**Acórdão do Tribunal Constitucional nº 632/2008 de 23-12-2008**

**II - Fundamentos**

**----------**

**D) - O princípio da proporcionalidade**

       11 - O que seja o conteúdo rigoroso da proporcionalidade, textualmente referida na parte [final](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, é questão suficientemente tratada pela jurisprudência do Tribunal.
       Com efeito, e [como](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) se disse, por exemplo, no Acórdão n.º 634/93 (referido também no Acórdão n.º 187/2001), a ideia de proporção ou proibição do excesso - que, em Estado de direito, vincula as acções de todos os poderes públicos - refere-se fundamentalmente à necessidade de uma relação equilibrada entre meios e fins: as acções estaduais não devem, [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) realizar os seus fins, empregar meios que se cifrem, pelo seu peso, em encargos excessivos (e, portanto, não equilibrados) para as pessoas a quem se destinem. Dizer isto é, no entanto, dizer pouco. Como se escreveu no Acórdão n.º 187/2001 (ainda em desenvolvimento do Acórdão n.º 634/93):

       «O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios:

       Princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos);
       Princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato);
       Princípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) alcançar os fins pretendidos).»

       A esta definição geral dos três subprincípios (em que se desdobra analiticamente o princípio da proporcionalidade) devem por agora ser acrescentadas, apenas, três precisões. A primeira diz respeito ao conteúdo exacto a conferir ao terceiro teste enunciado, comummente designado pela jurisprudência e pela doutrina por proporcionalidade em sentido estrito ou critério da justa medida. O que aqui se mede, na verdade, é a relação concretamente existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se [visa](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) alcançar. Ou, como se disse, ainda, no Acórdão n.º 187/2001, «[t]rata-se [...] de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação 'calibrada' - de justa medida - com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis».
       A segunda precisão a acrescentar é relativa à ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do [mais](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) abstracto perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do [caso](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o teste da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um [certo](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) meio é, em abstracto e enquanto meio típico, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se não concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno.
       É [este](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) um exame mais «fino» ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência - ou inexistência - , na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de [forma](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) a que se saiba se, in casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu - o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto necessárias ou exigíveis - , fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último teste de proporcionalidade.
       A terceira precisão a acrescentar relaciona-se com a particular dimensão que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua acepção ampla), quando aplicado às decisões do legislador. Afirmou-se atrás que o princípio em causa vale, em Estado de direito, [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) as acções de todos os poderes públicos. Quer isto dizer que ele se aplicará tanto aos actos da função administrativa [quanto](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) aos actos da função legislativa, pois que, em qualquer caso, não pode o Estado (actuando através dos seus diferentes poderes) empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não «proporcionais» face aos fins que pretende prosseguir. Certo é, porém, que o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela liberdade que tem para, no quadro da Constituição, eleger as finalidades que hão-de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em liberdade de conformação do legislador. Daqui decorre que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade, se há-de estribar sempre - como se disse no Acórdão n.º 187/2001 - em manifesto incumprimento, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso.
       12 - Sustenta o requerente que o alargamento do período experimental, nos contratos de trabalho de [tempo](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) indeterminado, para os trabalhadores indiferenciados, de 90 para 180 dias é, desde logo, medida legislativa inadequada para a realização do fim que visa realizar, fim esse que se consubstancia no próprio escopo da «prova» ou da «experiência».
       O período experimental existe [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) que as partes possam vir a saber, de forma vivida, se o que contrataram se adequa, ou não, ao que efectivamente existe; assim sendo - diz-se - não é uma «[prova](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449)» que dure seis meses (o dobro exacto do que durava até agora) um meio tipicamente idóneo, ou apto, para que o trabalhador indiferenciado conheça o meio em que trabalha ou para que o empregador conheça quem emprega.
       Note-se, no entanto, que a demonstração de que certa medida legislativa é, pelo seu conteúdo típico e abstractamente considerado, um instrumento inidóneo ou inapto [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) a realização do fim que com ela se pretende alcançar exige uma prova: em última instância, necessário é que se comprove que o meio usado se revela em si mesmo [como](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) algo de inócuo, indiferente ou até negativo por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos (neste sentido, Jorge Reis Novais, Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2004, p. 168). Ora - e diga-se desde já - nenhum dos argumentos invocados pelo requerente parece sustentar semelhante prova.
       Não a sustenta, desde logo, o argumento [relativo](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) ao direito comparado.
       Com efeito, analisando o «contexto histórico-jurídico do período experimental à luz do direito nacional e europeu», vem o pedido dizer que a duração do período experimental em Portugal se situa «ao nível das mais alargadas entre os ordenamentos que nos são tradicionalmente próximos», enunciando-se, a este respeito, a duração da figura em Espanha, França e Itália.
       O argumento comparativo [deve](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) no entanto ser utilizado com cautela.
       A comparação, para ser frutuosa, não se pode cingir à análise de um instituto, isoladamente tomado, sem que se tenha em conta o sistema [mais](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) vasto da regulação em que se insere. Só se compara o que é comparável; e a verdade é que as figuras do período experimental em outros ordenamentos - nomeadamente nos acima mencionados - , por se inserirem em contextos de regime diversos dos nossos, podem adquirir um sentido e uma relevância que não legitimam transponibilidades automáticas para a «leitura» do sistema português.
       É o que parece suceder, por exemplo, em França e Itália. Aí - onde, aliás, e ao contrário do que sucede entre nós, a existência de período experimental depende de convenção escrita das partes, não sendo, portanto, um elemento natural do contrato - , a possibilidade da contratação a termo (se bem que mantendo a sua natureza excepcional) é, nas suas causas justificativas, menos estrita do que em Portugal. Nos termos do D. Lgs. n.º 368/2001, de 6 de Setembro, os contratos a termo em Itália podem ser celebrados «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (assim, F. del Giudice/F. Mariani/F. Izzo, Diritto del [Lavoro](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449), 13.ª ed., Napoli, 2006, p. 344); e em França, a figura do contrat nouvelles embauches (se bem que aplicável, apenas, às empresas com menos de 20 trabalhadores), regida pela Ordonnance n.º 2005-893, de 2 de Agosto, situa-se (segundo a doutrina) «[a] mi chemin entre le contrat a durée indeterminée et le contrat a durée determinée [...] qui consiste à s'affranchir pour une durée de deux ans des règles relatives à la rupture unilatérale du contrat de travail». (Laurence Boutitie, «Le contrat nouvelles embauches: un contrat à durée indéterminée précaire», em Recueil Dalloz, n.º 40, 2005, p. 2777).
       Perante este quadro, parece lógico concluir que assumem, inevitavelmente, relevos diversos os regimes de período experimental nestes países, em comparação com o nosso. Entre nós, dada a maior exigência [quanto](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) à modulação do contrato a termo (v., supra, n.º 8), a previsão de um tempo de «prova» em contratos de duração indeterminada adquire um significado que, sob o ponto de vista sistémico, não tem equivalência nos ordenamentos atrás mencionados. Acresce que, nesses mesmos ordenamentos, os tempos do período experimental - nos contratos de duração indeterminada - não parecem diferir tão sensivelmente do regime vigente entre nós (em Itália a duração máxima do patto di prova é de seis meses, segundo o artigo 10.º da Legge n.º 604/1966; e em França prevêem-se périodes d'essai com duração diferenciada: dois meses para trabalhadores indiferenciados, renováveis até quatro meses; três meses para os trabalhadores especializados, renováveis até seis meses; e quatro meses para os «quadros», renováveis até oito meses. Em todos estes casos, a renovação depende de convenção colectiva de trabalho, de acordo com artigo L 1221-19 do Code du Travail).
       O regime mais próximo do nosso parece ser, assim, o do direito espanhol, em que, em todo o [caso](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449), a existência do período experimental depende de acordo escrito entre as partes.
       Por todos estes motivos, não parece que o recurso ao direito comparado contenha argumentos que comprovem a inadequação da medida legislativa em juízo face ao fim por ela prosseguido. E a verdade é que, para além dele, nem se vê que outras razões haja que possam conter, de forma conclusiva, semelhante prova. Nada parece legitimar a conclusão segundo a [qual](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) a solução contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 112.º da versão revista do Código é, em si mesma, um meio típico inidóneo ou inapto para a consecução do fim que com ele se pretende realizar. Afirmar que, passada determinada altura, um período de «prova» deixa de servir para que as «partes» de um contrato «se conheçam» - transformando-se por isso (e por mero decurso do tempo) num instrumento abstractamente inadequado para a realização de um tal fim - equivale a sustentar um argumento que assenta [sobre](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) premissas que permanecem indemonstráveis. Por isso, é ao Tribunal impossível dar razão, quanto a este ponto, ao requerente.
       13 - Pode suceder que uma medida legislativa que não seja, em si mesma, inadequada face à prossecução de certo fim se venha a revelar, para tanto, [como](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) algo de desnecessário ou inexigível. Como atrás se disse, a «passagem» pelo primeiro teste da proporcionalidade não torna inútil, ou supérfluo, o exame que o segundo teste dispensa.
       Ora, é precisamente o recurso a este segundo teste - ao qual se atribui a designação de «medida de valor da necessidade» - que a seguir se convoca.
       A convocação surge agora acompanhada da ideia de concordância prática: a medida de valor da necessidade - diz-se - deve aferir-se em função do que é indispensável, ou exigível, para a salvaguarda de outros interesses ou bens constitucionalmente protegidos. No caso (diz-se ainda) o outro bem ou interesse que se pretende salvaguardar, e que deve concordar praticamente com o bem «segurança no emprego», é o da livre iniciativa privada, consagrada - como já se viu - no artigo 61.º da Constituição.
       A bem dizer, a exigência de que uma medida restritiva de um direito satisfaça, de forma equilibrada, o imperativo da concordância prática entre bens ou interesses conflituantes (e de igual relevo constitucional) não vale, apenas, para a densificação do conteúdo do segundo teste de proporcionalidade. Pelo contrário. Contendo ela, afinal de contas, a corporização da própria ideia de proporcionalidade, a inevitabilidade da sua presença faz-se sentir, transversalmente, na aplicação de todos os subprincípios que integram o valor constitucional em causa: isto mesmo se extrai, aliás, da parte final do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, que determina que as restrições se devem limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
       Certo é, porém, que o teste da necessidade ou da exigibilidade obriga a que se proceda a uma específica forma de ponderação, ou de avaliação, do modo pelo qual a restrição legislativa de um direito procede à necessária realização da tarefa de concordância prática entre bens ou interesses conflituantes. Já vimos em que é que se traduz a especificidade. Do que se trata, aqui, é de averiguar se existiam, no caso, meios alternativos para a realização do mesmo fim; se entre esses meios havia, ou não, diferenças [quanto](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) ao grau da sua onerosidade para os destinatários das medidas restritivas; e se, finalmente, se tinha ou não escolhido, de entre eles, o meio mais benigno ou menos oneroso.
       Para tanto, é necessário que, diferentemente do que ocorre a propósito do exame da adequação, se desça neste momento à análise das especificidades do caso concreto. É que importa agora averiguar o modo pelo qual, numa certa situação da vida, o legislador «pesou» diferentes bens ou interesses constitucionalmente protegidos, e entre si conflituantes, de modo a restringir o direito que um deles protege em benefício de outro, também constitucionalmente tutelado. Por isso, é com alguma razão que se pede, neste passo, a verificação da forma pela qual a norma questionada opera a concordância prática entre o direito à garantia na segurança do emprego, por um lado, e o direito à iniciativa económica privada, por outro: é que, e como já se viu (supra, n.º 10), qualquer alargamento do tempo de período experimental pode, em princípio, operar em benefício dos empregadores (e, portanto, em benefício do bem jurídico protegido pelo direito consagrado no n.º 1 do artigo 61.º da CRP), com a consequente compressão dos «interesses» dos trabalhadores, e, portanto, do bem especificamente tutelado pelo artigo 53.º
       No entanto - e este é o ponto fundamental - se assim será, em princípio, a propósito de qualquer alargamento, a verdade é que, in casu, o aumento de duração do período experimental não tem uma dimensão qualquer. O fim que a alteração legislativa visa atingir tem como efeito a aplicação, apenas aos trabalhadores indiferenciados, de um aumento do período experimental, aumento esse em dobro face ao regime actualmente vigente, o que implica que o tempo de experiência que lhes é destinado vem a coincidir - e a coincidir integralmente - com aquele que vale, também, para os trabalhadores especializados. Como se sabe, o prazo constante da norma questionada é o mesmo que o constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 107.º do Código do Trabalho hoje vigente, válido apenas para os trabalhadores «que exerçam cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade ou que pressuponham uma especial qualificação, bem como para os que desempenhem funções de confiança.» Como da redacção aprovada pelo decreto desaparece a menção especial de um tempo de «experiência» válido apenas para os contratos celebrados com esta última categoria de trabalhadores - e como o tempo de «prova» que antes lhes era destinado surge agora como tempo aplicável à «generalidade dos trabalhadores» - nem outra conclusão se afigura possível. Para os trabalhadores indiferenciados, a duração do período experimental é não só aumentada em dobro, como alargada a um ponto tal que acaba por coincidir com o tempo de «experiência» próprio dos trabalhadores qualificados.
       Assim sendo, a questão que se coloca é a de saber se é necessário, ou exigível, para o fim que a medida legislativa visa realizar - e que não pode ser outra que não a de assegurar, para as duas partes no contrato de trabalho, um tempo côngruo de duração da «prova» ou da «experiência» - um tal aumento [da duração da experiência]. Será para tanto necessário, ou exigível, que, nos contratos de duração indeterminada, os trabalhadores indiferenciados passem a ter um período experimental não só coincidente com o dobro do tempo actualmente vigente, mas ainda coincidente com o tempo de «prova» a que estão sujeitos os trabalhadores especializados? Razões empíricas, e de imediata resposta, dizem que não. Pela própria natureza das coisas, a «prova» será tanto menos exigente quanto menos exigente for também, pela sua «qualidade» ou «especialização», o teor da prestação de trabalho: prestações menos qualificadas poderão ser testadas ou «experimentadas» (tanto por empregador quanto por trabalhador) em menos tempo do que as outras, mais qualificadas.
       A isto acresce que tendem precisamente a ser os trabalhadores sem especiais qualificações, ou sem especial autonomia técnica, os mais carentes da protecção do direito, por serem também eles - pela sua «fungibilidade» - os potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade de emprego.
       Assim, qualquer medida legislativa que lhes seja destinada, e que opere no sentido do aumento da precariedade da sua situação [laboral](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449), não poderá deixar de se traduzir numa significativa «compressão» do bem jurídico protegido pelo artigo 53.º da Constituição.
       Ora, in casu, nenhum elemento existe, nos antecedentes legislativos, que permita, por um lado, identificar uma insuficiência manifesta dos prazos actualmente em vigor e, por outro, uma justificação para o alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho dos trabalhadores indiferenciados. Tanto o Livro Verde sobre as Relações Laborais (de Abril de 2006) quanto o Livro Branco das Relações Laborais (de Dezembro de 2007) são omissos quanto a este ponto, tal como o é a justificação de motivos da proposta de lei apresentada à Assembleia da República. Por outro lado, no decurso dos trabalhos parlamentares, a questão foi colocada com ênfase e sem resposta concludente: veja-se, quanto a este ponto, e para a discussão na generalidade, o Diário da Assembleia da República, 1.ª série, n.º 2, de 19 de Setembro, e, para a discussão na especialidade, o Diário da Assembleia da República, n.º 18, de 8 de Novembro: em ambas as ocasiões se discutiu a possibilidade de, com esta «medida legislativa», se virem a esbater as fronteiras entre as figuras do trabalho a termo, na sua duração mínima normal, e do período experimental nos contratos de trabalho de tempo indeterminado.
       Assim, não sendo patente a insuficiência dos prazos em vigor, e não se encontrando nos antecedentes atrás citados qualquer justificação para a alteração que o decreto visa alcançar, tudo indica que a medida que se contém na norma questionada - no que se refere aos trabalhadores indiferenciados - se não compatibiliza com o teste da necessidade ou da exigibilidade, a que estão subordinadas todas as normas infraconstitucionais que restrinjam direitos fundamentais.
       Com efeito, o eventual incremento marginal de eficácia que decorreria do alargamento do período experimental não tem, por si só, virtualidade [para](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449) justificar que esse alargamento se faça de 90 para 180 dias para os trabalhadores não especializados, equiparando-os para esse efeito aos trabalhadores especializados. Por este [motivo](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=1350449), há que concluir que o legislador não protegeu como devia, face ao disposto nos artigos 53.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, os trabalhadores indiferenciados de situações injustificadas de precariedade de emprego.