocados no pedido e não declarou a inconstitucionalidade da norma em apreciação.

A decisão foi proferida por maioria, votando nove conselheiros no sentido da não inconstitucionalidade e três conselheiros no sentido da inconstitucionalidade.

Na sua fundamentação, o TC começou por discutir se a norma constante da LOE 2011, que estabelecia a redução remuneratória em apreciação, operava a título definitivo ou apenas a título transitório, concluindo que a norma apresentava uma imediata incidência financeira, já que visava directamente reduzir o valor das despesas inscritas no orçamento para o ano a que respeitava, não podendo, por isso, face à Constituição e à lei, gozar de vigência que não fosse a anual.

De seguida, o TC apreciou a questão do vício formal de procedimento, por falta de participação das organizações representativas dos trabalhadores na elaboração da LOE 2011, concluindo pela inexistência desse vício.

Foi após responder negativamente a esse argumento invocado no pedido, que o TC passou à apreciação dos outros três argumentos invocados.

Ao fazê-lo, o TC rejeitou que exista tal coisa como um «direito fundamental à não redução do salário», tal como havia sido sustentado no pedido. Não só um tal direito, com esse recorte, não está previsto, de forma directa e autónoma, nem na Constituição nem na legislação ordinária como, mesmo na hipótese de se entender que tal direito existiria no plano do direito infraconstitucional, jamais se lhe haveria de reconhecer o estatuto da fundamentalidade, porquanto «[...] não se pode dizer, uma vez garantido um mínimo, que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, sendo esses os critérios materiais para determinar quando estamos perante um direito subjectivo que se possa considerar «fundamental» apesar de não estar consagrado na Constituição e sim apenas na lei ordinária» (38) (39).

(37) Acórdão n.º 396/2011, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 82.º vol., 2011, págs. 17-44.

(38) *Ibidem*, 32.

(39) Essa afirmação explica-se pela circunstância de a Constituição portuguesa, no artigo 16.º, n.º 1, prever uma «cláusula aberta» dos direitos fundamentais, nos termos da qual se admite a fundamentalidade de direitos com assento legal e não constitucional. Não cabe aqui discutir os problemas relacionados com essa «cláusula aberta». Importa apenas fazer duas observações. A

Após concluir que não existe um «direito fundamental à não redução do salário», em si mesmo considerado, o TC discutiu se se pode ainda considerar que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho —esse sim, um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias (40)—, em termos de uma redução do *quantum* remuneratório configurar uma afectação ou restrição desse direito fundamental.

O TC rejeitou tal possibilidade.

No entanto, o TC observou que tal não significa que qualquer redução da remuneração seja constitucionalmente legítima, devendo a norma em questão ser confrontada com o princípio da protecção da confiança e com o princípio da igualdade.

No que respeita ao princípio da protecção da confiança, o TC entendeu que a medida de redução remuneratória em questão satisfazia os requisitos ou testes elaborados pela jurisprudência constitucional (41). Com efeito, ainda que não ignorando a intensidade do sacrificio causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos, o TC entendeu que, tudo considerado, é de atribuir prevalência ao interesse público de reequilíbrio das contas públicas.

primeira é que tal cláusula já existia nas outras duas Constituições portuguesas do século XX (1911 e 1933). A segunda observação é que tal cláusula tem tido escassa aplicação prática na jurisprudência do TC. Sobre o âmbito material dos direitos fundamentais na CRP v. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, págs. 73 e segs.

(40) A expressão «direitos, liberdades e garantias» é utilizada pela Constituição portuguesa com o sentido de direitos de defesa («Abwehrrechte»). Os «direitos, liberdades e garantias», que vêm elencados no Título II da Parte I, beneficiam de um regime de protecção mais intenso do que os restantes direitos fundamentais. A Constituição admite ainda, expressamente, no artigo 17.º, a existência de direitos fundamentais de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias», os quais, ainda que não formalmente integrados no Título II da Parte I, beneficiam também desse regime de protecção mais intenso. Sobre a distinção entre «direitos, liberdades e garantias» e «direitos económicos, sociais e culturais» na CRP v. VIEIRA DE ANDRADE (n. 39), págs. 172 e segs.

(41) No acórdão n.º 128/2009, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 74.º vol., 2009, págs. 517-535, 532, o TC sistematizou os critérios elaborados na jurisprudência constitucional relativa ao princípio da protecção da confiança, clarificando que eles se reconduzem a quatro diferentes requisitos. Como aí se escreveu: «[p]ara 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, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa».

Após chegar a essa conclusão, e introduzindo aqui inovatoriamente uma operação metódica adicional ou complementar àquilo que é a jurisprudência constitucional relativa ao princípio da protecção da confiança, o TC procedeu a uma conjugação do princípio da protecção da confiança com o princípio da proporcionalidade. O TC entendeu que mesmo que a expectativa de manutenção dos montantes remuneratórios tenha que ceder em face da tutela de um interesse público de contrastante maior peso, ainda assim haveria que controlar se as concretas medidas transitórias de redução remuneratória traduziam ou não uma afectação desproporcionada de uma posição de confiança, tendo em conta os três níveis em que o princípio da proporcionalidade se projecta.

Ao realizar tal operação metódica adicional ou complementar, o TC começou por afirmar que se tratava de uma medida idónea para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira. Quanto ao teste da necessidade, o TC remeteu um juízo definitivo para a análise da medida à luz do princípio da igualdade —a que, segundo se afirmou no acórdão, o princípio da proporcionalidade também está associado—, na medida em que a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, deve ser tratada à luz desse princípio. No que respeita à proporcionalidade em sentido estrito, o TC entendeu que, em face das dificuldades a que visa fazer face, a redução remuneratória não se pode considerar excessiva, sobretudo tendo em conta o seu carácter transitório e o carácter progressivo do esforço exigido até ao limite máximo de 10% da remuneração.

Por último, o TC apreciou a norma à luz do princípio da igualdade. No pedido, os requerentes limitavam-se a argumentar que esse princípio era violado por a redução remuneratória não atingir todas as categorias de trabalhadores pagos com dinheiros públicos.

Relativamente ao argumento invocado pelos requerentes, o TC desatendeu-o, considerando serem limitadas as situações de trabalhadores que sejam pagos por dinheiros públicos não atingidos pela medida de redução remuneratória. Além disso, o TC considerou que a norma em questão, ao isentar os trabalhadores que auferissem um valor inferior a € 1.500 euros mensais, não viola o princípio da igualdade, porquanto a situação das pessoas que auferem remunerações mais baixas é diferente da situação das pessoas que auferem remunerações mais altas, sendo particularmente diferente para efeitos de redução salarial, sentindo-se os efeitos negativos de uma redução salarial de forma mais intensa naqueles que auferem remunerações mais baixas do que naqueles que percebem remunerações mais elevadas.

Não obstante desatender o argumento invocado pelos requerentes relativo ao princípio da igualdade, o TC discutiu uma questão conexa, que, enquanto tal, não tinha sido formulada no pedido.

O TC discutiu se, havendo necessidade de impor sacrifícios patrimoniais em tutela de um interesse público, que a todos diz respeito, não deveriam ser afectadas, por igual, as esferas da generalidade dos cidadãos, com idêntica capacidade contributiva. Segundo se escreveu no acórdão, tal resultaria do princípio da igualdade perante os encargos públicos, que exige que os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos por todos os cidadãos, ou seja que todos os cidadãos contribuam de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva.

O TC assumiu que, ao assim formular a questão, o que estava a questionar é se não é constitucionalmente imposto que a correcção dos desequilíbrios orçamentais seja feita pelo lado da receita, pelo aumento da carga tributária, em detrimento de medidas do lado da despesa, como é o caso da medida de redução remuneratória dos trabalhadores do sector público.

Ao examinar a questão, o TC começou por afirmar que é indiscutível que, com a medida em apreciação, a repartição dos sacrifícios impostos pela situação excepcional de crise financeira não se fazia de igual forma entre todos os cidadãos com igual capacidade contributiva, uma vez que elas não têm um alcance universal, recaindo apenas sobre as pessoas que têm uma relação de emprego público. Entendeu o TC que, com a medida em apreciação, era pedido exclusivamente aos servidores públicos um esforço adicional em benefício de todos.

Além disso, entendeu o TC que não estava excluída a tomada de medidas de natureza tributária, conducentes à obtenção de uma receita fiscal de montante equivalente ao que se poupa com a redução remuneratória, sendo que, nessa hipótese, todas as pessoas que auferem iguais rendimentos colectáveis ficariam sujeitas a um igual sacrifício do ponto de vista da sua contribuição para os encargos públicos.

Após essas duas afirmações iniciais, o TC prosseguiu o seu raciocínio, argumentando que, não obstante, o princípio constitucional da igualdade perante os encargos públicos não pode ser automaticamente transposto para o campo de medidas estaduais que visam a contenção do défice orçamental dentro de determinados limites. Não o pode, porque, não sendo coincidentes os efeitos produzidos por medidas do lado da receita e por medidas do lado da despesa, atendendo aos seus efeitos colaterais e à sua repercussão global no sistema económico-social, não é indiferente seguir uma ou outra via. Nas palavras do TC «[n]ão há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que

se busca um máximo de eficácia, quanto ao objectivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes» (42).

O TC concluiu, portanto, que não lhe cabe intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade das medidas implementadas. O que lhe compete —afirma o TC— é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos.

À primeira vista, tal afirmação parece indicar que o TC está a utilizar como critério de decisão a fórmula da proibição do arbítrio. Bem vistas as coisas, porém, não é esse o critério de decisão utilizado, adoptando o TC como critério de decisão, embora sem a ela fazer referência expressa, a fórmula da «igualdade proporcional».

Com efeito, embora o TC tenha começado por identificar um fundamento material bastante para o sacrifício adicional exigido aos trabalhadores do sector público, consistente na especial eficácia, no quadro dos objectivos de consolidação orçamental, para conseguir resultados a curto prazo, que uma redução de vencimentos, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, garante, e que, por isso, cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador, o TC não se satisfaz com a verificação da existência de um fundamento material para a desigualdade de tratamento.

O que se revelou determinante para a decisão do TC —no sentido da não inconstitucionalidade da norma— foi a proporcionalidade da desigualdade de tratamento. É a essa luz que deve ser lido o último parágrafo do acórdão, onde se afirmou estar-se «[...] dentro de «limites do sacrifício», que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam [...]» (43).

Embora no acórdão de 2011 não tenha declarado inconstitucional a norma aí em apreciação, o TC não deixou de densificar as exigências decorrentes do princípio da igualdade, estabelecendo limites a que o legislador está vinculado. Como vimos, embora considere que, só por si, a imposição de um sacrifício adicional aos trabalhadores do sector público, através da redução dos seus vencimentos, não viola o princípio da igualdade, o acórdão acrescentou que a desigualdade de tratamento não pode ser *excessiva*.

Ora, é justamente à luz dessa articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade que devem ser examinados os acórdãos de 2012 e de 2013.

(42) Acórdão n.º 396/2011, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 82.º vol., 2011, pág. 40.

(43) *Ibidem*.

2. O acórdão n.º 353/2012

2.1. A Lei do Orçamento do Estado para 2012

O acórdão n.º 396/2011, que analisámos na secção precedente, foi proferido a 21 de Setembro de 2011, numa altura em que a República Portuguesa já se encontrava numa situação de emergência financeira, impossibilitada de se financiar nos mercados financeiros a taxas de juro comportáveis, e se viu na necessidade de negociar um empréstimo com o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu e de se submeter às condições exigidas por essas instituições, não apenas em termos de calendarização de objectivos de consolidação orçamental, mas obrigando-se a adoptar um conjunto de medidas concretas, nos termos de um programa de assistência económica e financeira.

A decisão do TC foi proferida justamente na altura em que o novo Governo, após a realização de eleições legislativas, estava a concluir os trabalhos de elaboração da proposta de lei relativa ao Orçamento do Estado para 2012, a qual dá entrada na Assembleia da República em 17 de Outubro de 2011 (44).

Tal significa, portanto, que, ao contrário da LOE 2011, que é anterior ao programa de assistência económica e financeira, a LOE 2012 foi discutida e aprovada já após a negociação desse programa.

Em ordem a cumprir os limites quantitativos do défice acordados com as instituições europeias e com o Fundo Monetário Internacional, a LOE 2012 previa a adopção de mais medidas de austeridade, designadamente um corte adicional das remunerações dos trabalhadores do sector público e também um corte das pensões.

Em termos práticos, a nova medida de redução remuneratória operava-se através da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, os chamados 14.º e 13.º mês, aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas (45).

No que respeita aos trabalhadores do sector público, importa esclarecer que se tratava de uma medida adicional, que vinha acrescer à medida de redução remuneratória que já tinha sido adoptada na LOE 2011, que tinha sido objecto de apreciação pelo TC no acórdão n.º 396/2011, e que também era mantida para o ano de 2012 (v. tabela 2).

(44) Proposta de Lei n.º 27/XII (1.ª), Diário da Assembleia da República, II Série-A-Número 47, 2011.10.17.

(45) Artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64.º-B/2011, de 30 de Dezembro.

TABELA 2

Redução salarial anual cumulada em percentagem nos anos de 2011 e 2012

| <i>Remuneração base mensal</i> | <i>Redução remuneratória anual prevista na LOE 2011</i> | <i>Redução remuneratória anual cumulada prevista na LOE 2012</i> |
|---|---|--|
| Inferior a 600 euros | 0% | 0% |
| Igual ou superior a 600 euros até 1.100 euros | 0% | 0% a 14,29% |
| Superior a 1.100 euros até 1.500 euros | 0% | 14,29 % |
| Superior a 1.500 euros e inferior a 2.000 euros | 3,5 % | 17,29% |
| Igual ou superior a 2.000 euros até 4.165 euros | 3,5% a 10 % | 17,29% a 22,86% |
| Superior a 4.165 euros | 10% | 22,86% |

No que respeita aos pensionistas, não era a primeira vez que esse universo de pessoas estava a ser chamado a contribuir, através de uma diminuição do quantitativo das pensões, para o objectivo de consolidação orçamental. Com efeito, já na LOE 2011 se previa uma contribuição extraordinária de solidariedade, no valor de 10%, aplicável a pensões de valor mensal superior a € 5.000 (46). Essa medida também se mantinha, com algumas alterações, na LOE 2012 (47).

Simplesmente, ao contrário da medida de contribuição extraordinária de solidariedade, que incidia sobre um universo de pensões muito reduzido, atingindo apenas os pensionistas que auferissem pensões relativamente mais elevadas, a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal vinha

(46) Artigo 162.º, n.º 1 da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro. A taxa incide apenas sobre o montante da pensão que excedesse o valor de € 5.000.

(47) A LOE 2012 determinou, no seu artigo 20.º, n.º 1, a manutenção em vigor, durante o ano de 2012, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 162.º, todos da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro. O que esta lei veio alterar foi a taxa da referida contribuição, passando a prever, de modo «progressivo», duas taxas diferenciadas em função do valor das pensões. Com efeito, por força do artigo 20.º, n.º 15, da LOE 2012 as pensões ficaram sujeitas a uma contribuição extraordinária de solidariedade, calculada da seguinte forma: a) 25% sobre o montante que exceda 12 vezes o valor do indexante dos apoios sociais (IAS), ou seja, sobre o montante que exceda € 5.030,64, mas que não ultrapasse 18 vezes aquele valor (€ 7.545,96); b) 50% sobre o montante que ultrapasse 18 vezes o IAS.

afectar um universo muito mais amplo de pensionistas, abrangendo pensionistas cuja pensão mensal fosse igual ou superior a € 600.

Importa aqui observar que a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal não fazia parte do conjunto de medidas acordadas com as instituições europeias e com o FMI.

Além disso, importa também observar que as normas da LOE 2012 remetiam para o período de vigência do programa de assistência económica e financeira a duração da medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal. Tal significa que a medida em questão teria, pelo menos, a duração de três anos, abrangendo os anos de 2012, 2013 e 2014.

2.2. *O pedido junto do TC*

Tal como sucedera relativamente à LOE 2011, o pedido de fiscalização da constitucionalidade das normas constantes da LOE 2012 que estabeleciam as medidas em questão foi feito por um grupo de deputados à Assembleia da República.

Do pedido não constava, note-se, a norma da LOE 2012 que mantinha para o ano de 2012 a medida de redução remuneratória que tinha sido introduzida na LOE 2011 e que tinha sido objecto de apreciação pelo TC no seu acórdão n.º 396/2011.

Não se tratava, pois, de levar, uma vez mais, ao TC algo já por si decidido anteriormente, relativamente à conformidade constitucional de reduções salariais no sector público.

Em substância, o que agora se vinha questionar era a extensão da redução salarial resultante do efeito cumulado da medida de redução remuneratória, que era mantida para o ano de 2012, e da medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal.

Do ponto de vista formal, porém, o grupo de deputados à Assembleia da República pedia que o TC declarasse a inconstitucionalidade apenas das normas que vinham estabelecer a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas.

Ao fazê-lo, o pedido basicamente confrontava o TC com aquilo que tinham sido os limites estabelecidos no acórdão n.º 396/2011, argumentando-se que a norma que estabelecia cortes adicionais aos trabalhadores do sector público ultrapassava os limites densificados na jurisprudência constitucional, violando, assim, quer o princípio da protecção da confiança quer o princípio da igualdade quer o princípio da proporcionalidade.

Além disso, o pedido ocupava-se da norma que estabelecia a suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal aos pensionistas. De acordo com o pedido, os mesmos argumentos que determinavam a inconstitucionalidade da suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público também valiam no que respeita à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos pensionistas. A esses acresciam ainda, de acordo com o pedido, outros argumentos relacionados com a especial tutela constitucional de que gozam as posições jurídicas dos pensionistas.

Tal como sucedera relativamente à LOE 2011, fora do pedido de fiscalização da constitucionalidade relativo à LOE 2012 ficava a norma que previa a contribuição extraordinária de solidariedade, apenas aplicável a um universo mais reduzido de pensionistas.

2.3. *A decisão e os seus fundamentos*

No seu acórdão n.º 353/2012 (48), proferido em 5 de Julho de 2012, o TC, em Plenário, deu razão ao requerente e declarou a inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP, das normas constantes da LOE 2012 que estabeleciam a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas.

A decisão foi proferida por maioria, votando dez conselheiros no sentido da inconstitucionalidade e três conselheiros no sentido da não inconstitucionalidade.

Na sua fundamentação, o TC começou por sublinhar que a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas não integra o conjunto de medidas previstas no programa de assistência económica e financeira acordado entre a República Portuguesa, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu.

De seguida, o TC observou que a medida em apreciação vinha acrescer a outras que já atingiam especificamente aquele universo de pessoas, ou seja os trabalhadores do sector público e os pensionistas.

O passo seguinte da fundamentação do TC consistiu, essencialmente, em observar que, em vez de procurar cumprir os limites do défice público a que a República Portuguesa se vinculou junto das entidades financiadoras através do

(48) Acórdão n.º 353/2012, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 84.º vol., 2012, págs. 125-153.

contributo de todos os cidadãos de acordo com as suas capacidades, ou seja, através de impostos, o legislador orçamental preferiu actuar, sobretudo, pelo lado da despesa, suspendendo por um período de três anos o pagamento dos subsídios de férias e de Natal a quem os auferir por verbas públicas.

É importante perceber por que razão o TC fez essa observação logo no início da sua argumentação, pois, de outra maneira, poderia objectar-se que essa observação contradiz o teor do acórdão n.º 396/2011, em que se afirmou que «[n]ão cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate» (49).

A razão por que o fez foi justamente para justificar a adopção de um critério de densidade de controlo mais intenso.

Com efeito, o raciocínio subjacente à assinalada observação do TC é que, sendo possível a adopção de medidas mais equitativas na repartição dos sacrifícios entre todos os cidadãos, uma medida que vem afectar especificamente determinadas categorias de pessoas —trabalhadores do sector público e pensionistas— num contexto em que esse universo de pessoas já vem sendo sobre-carregado por um conjunto de outras medidas, não pode deixar de estar sujeita a um escrutínio mais intenso pela justiça constitucional. Dito de outro modo, a margem de livre conformação política do legislador é mais reduzida.

Face a esse enquadramento, o TC examinou as razões oferecidas pelo legislador orçamental para a adopção da medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas, constantes do Relatório do Orçamento do Estado para 2012 que o Governo apresentou à Assembleia da República juntamente com a proposta de lei orçamental.

Antes de nos debruçarmos sobre a análise do TC, importa sintetizar as razões da medida, tal como articuladas pelo Governo e acolhidas pelo legislador orçamental.

A justificação oferecida pelo Governo passava por argumentar a absoluta necessidade da adopção dessa medida em ordem a cumprir o limite para o défice orçamental imposto pelo programa de assistência económica e financeira (4,5% do PIB em 2012), cujo cumprimento é condição necessária para garantir os desembolsos associados ao programa e, portanto, para impedir a interrupção do financiamento à economia portuguesa.

De acordo com a argumentação desenvolvida pelo Governo, mesmo não estando a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal

(49) Acórdão n.º 396/2011, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 82.º vol., 2011, págs. 17-44, 40.

aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas prevista no programa de assistência económica e financeira acordado entre a República Portuguesa, o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, a sua adopção, face ao desvio de execução orçamental verificado, essencialmente, no primeiro semestre de 2011, era, no entanto, indispensável para cumprir os limites quantitativos do défice acordados com essas entidades.

Segundo o Governo, a medida era ainda absolutamente necessária para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social.

A indispensabilidade dessa medida concreta estava relacionada com o carácter urgente da necessidade de corrigir os desequilíbrios orçamentais e o profundo agravamento das finanças públicas.

Embora o Governo não ignorasse que se tratava de um peso que recaía directamente sobre as pessoas com uma relação de emprego público, não tendo uma natureza universal, a verdade é que só uma redução da despesa com pessoal permitiria eficazmente, e a curto prazo, corrigir os desvios entretanto verificados.

Por outro lado, o Governo entendia que qualquer alternativa ou seria social e economicamente pior ou simplesmente não era eficaz para garantir as necessidades. O Governo argumentava que o esforço do lado da receita tinha já atingido os limites do sustentável.

Por último, o Governo justificou a medida com a diferente situação de quem tem uma relação de emprego público e os demais trabalhadores.

No entender do Governo, a diferença entre os dois grupos de pessoas desdobra-se em um plano qualitativo e em um plano quantitativo. No plano qualitativo, quem tem uma relação de emprego público goza de determinados direitos e regalias (leia-se: segurança no emprego) de que não beneficia quem trabalha no sector privado; no plano quantitativo, subsiste na sociedade portuguesa uma diferenciação média remuneratória, com alguma expressão, entre os sectores públicos e o privado.

Segundo o Governo, face a essa diferença objectiva, justificava-se um desigual tratamento consistente em exigir um acréscimo de sacrifício àquele grupo de pessoas que, num contexto de emergência nacional com elevado nível de desemprego, apesar de tudo, tem o seu emprego assegurado e, além do mais, beneficia em média, quando comparado com trabalhadores com qualificações idênticas no sector privado, de retribuições superiores.

A justificação oferecida para a extensão dessa medida também aos pensionistas era a de que, numa situação de crise e emergência social, não é possível excluir nenhuma corporação ou grupo social de dar o seu contributo para o ajustamento.

Essas tinham sido as razões oferecidas para a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas, tal como articuladas pelo Governo e acolhidas pelo legislador orçamental.

Antes de proceder à análise efectuada pelo TC, importa esclarecer que, de acordo com a legislação nacional, não obstante a designação de «subsídio», quer o subsídio de férias quer o subsídio de Natal têm a natureza de retribuição, isto é de contrapartida ligada ao trabalho prestado, integrando a remuneração anual. Daí que a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal se traduzisse efectivamente em uma redução percentual do rendimento anual dos trabalhadores do sector público, tal como sucedera com a redução remuneratória introduzida na LOE 2011 e mantida na LOE 2012. É por isso inquestionável que a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal configurava, para todos os efeitos, um corte salarial.

Passando então à análise feita pelo TC, importa lembrar que, logo no início da sua fundamentação, o TC começara por advertir que iria adoptar um critério de densidade de controlo mais intenso, limitando, assim, a margem de livre conformação de que goza o legislador em matéria de política orçamental.

Com efeito, mesmo antes de examinar quais as razões do legislador para a adopção da medida, o TC advertira já que, estando em causa uma medida que vem afectar especificamente determinadas categorias de pessoas – trabalhadores do sector público e pensionistas – num contexto em que esse universo de pessoas já vem sendo sobrecarregado por um conjunto de outras medidas, essa medida não pode deixar de estar sujeita a um escrutínio mais intenso por parte da justiça constitucional.

É o modo como o TC efectuou esse escrutínio mais intenso que vamos analisar de seguida.

É à luz do princípio da igualdade que esse escrutínio tem lugar.

O TC começou por observar que, com as medidas constantes das normas impugnadas, havia um esforço adicional, em prol da comunidade, que estava a ser pedido exclusivamente a algumas categorias de cidadãos.

De seguida, o TC fez referência à fundamentação do acórdão n.º 396/2011, em que, apreciando a conformidade constitucional de uma outra medida que se traduzia em cortes salariais no sector público, o TC tinha entendido que o tratamento desigual dado a quem aufere por verbas públicas face a quem aufere rendimentos provenientes do sector privado da economia tinha um fundamento material. Como então se disse, esse fundamento consiste na *eficácia* que uma medida de redução salarial tem na produção de resultados a curto prazo ao nível da redução do défice público.

No acórdão de 2012, o TC reiterou esse entendimento, aceitando como razão justificativa para uma desigualdade de tratamento a eficácia na obtenção de resultados a curto prazo ao nível da redução do défice público.

Simplesmente, ao fazê-lo, o TC sublinhou que só essa razão é susceptível de justificar uma desigualdade de tratamento que se traduza na ablação de parte dos rendimentos dos trabalhadores do sector público. Tal significa que o TC não aceitou como razão susceptível de justificar a medida em apreciação o argumento invocado pelo Governo, segundo o qual a situação de quem tem uma relação de emprego público não é de facto igual à dos outros trabalhadores, por, num contexto de emergência nacional com elevado nível de desemprego, os primeiros terem o seu emprego assegurado, além de beneficiarem em média de remunerações superiores às que auferem os trabalhadores do sector privado.

O TC entendeu que o critério eleito pelo legislador para medir a diferença de remuneração —a média do valor global de remunerações auferida nos dois sectores— revelava-se inadequado. Desde logo, os tipos de trabalho e de funções que são exercidos no sector público não são de modo nenhum necessariamente iguais aos do sector privado, pelo que qualquer diferença de remunerações médias teria sempre de ser demonstrada em face de cada tipo de actividade comparável, sendo certo que há funções muito específicas, incluindo funções de soberania, que só ao Estado e demais entidades públicas competem. Em qualquer caso, o TC entendeu que a diferença de níveis de remuneração não pode ser avaliada apenas em termos de uma média do valor dos rendimentos auferidos nos dois sectores, abstraindo dos rendimentos concretamente auferidos por cada um dos afectados.

Por sua vez, a característica da maior segurança no emprego público não é uma característica relevante para justificar uma diferenciação na participação dos cidadãos, através de uma ablação de parte dos seus rendimentos, nos encargos com a diminuição do défice público, como meio de garantir a sustentabilidade financeira do Estado, num período de emergência. Não o é, porque, a ter-se optado por estender a medida à generalidade dos trabalhadores, tal medida só afectaria aqueles que se encontram em situação de pleno emprego e na proporção dos rendimentos efectivamente auferidos, sendo irrelevante para medir a capacidade de suportar essa medida um valor como o da segurança no emprego.

Após rejeitar o argumento relativo à desigualdade da situação de quem tem uma relação de emprego público comparativamente aos demais trabalhadores como razão justificativa para uma medida de ablação do rendimento dos primeiros, o TC retomou a análise daquela que considera ser uma razão válida para uma desigualdade de tratamento —a eficácia na obtenção de resultados a curto prazo ao nível da redução do défice público.

Logo após considerar «[...] certamente admissível alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, não se podendo considerar, no atual contexto económico e financeiro, injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros» (50), o TC salvaguardou que «[...] a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada» (51).

Foi então que o TC afirmou o seguinte(52):

«[...] a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva».

Ao analisar a extensão da desigualdade de tratamento, o TC verificou que tal desigualdade se acentuava à medida que subia o nível de rendimento. Enquanto que para rendimentos inferiores a € 600, inexistia qualquer desigualdade, na medida em que esses rendimentos não eram abrangidos pela norma, para rendimentos superiores a desigualdade ia aumentando, porque a redução do rendimento anual dos trabalhadores do sector público aumentava progressivamente até 14,3%.

No que respeita a trabalhadores do sector público ou pensionistas com rendimentos ilíquidos situados entre € 600 e € 1.100, o TC observou que se tratava de um universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõe tais provações que a exigência de um sacrifício adicional desse tipo, como seja a sua redução, numa percentagem que vai progressivamente aumentando, até atingir 14,3%, tinha um peso excessivamente gravoso.

No que respeita a trabalhadores do sector público que auferissem remunerações líquidas entre € 1.100 e € 1.500 bem como aos demais pensionistas, os mesmos teriam uma diminuição do seu rendimento anual de 14,3%, a qual, nesse universo, assumia uma dimensão considerável quando se compara a sua situação com a daqueles que, com o mesmo nível de rendimentos, ou até superior, não eram afectados com qualquer redução dos mesmos.

(50) *Ibidem*, 141.

(51) *Ibidem*.

(52) *Ibidem*.

Por último, para os que auferissem remunerações ilíquidas superiores a € 1.500, a redução era também de 14,3% do seu rendimento anual. Simplesmente, esse universo de pessoas era também atingido pela medida de redução remuneratória que se traduzia em uma redução do valor mensal da remuneração entre 3,5% e 10%. Essa medida constava já da LOE 2011, tinha sido apreciada pelo TC no acórdão n.º 396/2011, e era agora mantida para 2012, pelo que, através do efeito cumulado das duas medidas, esse segmento dos trabalhadores do sector público sofria uma redução global do seu rendimento anual superior a 14,3%, acentuando-se, assim, ainda mais a desigualdade da sua situação quando comparada com a situação dos trabalhadores do sector privado com o mesmo nível de rendimentos, ou até superior, que não sofriam qualquer ablação do seu rendimento.

No que respeita à análise da finalidade de interesse público prosseguida pela norma em apreciação, o acórdão já a havia desenvolvido ao discutir os argumentos apresentados pelo Governo, aí reconhecendo que a diminuição da despesa com o pessoal, operada através da redução das remunerações dos trabalhadores do sector público, se revelava particularmente eficaz, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, numa perspectiva de redução do défice a curto prazo. Por outro lado, também vimos que, ao discutir os argumentos do Governo, o TC rejeitou aqueles que serviam para fundamentar uma desigual situação entre quem tem uma relação de emprego público e os demais trabalhadores, relacionados com o superior nível médio de remunerações no sector público e com a maior segurança no emprego.

Por último, o TC efectuou um juízo de ponderação entre a extensão da desigualdade de tratamento e o peso a atribuir à finalidade de interesse público prosseguida pela norma em apreciação.

Ao fazê-lo o TC considerou que, por um lado, a extensão da desigualdade é considerável, considerando o efeito cumulado da redução da remuneração anual dos trabalhadores do sector público ao mesmo tempo que, para iguais níveis de rendimento, os trabalhadores do sector privado não sofriam qualquer redução do seu rendimento.

Ora, nos termos da fórmula da «igualdade proporcional», a uma tamanha extensão de desigualdade de tratamento tem de corresponder uma equivalente relevância a atribuir à finalidade de interesse público prosseguida pela norma. É o equilíbrio entre a extensão da desigualdade e a relevância para o interesse público que é exigido pela fórmula da «igualdade proporcional».

No acórdão de 2012 o TC entendeu que esse equilíbrio não existia, não podendo a mera eficácia da medida justificar uma tão acentuada diferença de tratamento, sobretudo se se considerar que poderia configurar-se o recurso a

soluções alternativas para a diminuição do défice quer pelo lado da despesa quer pelo lado da receita.

Concluiu, assim, o TC que era «[...] evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferia remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional»(53).

Feito esse juízo de ponderação, o TC concluiu pela violação do princípio da igualdade e, com esse fundamento, declarou a inconstitucionalidade das normas sob apreciação, não chegando a apreciá-las face a outros parâmetros invocados no pedido.

No que respeita à norma que determinava a suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal aos pensionistas, o TC entendeu que, apesar de ser possível convocar outros parâmetros constitucionais, tal tarefa mostrava-se prejudicada face à verificação de uma violação do princípio da igualdade.

O TC proferiu uma segunda decisão que foi a de determinar que, para não prejudicar o exercício orçamental em curso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não produziam efeitos no ano de 2012.

Para o efeito, o Tribunal baseou-se no artigo da Constituição que prevê que o TC possa modelar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por defeito, isto é se o TC nada determinar em sentido contrário, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (CRP, artigo 282.º, n.º 1), tudo se passando como se essa norma nunca tivesse existido. A Constituição portuguesa prevê, no entanto, que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, o TC fixe os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito (CRP, artigo 282.º, n.º 4).

O Tribunal entendeu que, sendo essencial para o Estado português, no actual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a financiamento externo, o cumprimento do limite do défice acordado (4,5% do PIB em 2012) se revelava um objetivo de excepcional interesse público. De outro modo, ao eliminar as normas da ordem jurídica com efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade iria ter como consequência que os subsídios de férias e de Natal dos trabalhadores do sector público e dos pensionistas relativos ao ano de 2012 teriam obrigatoriamente que ser pagos ainda em 2012, o que iria produzir um agravamento do défice público sem que o legislador orçamental tivesse tempo suficiente para adoptar medidas alternativas.

(53) *Ibidem*, 142.

3. O acórdão n.º 187/2013

3.1. A Lei do Orçamento do Estado para 2013

O acórdão n.º 353/2012, que analisámos na secção precedente, foi proferido a 5 de Julho de 2012.

Tal significa que, ao preparar a proposta de lei do OE 2013, o Governo já tinha conhecimento da decisão do TC.

A esse propósito importa observar que, face à decisão de restrição de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a mesma não teve qualquer impacto na execução orçamental de 2012, limitando as escolhas do legislador orçamental apenas para os anos posteriores.

Ora, a proposta de lei do OE 2013 surgiu na sequência da quinta avaliação dos progressos feitos pelas autoridades portuguesas na aplicação das medidas acordadas ao abrigo do programa de assistência económica e financeira, assim como da eficácia e do impacto económico e social dessas medidas, efectuada nos termos do artigo 3.º, n.º 9, da Decisão de Execução 2011/344/UE do Conselho (54), e na sequência da Decisão de Execução do Conselho, de 9 de outubro de 2012, que altera a Decisão de Execução 2011/344/UE relativa à concessão de assistência financeira da União a Portugal (55), em que se reviu os limites quantitativos para o défice orçamental que passaram para 5,0% em 2012, 4,5% em 2013 e 2,5% em 2014.

Em ordem a respeitar o limite do défice, já depois da revisão (4,5% em 2013), a proposta do Governo previa a adopção de medidas de consolidação orçamental, quer do lado da receita quer do lado da despesa, que totalizavam 3,2% do PIB.

O que isso significava era um conjunto de novas medidas de austeridade, entre as quais se destacavam, por um lado, um enorme agravamento da carga fiscal, e, por outro, a manutenção, com algumas alterações, para 2013 de cortes salariais nos trabalhadores do sector público e nos pensionistas.

No que respeita aos cortes salariais, mantinha-se, uma vez mais, a medida de redução remuneratória, inicialmente adoptada na LOE 2011. Essa medida tinha já sido objecto de apreciação pelo TC no acórdão n.º 396/2011, e mantida na LOE 2012.

(54) JO L 118 de 12.5.2010, p. 1.

(55) JO L 295 de 25.10.2012, p. 14.

Além dessa, era adoptada uma outra medida de redução salarial, consistente na suspensão do pagamento do subsídio de férias. Em comparação com a LOE 2012, que estabelecia a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas, medida essa que tinha merecido a censura por parte do TC no acórdão n.º 353/2012, a LOE 2013 continha duas alterações. Por um lado, era suspenso o pagamento apenas do subsídio de férias, não abrangendo a medida o subsídio de Natal; por outro lado, verificava-se uma distinção entre o impacto da medida consoante estivessem em causa os trabalhadores do sector público ou os pensionistas: enquanto que, relativamente aos primeiros, suspendia-se o pagamento da totalidade do subsídio de férias, relativamente aos pensionistas determinava-se a suspensão do pagamento de até 90% do subsídio de férias.

TABELA 3

Impacto, em percentagem, das medidas de redução salarial anual dos trabalhadores do sector público na LOE 2013

| <i>Remuneração base mensal</i> | <i>Redução remuneratória anual resultante da suspensão do pagamento do subsídio de férias (art. 28.º da LOE 2013)</i> | <i>Redução remuneratória do vencimento base mensal (art. 26.º da LOE 2013)</i> | <i>Redução remuneratória anual cumulada face aos valores auferidos no ano de 2010 (arts. 26.º e 28.º da LOE 2013)</i> |
|---|---|--|---|
| Inferior a 600 euros | 0% | 0% | 0% |
| Igual ou superior a 600 euros até 1.100 euros | 0 a 7,14% | 0% | 0 a 7,14% |
| Superior a 1.100 euros até 1.500 euros | 7,14% | 0% | 7,14% |
| Superior a 1.500 euros e inferior a 2.000 euros | 7,14% | 3,5 % | 10,39% |
| Igual ou superior a 2.000 euros até 4.165 euros | 7,14% | 3,5 a 10 % | 10,39 a 16,43% |
| Superior a 4.165 euros | 7,14% | 10% | 16,43% |

Comparativamente com os anos anteriores, o impacto das medidas de redução salarial para 2013 seria superior ao impacto sofrido pelos trabalhadores do sector público em 2011 e teoricamente inferior ao impacto produzido pela LOE 2012.

TABELA 4
*Redução salarial anual cumulada em percentagem
nos anos de 2011, 2012 e 2013*

| <i>Remuneração base mensal</i> | <i>Redução remuneratória anual prevista na LOE 2011</i> | <i>Redução remuneratória anual cumulada prevista na LOE 2012</i> | <i>Redução remuneratória anual cumulada prevista na LOE 2013</i> |
|---|---|--|--|
| Inferior a 600 euros | 0% | 0% | 0% |
| Igual ou superior a 600 euros até 1.100 euros | 0% | 0% a 14,29% | 0% a 7,14% |
| Superior a 1.100 euros até 1.500 euros | 0% | 14,29 % | 7,14% |
| Superior a 1.500 euros e inferior a 2.000 euros | 3,5 % | 17,29% | 10,39% |
| Igual ou superior a 2.000 euros até 4.165 euros | 3,5% a 10 % | 17,29% a 22,86% | 10,39% a 16,43% |
| Superior a 4.165 euros | 10% | 22,86% | 16,43% |

Na prática, porém, ao efeito cumulado da medida de redução remuneratória com a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias, há que adicionar ainda o efeito de um enorme agravamento da carga fiscal que afectaria todos os contribuintes e, por isso, também os trabalhadores do sector público.

Tudo somado, pode afirmar-se que, de um modo geral, o rendimento líquido dos trabalhadores do sector público em 2013 seria ainda inferior ao de 2012.

Por outro lado, porém, ao contrário do que sucedera em 2012, a repartição dos sacrifícios era mais alargada, pois, em virtude do aumento da carga fiscal, todos os contribuintes seriam chamados a contribuir para o esforço de consolidação orçamental.

Tal significa que a uma maior perda do rendimento líquido dos trabalhadores do sector público em 2013 face ao ano de 2012, em termos absolutos, não

corresponderia, necessariamente, uma maior perda, em termos relativos, já que também os trabalhadores do sector privado sofreriam uma considerável redução do seu rendimento líquido por via do enorme aumento da carga fiscal.

Já se se tiver como referência o ano de 2011, é inequívoco que a perda do rendimento líquido dos trabalhadores do sector público seria maior tanto em termos absolutos como em termos relativos.

Isto no que respeita às medidas que afectavam os trabalhadores do sector público e à sua situação comparativamente com a dos trabalhadores do sector privado por via do agravamento da carga fiscal.

Além disso, a LOE 2013 continha algumas novidades no que se refere à contribuição extraordinária de solidariedade exigida aos pensionistas.

Como já tínhamos visto, essa medida já constava da LOE 2011, nela se prevendo uma contribuição extraordinária de solidariedade, no valor de 10%, aplicável a pensões de valor mensal superior a € 5.000 (56). Essa medida transitara, com algumas alterações, para a LOE 2012 (57).

Na LOE 2013 essa medida era mantida mas com alterações significativas. Uma dessas alterações consistia no seguinte: enquanto nos anos de 2011 e 2012 era apenas aplicável a pensões de valor mensal superior a € 5.000, em 2013 a contribuição extraordinária de solidariedade aplicar-se-ia, com taxas progressivas, a pensões de valor mensal superior a € 1.350.

Se, para esse nível de rendimentos, em 2011 os pensionistas não tinham de todo sido chamados a contribuir para o esforço de consolidação orçamental, e se, em 2012, o tinham sido através apenas da medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal, em 2013 esse universo de pessoas era agora sobrecarregado quer com a medida de contribuição extraordinária de solidariedade (aplicável, com taxas progressivas, a pensões a partir de € 1.350 mensais) quer com a medida de suspensão do pagamento de até 90% do subsídio de férias (aplicável a partir de pensões superiores a € 600 mensais).

3.2. *Os pedidos junto do TC*

Imediatamente a seguir a ter promulgado a LOE 2013, Sua Excelência o Presidente da República de Portugal requereu ao TC que apreciasse a conformidade constitucional da norma que determinava a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público, da norma que determi-

(56) *Supra* (nota 46).

(57) *Supra* (nota 47).

nava a suspensão do pagamento de até 90% do subsídio de férias aos pensionistas e da norma que estabelecia a contribuição extraordinária de solidariedade.

Dois dias depois, dava entrada no TC um segundo pedido de fiscalização da constitucionalidade de normas constantes da LOE 2013, desta vez requerido por um grupo de deputados à Assembleia da República. O objecto do pedido coincidia com o objecto do pedido formulado por Sua Excelência o Presidente da República.

Logo de seguida, um segundo grupo de deputados à Assembleia da República apresentava um terceiro pedido de fiscalização da constitucionalidade, com um objecto mais alargado do que os dois primeiros, abrangendo, designadamente, as normas que estabeleciam medidas de agravamento da carga fiscal.

Por último, deu entrada no TC um quarto pedido de fiscalização da constitucionalidade de normas constantes da LOE 2013, subscrito pelo Provedor de Justiça, em que se pedia que o TC apreciasse as medidas que afectavam os pensionistas.

Por aqui se vê a enorme contestação que a LOE 2013 enfrentava na sociedade portuguesa.

Verifica-se ainda que as medidas mais contestadas — as únicas comuns aos quatro pedidos de fiscalização da constitucionalidade — eram as que afectavam os pensionistas, ou seja, a medida de suspensão do pagamento de até 90% do subsídio de férias aos pensionistas e a contribuição extraordinária de solidariedade.

Além disso, num dos pedidos apresentados era solicitada a atribuição de prioridade para a apreciação e decisão.

Por despacho do Conselheiro Presidente do TC foi ordenada a incorporação de todos os processos e a atribuição de prioridade à sua apreciação e decisão.

Tal significa que, relativamente aos quatro pedidos relativos a normas constantes da LOE 2013, seria proferido um único acórdão.

Na secção seguinte vamos dar conta da decisão do TC e dos seus fundamentos.

Por razões de circunscrição temática, a nossa análise ao acórdão do TC vai limitar-se à posição adoptada relativamente à medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público.

Circunscrevendo ainda mais, vamos examinar tão-somente a fundamentação do acórdão na parte que respeita ao princípio da igualdade, deixando de fora da nossa análise a apreciação de outros fundamentos invocados nos pedidos.

Importa, em todo o caso, observar, que o acórdão tomou posição sobre muitas outras matérias, o que não é surpreendente se considerarmos que se tratava de quatro pedidos diferentes, cada um com várias questões.

Como dissemos, não nos é possível examinar cada uma das matérias tratadas no acórdão.

A título de mera observação, e porque essa foi, como já vimos, a medida que mais forte contestação sofria no campo político e, de um modo transversal, na sociedade portuguesa, merece aqui ser registado que, na sua decisão, o TC não declarou a inconstitucionalidade da norma que estabelecia a contribuição extraordinária de solidariedade.

3.3. *A decisão e os seus fundamentos*

No seu acórdão n.º 187/2013 (58), proferido em 5 de Abril de 2013, o TC, em Plenário, declarou a inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e do princípio da igualdade proporcional, da norma constante da LOE 2013 que estabelecia a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público.

Também a norma que determinava a suspensão do pagamento de até 90% do subsídio de férias aos pensionistas foi declarada inconstitucional, também com fundamento em violação do princípio da igualdade.

No que a essas duas normas diz respeito, a decisão foi proferida por maioria, votando oito conselheiros no sentido da inconstitucionalidade e cinco conselheiros no sentido da não inconstitucionalidade.

Desde já, pode observar-se que, comparativamente com as duas decisões anteriores (9-3 em 2011 e 10-3 em 2012), a decisão de 2013 é aquela em que o TC esteve mais dividido (8-5).

Além dessas, duas outras normas constantes da LOE 2013 foram declaradas inconstitucionais, e outras houve que, tendo sido apreciadas no acórdão, não o foram.

Porém, como havíamos advertido, vamos ocupar-nos tão somente da parte da fundamentação do acórdão relativa à norma que estabelecia a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público.

Como dissemos, essa nossa opção é justificada por razões de circunscrição temática. A esse argumento acresce um outro. Só com essa circunscrição é possível fazer uma análise conjunta dos três acórdãos, pondo em evidência a coerência argumentativa da jurisprudência do TC em matéria de cortes salariais no sector público.

(58) Acórdão n.º 187/2013, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86.º vol., 2013, em publicação.

Por essa mesma razão se justifica que, circunscrevendo ainda mais o campo de análise, nos concentremos apenas na parte da fundamentação relativa ao princípio da igualdade, deixando de fora a apreciação de outros fundamentos invocados nos pedidos.

Assim delimitado o estudo, passemos então à análise do acórdão.

O TC começou por observar que a apreciação da norma que determinava a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público não podia deixar de considerar o efeito cumulado dessa e de outras medidas que especificamente atingiam os trabalhadores do sector público, pois só desse modo se podia apurar se a desigualdade de tratamento adicional que essa medida consubstanciava era ou não excessiva nos termos da fórmula da «igualdade proporcional».

O TC articulou aquilo em que consiste a fórmula da «igualdade proporcional» nos seguintes termos (59):

«36.[...]

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. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará «imune a um juízo de proporcionalidade» [...].

A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual — não poderá ser «excessiva», do ponto de vista do desígnio prosseguido—, quer à 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.

37. Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio da igualdade (acórdão n.º 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidirecional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas — o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cfr. acórdãos n.ºs 634/93 e 187/2001)—, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são

(59) *Ibidem.*

e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado. Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis».

O pressuposto de que a fórmula da «igualdade proporcional» tem por objecto uma relação triangular que envolve o grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas (relação meio-fim) quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afectados pela medida e os sujeitos que o não são (relação x-y) e, portanto, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado (relação triangular x-y-fim) estava já subjacente à fundamentação do acórdão n.º 353/2012, ainda que nele não tivesse sido articulado com tamanha clareza.

Essa clarificação é bem-vinda do ponto de vista da construção dogmática. Ao pôr em evidência a estrutura triangular do princípio da igualdade, o acórdão conferiu à fórmula da «igualdade proporcional» contornos dogmáticos.

Ficou designadamente claro que não se trata de transpor para o princípio da igualdade os testes em que se analisa o princípio da proporcionalidade, de que se lança mão para apreciar a conformidade constitucional de uma afectação legislativa de um direito fundamental.

É que tais testes pressupõem uma relação estritamente bipolar entre o direito fundamental afectado e o valor constitucional que justifica essa afectação (relação meio-fim).

Sendo aquilo que o princípio da proporcionalidade medeia a afectação lícita e a afectação ilícita de um direito fundamental face à ordem constitucional de valores, ele só pode ter por objecto um direito fundamental cujo âmbito de protecção normativa esteja determinado ou seja determinável a nível constitucional, pois só um âmbito de protecção de um direito constitucionalmente pré-determinado é susceptível de ser legislativamente afectado.

Ora, tal pressuposto não se verifica relativamente ao princípio da igualdade, não fazendo sentido relativamente a tal princípio falar de um âmbito de protecção normativa determinado ou determinável a nível constitucional. Regressamos a este tema mais adiante (60).

O que se retira da fundamentação do acórdão de 2013 é que, no plano dogmático, a determinação do excesso de uma desigualdade de tratamento se obtém

(60) V., *infra*, IV.-2.2.

nos termos da fórmula da «igualdade proporcional» e não de acordo com os requisitos ou testes que vão implicados no princípio da proporcionalidade ou de proibição do excesso (61).

Assim articulada a fórmula da «igualdade proporcional», vejamos então como essa fórmula foi aplicada no acórdão de 2013.

De acordo com a avaliação que fez, o TC considerou que a extensão da desigualdade de tratamento ou, nas palavras do acórdão, a «medida da diferença», quando comparada com a situação do grupo de pessoas pertinente nos dois anos anteriores, era inferior à «medida da diferença» produzida pela LOE 2012, apreciada no acórdão n.º 353/2012, e superior à «medida da diferença» produzida pela LOE 2011, apreciada no acórdão n.º 396/2011.

Assim, o TC considerou que tudo estava em saber se a «medida da diferença» constitucionalmente tolerada atingira o limite com a redução remuneratória, introduzida na LOE 2011, e apreciada no acórdão n.º 396/2011, medida essa que se manteve na LOE 2012 e também na LOE 2013 ou, se, entre essa medida e a medida que, no acórdão n.º 353/2012, se considerou estar já além do limite constitucionalmente admissível para uma desigualdade de tratamento, subsistia ainda alguma margem.

Na sua fundamentação, o TC começou por realizar uma análise da extensão da desigualdade de tratamento dada ao grupo dos trabalhadores do sector público comparativamente com o grupo dos demais trabalhadores, precisamente nos mesmos termos em que o fizera nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012.

A análise realizada pelo TC foi exaustiva, contabilizando o conjunto de medidas que se repercutiriam na situação profissional a nível remuneratório dos trabalhadores do sector público.

A conclusão a que chegou o TC foi que «[...] para o ano de 2013, continuará a exigir-se de quem recebe remunerações salariais de entidades públicas um esforço adicional que não é exigido aos titulares de outros rendimentos e, designadamente, aos titulares de rendimentos idênticos provenientes do trabalho, no âmbito do setor privado» (62).

(61) Como dissemos, esse entendimento estava já presente na fundamentação do acórdão n.º 353/2012, quando aí se afirmou ser «[...] evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferir remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional». Essa última precisão demonstra que, ainda que associada à ideia de proibição do excesso, a extensão da desigualdade de tratamento afere-se em termos autónomos.

(62) Acórdão n.º 187/2013, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86.º vol., 2013, págs. 77-227 em publicação.

À primeira vista, é algo incompreensível que tenha sido essa a conclusão que o acórdão retirou da tão exaustiva análise realizada, pois que uma desigualdade de tratamento existia já se sabia de antemão e o próprio acórdão já o havia claramente afirmado ao comparar a «medida da diferença» produzida pela LOE 2013 com a «medida da diferença» produzida pelas leis orçamentais dos dois últimos anos. A desigualdade de tratamento é justamente o pressuposto do recurso à fórmula da «igualdade proporcional». Do que aqui se tratava era de apurar, com rigor, qual a concreta extensão da desigualdade de tratamento.

Ora, no acórdão de 2013, a determinação dessa extensão não foi feita de forma rigorosa, fundamentalmente no que se refere às considerações feitas em torno da relevância ou não, para esse efeito, da medida de agravamento da carga fiscal.

É que não faz sentido, para efeitos de determinação da extensão da desigualdade de tratamento entre dois grupos, considerar uma medida —o agravamento da carga fiscal— que afecta ambos em termos exactamente idênticos.

Percebe-se a razão por que o TC incorporou esse dado na sua análise. Ao fazê-lo, o TC quis apurar qual o impacto global da austeridade sofrida pelo grupo «trabalhadores do sector público» em 2013 face ao ano de 2012. E não sofre contestação que, não obstante em 2013 ser suspenso o pagamento de apenas um subsídio (ao passo que em 2012 tinham sido suspensos dois subsídios), ainda assim o impacto global da austeridade nesse grupo de pessoas seria, face ao agravamento da carga fiscal, mais severo em 2013 do que o fora em 2012. Isto, porque, de um modo geral, o rendimento líquido dos trabalhadores do sector público em 2013 seria inferior ao rendimento líquido auferido em 2012.

Simplesmente, não era esse o cálculo que importava efectuar em ordem a determinar a extensão da desigualdade de tratamento. Se é verdade que se verificaria uma maior perda do rendimento líquido dos trabalhadores do sector público em 2013 face ao ano de 2012, em termos absolutos, a tal perda não corresponderia, necessariamente, uma maior perda de rendimento, em termos relativos, já que também os trabalhadores do sector privado sofreriam uma considerável redução do seu rendimento líquido por via do enorme aumento da carga fiscal.

Se, tendo como referência o ano de 2011, é inequívoco que, em 2013, a perda do rendimento líquido dos trabalhadores do sector público seria maior tanto em termos absolutos como em termos relativos, já face ao ano de 2012, em que fora suspenso o pagamento quer do subsídio de férias quer do subsídio de Natal aos trabalhadores do sector público, não era *evidente* que, em 2013, para cada nível de rendimento, a perda de rendimento líquido de um trabalhador do

sector público fosse superior à perda de rendimento líquido de um trabalhador do sector privado (63).

Se assim era, o acórdão não o demonstrou na sua fundamentação, pelo que não é seguro que a extensão da desigualdade de tratamento identificada pelo TC, quantificável em termos de perda de rendimento líquido, corresponda efectivamente à extensão dessa desigualdade.

Em todo o caso, a verdade é que esse dado não assumiu qualquer relevância no juízo de ponderação que, mais adiante, o acórdão efectuou entre a extensão da desigualdade de tratamento e o peso a atribuir à finalidade de interesse público prosseguida pela norma, em que consiste a terceira operação metódica requerida pela fórmula da «igualdade proporcional».

Antes de nos ocuparmos desse juízo de ponderação, importa, porém, atentar no segundo passo metódico requerido por essa fórmula e que consiste justamente na análise da finalidade de interesse público prosseguida pela norma.

Ora, no âmbito dessa análise, o acórdão começou por reiterar as considerações já efectuadas no acórdão n.º 353/2012, designadamente no que se refere à exclusão de certos argumentos e na identificação da característica da fonte pública da remuneração desse grupo de pessoas e, relacionado com essa característica, na especial eficácia, no quadro dos objectivos de consolidação orçamental, para conseguir resultados a curto prazo, que uma redução de vencimentos, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, garante.

A essa acresceu uma outra ordem de considerações, ausente no acórdão de 2012, em que o TC verificou que o regime jurídico em que se enquadram os trabalhadores do sector público tem sido descaracterizado, acentuando-se a sua aproximação às regras do Código do Trabalho, aplicável a todos os trabalhadores.

(63) Que o raciocínio do TC foi pouco rigoroso demonstra-o bem os termos em que foi feita a comparação da situação do trabalhador do sector público cujo nível de rendimentos se situa entre € 600 e € 1.500 em 2012 e 2013 (parágrafo 46 do acórdão). O TC concluiu que, em virtude da incidência da sobretaxa em sede de IRS, em 2013, não obstante verem suspensos o pagamento de apenas um subsídio (e não dos dois, como em 2012), os trabalhadores do sector público estariam, na prática, em situação idêntica àquela que determinou o juízo de inconstitucionalidade formulado no acórdão n.º 353/2012. O que mais impressiona no raciocínio do TC é o que dele está ausente, designadamente a comparação da situação de um trabalhador do sector privado cujo nível de rendimentos se situe também entre € 600 e € 1.500 em 2012 e 2013, e, depois de obter esses valores, compará-los com o rendimento do trabalhador do sector público. É que do que se tratava era de apurar se, em termos relativos, a perda da remuneração dos trabalhadores do sector público é superior à perda da remuneração dos demais trabalhadores. Que o seja em termos absolutos é absolutamente irrelevante para efeitos de um juízo de «igualdade proporcional».

Posto isto, o acórdão efectua então um juízo de ponderação entre a extensão da desigualdade de tratamento e o peso a atribuir à finalidade de interesse público prosseguida pela norma.

O juízo de ponderação efectuado no acórdão é complexo, mas pode ser resumido nos seguintes termos: (i) sendo o único fundamento válido para uma desigualdade de tratamento a especial eficácia para conseguir, a curto prazo, resultados de consolidação orçamental, o peso relativo que se há-de reconhecer a esse fundamento vai diminuindo com o decurso do tempo. Se ele assumia algum peso num momento em que não era viável, com igual eficácia e rapidez, obter resultados por outras vias, ele vai perdendo peso à medida em que já houve tempo para pôr em prática outras medidas estruturais de redução da despesa pública. A margem de liberdade de conformação do legislador vai, por isso, diminuindo com o decurso do tempo, impondo-se-lhe que vá encontrando soluções alternativas que evitem a acentuação, já para não falar do prolongamento, do tratamento diferenciado de um «grupo de pessoas»; (ii) se o prolongamento, por um período de três anos consecutivos, da redução remuneratória dos trabalhadores do sector público se contém ainda dentro do limite de uma aceitável desigualdade de tratamento, vir acentuar essa desigualdade, sobrecarregando esse grupo de pessoas com uma medida adicional de redução salarial (suspensão do pagamento do subsídio de férias) é desproporcionado face àquilo que é a finalidade do interesse público que justifica a desigualdade de tratamento.

Retira-se ainda, aparentemente, da fundamentação do TC que a «medida da diferença» constitucionalmente tolerada atingiu o limite com a redução remuneratória, introduzida na LOE 2011, e apreciada no acórdão n.º 396/2011, medida essa que se manteve na LOE 2012 e também na LOE 2013, sendo ilegítimo não apenas a medida sob apreciação como qualquer medida adicional que venha acentuar a desigualdade de tratamento dada aos trabalhadores do sector público.

Assim, o TC concluiu pela violação do princípio da igualdade e, com esse fundamento, declarou a inconstitucionalidade da norma sob apreciação.

Ao contrário do que fizera no acórdão n.º 353/2012, o TC não proferiu qualquer decisão a determinar uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Tal significa que a norma foi eliminada da ordem jurídica como se nunca tivesse entrado em vigor.

IV. UM COMENTÁRIO A ESSAS DECISÕES

Cada um dos três acórdãos que acabámos de analisar tem em comum o facto de ter por objecto medidas constantes de leis orçamentais que se traduzem em uma redução do salário dos trabalhadores do sector público.

Não obstante o contexto que condicionou a elaboração da LOE 2011 ser diferente daquele que condicionou a elaboração da LOE 2012 que, por sua vez, é diferente daquele que condicionou a elaboração da LOE 2013, a sua identidade temática permite e, segundo cremos, exige uma análise conjunta das três decisões.

Partindo desse pressuposto, a análise que fizemos de cada um dos acórdãos procurou pôr em evidência a coerência que existe entre todos.

O nosso comentário será, também ele, unitário.

1. *A Constituição, o Tribunal Constitucional e a crise da dívida soberana*

Como dissemos logo no início do presente trabalho, as decisões do TC relativamente a normas orçamentais produzidas no contexto da crise da dívida soberana que atinge a Europa não contêm qualquer autorreflexão sobre o papel e os limites da Constituição e da justiça constitucional em situação de emergência financeira ou sobre o papel e os limites dos tribunais constitucionais nacionais no espaço jurídico europeu.

Basta verificar que, das três, a única decisão que não declarou a inconstitucionalidade de uma medida de redução salarial foi o acórdão n.º 396/2011 relativo a uma norma constante da LOE 2011, sendo que, comparativamente com as LOE 2012 e 2013, aquela lei orçamental foi a única que não foi elaborada em situação de sujeição da República Portuguesa a um programa de assistência financeira europeia e internacional.

Importa aqui lembrar que nenhuma das normas declaradas inconstitucionais pelo TC tinha por objecto medidas de consolidação orçamental impostas pelo programa de assistência económica e financeira.

Com efeito, no que se refere ao acórdão n.º 396/2011, o mesmo tinha por objecto uma medida da LOE 2011, a qual é anterior à situação de emergência financeira que levou a República Portuguesa a contrair um empréstimo junto de entidades europeias e internacionais e a submeter-se às condições exigidas por essas entidades, não apenas em termos de calendarização de objectivos de consolidação orçamental mas obrigando-se a adoptar um conjunto

de medidas concretas, nos termos de um programa de assistência económica e financeira.

Por sua vez, no que se refere aos acórdãos n.ºs 353/2012 e 187/2013, nenhuma das normas neles declaradas inconstitucionais tinha por objecto uma medida imposta pelas entidades financiadoras. Com efeito, a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos trabalhadores do sector público e aos pensionistas (LOE 2012) ou a medida de suspensão do pagamento do subsídio de férias a esses grupos de pessoas (LOE 2013) não consta do elenco de medidas previstas no programa de assistência económica e financeira acordado entre a República Portuguesa e o FMI, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. A adopção dessas duas medidas deveu-se exclusivamente a uma livre decisão do Governo de Portugal de incluir nas leis orçamentais a submeter à Assembleia da República mais essa medida que vinha, assim, acrescer às medidas de consolidação orçamental que constavam do acordo com as entidades financiadoras.

Em qualquer caso, o que importa enfatizar não é tanto esse aspecto quanto a circunstância de a fundamentação dos acórdãos do TC situar-se totalmente à margem dessa ordem de considerações.

Com efeito, aquilo que o TC fez foi, com razão ou sem ela, decidir as questões que lhe foram colocadas como o teria feito numa situação de normalidade, abstraindo do facto de a República Portuguesa se encontrar numa situação de emergência financeira.

2. *Igualdade e proporcionalidade*

2.1. *Igualdade e proporcionalidade na jurisprudência do TC*

No presente trabalho, começámos por dar conta, ainda que muito sucintamente, daquilo que tem sido a jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade (64).

Assinalámos que tal jurisprudência é marcada pelo recurso à fórmula da proibição do arbítrio, que o TC sempre concebeu, não como um critério definidor do conteúdo do princípio da igualdade, mas antes como um critério de densidade de controlo judicial a que o Tribunal se autovincula face à legitimidade de que goza o legislador democrático.

(64) V., *supra*, II.

Observámos ainda que já em decisões que remontam à década de noventa do século XX, o TC havia sentido a necessidade de, em determinadas situações em que estava em causa a liberdade individual, efectuar um escrutínio mais intenso do que aquele que decorre da fórmula da proibição do arbítrio, sem que tal significasse, porém, o abandono dessa fórmula.

Também vimos que a solução encontrada pelo TC para responder a essa necessidade consistiu em uma articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

No plano dogmático, o que o TC fez foi construir o princípio da igualdade como um direito de liberdade —a que aparentemente seria de aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias— com um âmbito de protecção normativa constitucionalmente determinado (ou determinável por interpretação), portanto, e susceptível de sofrer uma restrição por parte do legislador, em observância dos limites constitucionalmente estabelecidos para a restrição legislativa dessa categoria de direitos (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP), entre os quais se inclui o princípio da proporcionalidade.

Noutras matérias, não estando em causa a liberdade individual, o TC continuou a utilizar a fórmula da proibição do arbítrio como critério de decisão, sem proceder a qualquer articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

Ora, os três acórdãos sobre cortes salariais no sector público, estando em linha com a evolução da jurisprudência do TC sobre o princípio da igualdade, contêm uma importante precisão dogmática.

Nessas decisões, ao elaborar a fórmula da «igualdade proporcional», o TC teve oportunidade de precisar que, quando transposto para o juízo relativo ao princípio da igualdade o princípio da proporcionalidade apresenta especificidades.

É bem-vinda essa precisão dogmática tendo em conta a diferente estrutura da igualdade e da proporcionalidade.

2.2. *A diferente estrutura da igualdade e da proporcionalidade*

O conteúdo material do princípio da igualdade não está normativamente determinado a nível constitucional.

Não o está, porque, ao contrário do que se verifica relativamente aos direitos de liberdade, a actuação do princípio da igualdade pressupõe sempre a mediação do legislador.

Nele não se trata de uma delimitação normativa de características pessoais do indivíduo (vida, integridade do corpo e do espírito) ou da sua inserção na sociedade (autonomia individual) cujo âmbito seja determinado ou determinável a nível constitucional, e que, por isso mesmo, seja susceptível de ser *afectado* pelo legislador.

O conteúdo material do princípio da igualdade só é aferível no plano da ordenação normativa da realidade, pressupondo sempre, portanto, a intervenção do legislador (65).

Assim, inexistente qualquer domínio protegido susceptível de ser legislativamente afectado, pelo que, conseqüentemente, não é possível de um inexistente domínio protegido recortar um domínio garantizado intangível pelo legislador.

Sendo a distinção entre domínio protegido («Schutzbereich») e domínio garantizado («effektiver Garantiebereich») —isto é aquele âmbito do direito em que a afectação legislativa é constitucionalmente ilegítima e consubstancia a violação desse direito fundamental— aquilo que caracteriza a estrutura dogmática dos «Freiheitsrechte», não é dogmaticamente viável, no que respeita ao princípio da igualdade, opor ao legislador limites para uma afectação legislativa, desde logo, porque a intervenção do legislador não consubstancia qualquer afectação de algo pré-definido nos termos em que se verifica uma afectação legislativa do domínio protegido de um direito fundamental.

Ora, sendo o princípio da proporcionalidade justamente um desses limites constitucionais a uma afectação legislativa de direitos, em tal princípio indo implicada uma estrutura bipolar entre o direito fundamental afectado e o direito fundamental ou valor constitucional que justifica essa afectação (relação meio-fim) funcionalizada à resolução de um conflito entre liberdade individual e bens jurídicos comunitários, o mesmo não é sem mais transponível como limite a uma intervenção legislativa que vem, não «afectar», mas «ordenar».

Por essa razão —isto é, por não se pôr qualquer problema de proporcionalidade à margem de uma «afectação» legislativa de um direito fundamental—, na Alemanha, alguma doutrina faz depender a possibilidade de incorporar considerações de proporcionalidade na apreciação do princípio da igualdade da prévia reconstrução dogmática deste último como um «Eingriffsrecht» (66).

(65) Juan Carlos GAVARA DE CARA, *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*, Arazandi, 2005, págs. 35-36.

(66) Stefan HUSTER, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit—Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht», *Juristen Zeitung*, núm. 49, 1994, págs. 541-549, e também, do mesmo Autor, *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

Nessa diferente natureza da intervenção legislativa, de ordenação da realidade, descobre-se, afinal, a singularidade da estrutura triangular do princípio da igualdade (67). Ordenar juridicamente a realidade implica sempre, e necessariamente, separar, distinguir, diferenciar. A limitação imposta pela ordem constitucional ao legislador que separa, que distingue e que diferencia implica uma ponderação entre a extensão da diferenciação imposta com a extensão das diferenças objectivas entre os dois grupos como razão para a diferenciação, o que implica estabelecer uma articulação entre a relação horizontal dos sujeitos diferentemente afectados entre si juntamente com a relação entre eles e o Estado.

Simplesmente, tal significa que, ao contrário do que se verifica relativamente ao princípio da proporcionalidade, no princípio da igualdade não vai expressa uma relação meio-fim, porque, sendo a igualdade um fim em si mesmo, não está na disponibilidade do legislador sacrificá-la em ordem a prosseguir outros direitos fundamentais ou valores constitucionais. Não é conceptualmente possível uma «afecção proporcional do princípio da igualdade» (68). Ao passo que a ordem constitucional autoriza expressamente a afectação e mesmo a restrição legislativa de um direito fundamental, uma violação do princípio da igualdade é sempre constitucionalmente ilegítima. A isso acresce que raramente o tratamento desigual será, em si mesmo, a finalidade da norma, sendo apenas o seu efeito (69). Também por essa razão apreciar a validade de tal norma numa lógica de relação meio-fim, testando a «adequação» ou «indispensabilidade» da mesma, é problemático.

Intimamente relacionado com esse aspecto está um outro. Enquanto que, em sede de dogmática geral dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade opera estritamente no plano jurídico-constitucional, em ordem a resolver um conflito entre direitos ou entre um direito e outros valores da ordem constitucional, no que se refere ao princípio da igualdade, a verificação da sua violação obriga à análise e à comparação de normas infraconstitucionais (70).

Não obstante não ser dogmaticamente possível transpor para o princípio da igualdade os testes decorrentes do princípio da proporcionalidade, tal não

(67) Marion ALBERS, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit», *Juristische Schulung*, núm. 48, 2008, págs. 945-949, 947.

(68) V., no entanto, HUSTER (n. 66), 547-549. Note-se, em todo o caso, que o Autor restringe essa possibilidade a situações em que a desigualdade de tratamento se baseia, não em um critério (interno) de justiça, mas em razões (externas) de políticas públicas.

(69) Sobre a necessidade de distinguir entre «finalidade da norma» («Regelungsziel») e razão para a diferenciação («Differenzierungsgrund»), v. Christoph BRÜNING, «Gleichheitsrechtliche Verhältnismäßigkeit», *Juristen Zeitung*, núm. 56, 2001, págs. 669-673, 670-671.

(70) GAVARA DE CARA (n. 65), págs. 61-62.

significa, porém, que, com as devidas adaptações à especificidade da sua estrutura, o princípio da proporcionalidade não possa ser incorporado na valoração requerida pelo princípio da igualdade (71).

Um dos aspectos fundamentais a ter em conta é que a proporcionalidade requerida pelo princípio da igualdade se refere, não ao grau de afectação do direito, mas à desigualdade de tratamento (72). Ou seja, para efeitos de violação do princípio da igualdade não releva de todo em todo a intensidade da afectação sofrida pelo titular do direito, em si mesma considerada. Aquilo que deve ser ponderado é, portanto, não a extensão da afectação individual, mas antes a extensão da desigualdade de tratamento, isto é a dimensão da afectação individual comparativamente com a situação do outro grupo considerado relevante para efeitos de comparação.

Por seu lado, aquilo com que deve ser ponderada a extensão da desigualdade de tratamento é, não a finalidade de interesse público prosseguida pela norma, mas antes a extensão da razão para a diferenciação (73).

Ora, a fórmula da «igualdade proporcional», tal como elaborada pelo TC nos acórdãos sobre cortes salariais no sector público, já o dissemos, vai de encontro à preocupação de adaptar o princípio da proporcionalidade à estrutura específica do princípio da igualdade.

3. *A fórmula da «igualdade proporcional»*

3.1. *A «igualdade proporcional» e a estrutura do princípio da igualdade*

Ao analisar o acórdão n.º 187/2013, demos conta de que dele decorre, no plano dogmático, que a determinação do excesso de uma desigualdade de tratamento se obtém nos termos da fórmula da «igualdade proporcional» e não de

(71) Flexível quanto a essa transponibilidade, BRÜNING (n. 69), 671-673; mais prudente, ALBERS (n. 67), 947-948.

(72) JARAAS (n. 19), 2549 («Es geht nicht um die Verhältnismäßigkeit der Belastung, sondern um die der Ungleichbehandlung»). No mesmo sentido, BRÜNING (n. 69), 671 («Es geht im folgenden nicht um die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, sondern um diejenige der Ungleichbehandlung. Den Maßstab, an dem das Gewicht der unterschiedlichen Behandlung der jeweiligen Gruppen zu messen ist, kann nicht der dem streitgegenständlichen Hoheitsakt immanente öffentliche Zweck bilden»). Ainda segundo esses dois autores, em tal aspecto se esgota a necessidade de adaptação, em tudo o mais —designadamente no que se refere aos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito— sendo plenamente transponível o princípio da proporcionalidade.

(73) BRÜNING (n. 69), 671-672.

acordo com os requisitos ou testes que vão implicados no princípio da proporcionalidade ou de proibição do excesso.

Tal significa que a fórmula da «igualdade proporcional» deve ser interpretada como uma concretização da necessidade, imposta por razões de natureza dogmática, de adaptar o princípio da proporcionalidade à estrutura específica do princípio da igualdade.

Pelas razões que já procurámos articular, tal orientação é dogmaticamente justificada.

Importa, porém, fazer algumas observações relativamente ao modo concreto como a adaptação do princípio da proporcionalidade é feita nos termos da fórmula da «igualdade proporcional».

Como vimos, ao fazer essa adaptação, um dos aspectos fundamentais a ter em conta é que a proporcionalidade requerida pelo princípio da igualdade se refere à desigualdade de tratamento e não ao grau de afectação do direito.

Ora, deve entender-se que, ao adaptar o princípio da proporcionalidade à estrutura específica do princípio da igualdade, a fórmula da «igualdade proporcional» concretiza correctamente a necessidade de ter em conta essa especificidade.

Com efeito, nos termos dessa fórmula, aquilo que deve ser ponderado é, não a extensão da afectação individual, mas antes a extensão da desigualdade de tratamento, isto é a dimensão da afectação individual comparativamente com a situação do outro grupo considerado relevante para efeitos de comparação.

Mais duvidoso é se no acórdão n.º 187/2013 o TC daí extraiu todas as consequências.

É que, como vimos, ainda que sem consequências para o sentido da decisão, a determinação da extensão da desigualdade de tratamento não foi feita de forma rigorosa, porquanto o acórdão incorporou nessa análise o impacto da medida de agravamento da carga fiscal na diminuição do rendimento dos trabalhadores do sector público em 2013 comparativamente com o seu rendimento no ano de 2012 sem que, no entanto, tivesse feito a mesma comparação no que se refere aos trabalhadores do sector privado. A verdade é que à perda do rendimento líquido dos trabalhadores do sector público em 2013 face ao ano de 2012, em termos absolutos, não corresponderia, necessariamente, uma maior perda de rendimento, em termos relativos, já que, em 2013, também os trabalhadores do sector privado sofreriam uma considerável redução do seu rendimento líquido (comparativamente com o seu rendimento no ano de 2012) por via do enorme aumento da carga fiscal.

Embora, ao elaborar a fórmula da «igualdade proporcional», dê devida conta da necessidade de adaptar o princípio da proporcionalidade à especificidade da

estrutura do princípio da igualdade, ao assim apurar a extensão da desigualdade de tratamento, o acórdão acaba por trair-se a si próprio, efectuando um juízo clássico de proporcionalidade, pois atribui relevância à intensidade do sacrifício imposto, em termos absolutos, aos trabalhadores do sector público.

A origem dessa distorção de perspectiva remonta ainda ao acórdão n.º 396/2011. Como vimos, a razão por que, nesse aresto, o TC não declarou inconstitucional a norma de redução remuneratória nele apreciada foi porque a mesma não se podia considerar excessiva, sobretudo tendo em conta o seu carácter transitório e o montante das reduções (74). Ao considerar que o sacrifício imposto aos trabalhadores do sector público, medido em termos absolutos, se continha ainda «[...] dentro de «limites do sacrifício»», também esse acórdão efectuou um juízo de proporcionalidade no seu estado puro.

Só no acórdão n.º 353/2012 é que a fórmula da «igualdade proporcional» foi, no que respeita à determinação da extensão da desigualdade de tratamento, correctamente aplicada, pois aí assume relevância uma efectiva comparação entre a perda de rendimento do grupo «trabalhadores do sector público» e a (não-) perda de rendimento do grupo «demais trabalhadores».

Vejamos agora de que modo, no que respeita à análise da finalidade de interesse público prosseguida pela norma, que corresponde ao segundo passo metódico requerido pela fórmula da «igualdade proporcional», é adaptado o princípio da proporcionalidade à especificidade da estrutura do princípio da igualdade.

Como vimos, decorre da estrutura específica do princípio da igualdade que aquilo com que deve ser ponderada a extensão da desigualdade de tratamento é, não a finalidade de interesse público prosseguida pela norma, mas antes a extensão da razão para a diferenciação.

Quanto a esse aspecto, não é seguro que a fórmula da «igualdade proporcional» reflecta correctamente a necessidade de adaptar o princípio da proporcionalidade à especificidade da estrutura do princípio da igualdade, pois, nos termos dessa fórmula, é o peso a atribuir à finalidade de interesse público prosseguida pela norma que é contraposto à extensão da desigualdade de tratamento.

Com efeito, nos acórdãos de 2012 e 2013 o TC mediu a extensão da desigualdade de tratamento com a relevância a atribuir à eficácia na obtenção de resultados a curto prazo ao nível da redução do défice público.

Ao fazê-lo, o TC ponderou a extensão da desigualdade de tratamento com a finalidade de interesse público prosseguida pela norma.

(74) V., *supra*, III.-1.3.

Ora, também aí o acórdão relapsa na estrutura bipolar em que opera o princípio da proporcionalidade, funcionalizada à resolução de um conflito entre liberdade individual e bens jurídicos comunitários.

Dessa feita, porém, não se trata de aplicar incorrectamente a fórmula da «igualdade proporcional», como vimos ter sucedido, no que respeita à determinação da extensão da desigualdade de tratamento nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 187/2013.

O que sucede é que é a própria fórmula da «igualdade proporcional» que, quanto a esse aspecto, é insatisfatória no que respeita às exigências de adaptação do princípio da proporcionalidade à especificidade da estrutura do princípio da igualdade.

É que aquilo com que deve ser ponderada a extensão da desigualdade de tratamento é antes a extensão da diferença entre as características objectivas de cada grupo como razão para uma diferenciação.

O que é curioso é que, à margem da fórmula da «igualdade proporcional», no acórdão n.º 187/2013 o TC sentiu necessidade de introduzir esse elemento na sua análise. Fê-lo na parte em que verifica que o regime jurídico em que se enquadram os trabalhadores do sector público tem sido descaracterizado, acentuando-se a sua aproximação às regras do Código do Trabalho, aplicável a todos os trabalhadores.

Essa ordem de considerações serviu para sustentar a redução da extensão de diferenças objectivas entre os dois grupos, estando, por isso, mais de acordo com aquilo que é exigido pela estrutura específica do princípio da igualdade.

O problema é que, nos termos da fórmula da «igualdade proporcional», tal como elaborada pelo TC, não parece haver espaço para integrar esse elemento, porquanto tal fórmula manda atender, não à extensão das diferenças objectivas entre os dois grupos como razão para uma diferenciação, mas ao peso a atribuir à finalidade de interesse público prosseguida pela norma.

Por outro lado, tendo em conta o assinalado elemento que é integrado na análise feita no acórdão n.º 187/2013, poderá sustentar-se que a fórmula da «igualdade proporcional», ela própria, sofreu, quanto a esse aspecto, uma evolução positiva, estando agora o princípio da proporcionalidade mais adaptado à especificidade da estrutura do princípio da igualdade.

3.2. *A «igualdade proporcional» como critério de densidade de controlo judicial*

Na fundamentação (não no dispositivo) do acórdão n.º 187/2013, a declaração de inconstitucionalidade da norma constante da LOE 2013 que estabelecia a suspensão do pagamento do subsídio de férias aos trabalhadores do sector público baseou-se «[...] na violação do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e do princípio da igualdade proporcional» (75).

Desde logo, verifica-se alguma falta de clareza sobre se o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade da norma em questão é unitário ou se reconduz antes a dois parâmetros distintos.

Em todo o caso, não é esse o principal problema.

Mais problemático é, em nosso modo de ver, que tanto o acórdão n.º 187/2013 como o acórdão n.º 353/2012 concebam a «igualdade proporcional», não com um critério de densidade de controlo judicial em sede de princípio da igualdade, mas antes como um parâmetro jurídico-normativo, susceptível de servir de fundamento para a invalidade de uma norma infraconstitucional. No acórdão n.º 353/2012 chegou-se a afirmar que o princípio da igualdade proporcional é um princípio estruturante do Estado de Direito (76).

O parâmetro constitucional que serve de fundamento para a declaração de inconstitucionalidade é o princípio geral da igualdade, consagrado no artigo 13.º, n.º 1 da Constituição. É esse o princípio constitucional que é violado pela injustificada desigualdade de tratamento criada pela norma.

O critério de densidade de controlo adoptado é a fórmula da «igualdade proporcional», em detrimento da fórmula da «proibição do arbítrio».

Aquilo que com a fórmula da «igualdade proporcional» é pretendido outra coisa não é do que um acréscimo da intensidade de escrutínio por parte da justiça constitucional, que tem como efeito uma redução da livre margem de conformação do legislador.

A compressão da liberdade de conformação do legislador —face àquela que lhe reconhece o TC nos termos da fórmula da proibição do arbítrio— decorre do facto de, nos termos da fórmula da «igualdade proporcional», o TC não se

(75) Acórdão n.º 187/2013, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86.º vol., 2013, págs. 77-227 em publicação.

(76) Acórdão n.º 353/2012, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 84.º vol., 2012, págs. 125-153, 143.

dar por satisfeito com a verificação da existência de um fundamento material bastante para uma diferenciação de regimes.

Enquanto que, ao recorrer à fórmula da proibição do arbítrio, o TC limita o seu escrutínio a um critério de *evidência*, ao apreciar uma violação do princípio da igualdade nos termos da fórmula da «igualdade proporcional», o TC efectua um escrutínio mais intenso.

3.3. *A «igualdade proporcional» e a estrutura escalonada da intensidade de escrutínio*

Um dos aspectos que não foi de todo considerado em nenhum dos acórdãos sobre cortes salariais no sector público é o de o princípio da igualdade estabelecer vinculações gradativas consoante o domínio da vida que o direito pretende regular, devendo reconhecer-se ao legislador uma liberdade de conformação tanto maior quanto o desigual tratamento atingir o indivíduo menos enquanto pessoa e mais na qualidade de membro de uma sociedade democraticamente ordenável (77).

Isso leva-nos ao problema da delimitação do âmbito de aplicação da fórmula da «igualdade proporcional», que será por nós abordado mais adiante (78).

O que nesta sede importa discutir é se, uma vez resolvido o problema da determinação do âmbito de aplicação, dentro desse âmbito de aplicação não será exigível um escalonamento da intensidade de escrutínio.

Ora, crê-se que, não só a própria estrutura do princípio da igualdade consente um escalonamento da intensidade de escrutínio, sendo correspondentemente diferenciada a margem de liberdade de conformação do legislador (79), como, fundamentalmente, tal é imposto pelo princípio da unidade da Constituição.

(77) Paul KIRCHHOF, «Allgemeiner Gleichheitssatz», in Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VIII, 3.^a ed., 2010, págs. 697-838, 718 e 733.

(78) V., *infra*, IV-3.4.

(79) Na Alemanha, a doutrina sustenta que é justamente na estrutura escalonada da intensidade de escrutínio que está o núcleo da «neue Formel». Nesse sentido, JARAAS (n. 19), 2546. A título de mero exemplo, estando em causa uma desigualdade de tratamento entre dois grupos de pessoas e, portanto, necessariamente, dentro do âmbito de aplicação da «neue Formel», o Tribunal Constitucional Federal alemão tem adoptado como critério de intensidade de escrutínio um critério intermédio sempre que a razão justificativa para a diferenciação não residir, enquanto tal, em características pessoais. V. SACHS (n. 16), 127 e jurisprudência aí referida; JARAAS (n. 19), 2547 e 2549.

A margem de liberdade de conformação do legislador será tanto mais reduzida quanto mais forte for a projecção da desigualdade de tratamento no exercício de direitos de liberdade ou quanto mais as características pessoais com base nas quais é feita a diferenciação se aproximarem de «categorias suspeitas» (80) como as que vêm enunciadas no artigo 13.º, n.º 2.

Em sentido contrário, estando em causa interações complexas, com repercussões sistémicas imprevisíveis, como é o caso da consolidação das finanças públicas no contexto da crise da dívida soberana, o legislador goza de uma ampla margem de liberdade para efectuar juízos de prognose, devendo a justiça constitucional limitar-se a um controlo de evidência (81).

Foi esse, aliás, o entendimento dos cinco conselheiros que votaram vencidos no acórdão n.º 187/2013.

3.4. *O âmbito de aplicação da fórmula da «igualdade proporcional»*

Na sequência das decisões sobre cortes salariais no sector público, em que o TC elaborou a fórmula da «igualdade proporcional», a principal dúvida que se põe é a de saber se tal fórmula passará a servir de único critério de decisão sempre que se trate de apreciar uma norma face ao princípio geral da igualdade, consagrado no artigo 13.º, n.º 1 da CRP, ou se, pelo contrário, subsiste algum campo de aplicação para a fórmula da proibição do arbítrio.

Na última hipótese, põe-se a questão de saber qual o critério ou critérios para determinar as situações cuja apreciação deva ser feita à luz de cada uma das fórmulas.

À primeira vista, sendo que ainda é cedo para afirmações assertivas, o TC não terá pretendido abandonar a fórmula da proibição do arbítrio como critério de decisão.

Com efeito, já após a prolacção do acórdão n.º 353/2012 sobre cortes salariais no sector público, em que utilizou como critério de decisão a fórmula da «igualdade proporcional», noutro campo temático, o TC julgou a inconstitucionalidade de uma norma utilizando, pelo menos, aparentemente, como critério de decisão a fórmula da proibição do arbítrio, embora seja também possível ler essa decisão à luz da fórmula da «igualdade proporcional» (82).

(80) É essa a leitura que a doutrina alemã faz do modo como o Tribunal Constitucional Federal alemão tem aplicado a «neue Formel». V. SACHS (n. 16), 128-129, e JARAAS (n. 19), 2547.

(81) SACHS (n. 16), 126-127; JARAAS (n. 19), 2550.

(82) Acórdão n.º 594/2012, in: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 85.º vol., págs. 305-316.

Só o tempo permitirá dar uma resposta definitiva à questão do âmbito de aplicação da fórmula da «igualdade proporcional».

Na Alemanha, a doutrina divide-se sobre se a «neue Formel» teve como efeito a substituição integral da fórmula da proibição do arbítrio (83) —sem que isso signifique que, dentro do seu âmbito de aplicação, não seja exigível um escalonamento da intensidade de controlo—, ou se da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão se não deve antes retirar a coexistência de ambas as fórmulas (84). É que, se, inicialmente, a utilização da «neue Formel» estava dependente da circunstância de a desigualdade de tratamento se projectar ou não sobre grupos de pessoas, o critério de determinação do seu âmbito de aplicação tem vindo a ser cada vez mais matizado (85).

(83) Nesse sentido, ALBERS (n. 67), 948-949. Já HERZOG (n. 14), 358, embora atribua à «neue Formel» um âmbito de aplicação ilimitado, não exclui a aplicabilidade da fórmula da proibição do arbítrio.

(84) Segundo SACHS (n. 16), 126, à fórmula da proibição do arbítrio caberia uma função residual. Uma instrutiva enumeração de constelações de casos a que o Tribunal Constitucional Federal alemão continua a aplicar a fórmula da proibição do arbítrio encontramos em JARAAS (n. 19), 2548. Tal significa que, para este último autor, o recurso à fórmula da proibição do arbítrio só ocorre em casos excepcionais («Sonderfälle»), constituindo a «neue Formel» a regra.

(85) SACHS (n. 16), 127-128.