ACÓRDÃO N.º 214/2011

Processo n.º 283/11
Plenário
Relator: Conselheiro Vítor Gomes
(Conselheiro Borges Soeiro)

Acordam em plenário no Tribunal Constitucional

I – Relatório

1. O Presidente da República requereu, nos termos do disposto no artigo 278.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e nos artigos 51.º, n.º 1, e 57.º, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (LTC), que o Tribunal aprecie preventivamente a constitucionalidade de toda as normas constantes do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República, recebido na Presidência da República no dia 31 de Março de 2011, para ser promulgado como lei.

2. O pedido de fiscalização de constitucionalidade apresenta a seguinte fundamentação:

> "1.º
>
> Pelo Decreto n° 84/XI, a Assembleia da República aprovou a 'suspensão do actual modelo de avaliação do desempenho de docentes' através da revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho.
>
> 2.º
>
> No artigo 1.º do mesmo Decreto determinou que o 'Governo deve iniciar o processo de negociação sindical tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretize um novo modelo de avaliação do desempenho de docentes, produzindo efeitos a partir do início do próximo ano lectivo'.
>
> 3.º
>
> Estabeleceu, ainda, um regime transitório nos termos do qual, até à entrada em vigor do novo modelo de avaliação, são aplicáveis os procedimentos previstos no Despacho n.º 4913-B/2010, de 18 de Março, no âmbito da apreciação intercalar, até ao final de Agosto de 2011'.
>
> 4.º
>
> Dispõe-se no artigo 4.º que 'a presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação'.
>
> 5°
>
> Coloca-se, em primeiro lugar, a questão de saber se será conforme à Constituição a revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho, operada pela norma contida no artigo 3° do Decreto em análise.
>
> 6°
>
> Com efeito, a norma em apreço limita-se a determinar a revogação do decreto regulamentar, sem que tenha procedido à revogação da respectiva norma habilitante.
>
> 7°

Na verdade, o referido decreto regulamentar foi emitido ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 40° do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 105/97, de 29 de Abril, 1/98, de 2 de Janeiro, 35/2003, de 27 de Fevereiro, 121/2005, de 26 de Julho, 229/2005, de 29 de Dezembro, 15/2007, de 19 de Janeiro, 35/2007, de 15 de Fevereiro, 270/2009, de 30 de Setembro, e 75/2010, de 23 de Junho.

8°

Deste modo, a revogação do regulamento pelo acto legislativo sem que haja também sido retirada da ordem jurídica a norma habilitante poderá constituir uma apropriação indevida da esfera de actuação do poder administrativo.

9.º

De acordo com o disposto na citada norma do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário 'a regulamentação do sistema de avaliação do desempenho estabelecido no presente Estatuto é definida por decreto regulamentar'.

10.º

O citado Estatuto atribuiu, assim, expressamente ao poder administrativo a tarefa de regulamentar o sistema de avaliação do desempenho dos docentes. Tratando-se de matéria que se integra nas funções de gestão escolar, entendeu-se que a concretização dos procedimentos tendentes a essa avalização só poderia caber à Administração.

11.º

Ora, na revogação agora operada, como ficou afirmado, não se contesta esta decisão do legislador, uma vez que ficou intocada a norma de remissão para decreto regulamentar.

12°

Deste modo, sem cuidar de revogar o quadro legal aplicável, o diploma agora aprovado interfere directamente no âmbito do regulamento, revogando-o.

13.º

Não se questiona a possibilidade, no quadro da hierarquia de normas, de, em abstracto, uma lei revogar um regulamento. Tão-pouco deve atender-se à existência, em geral, de uma reserva de regulamento. Já não pode deixar de relevar o respeito devido pelo legislador à margem própria de intervenção administrativa.

14°

Com efeito, afirmou o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 24/98: 'também para quem entenda que, podendo haver, em determinadas situações, «reservas específicas de regulamentação» detidas pelo Governo, mas que, porém, ainda nelas não é totalmente vedada uma actuação legislativa por parte da Assembleia da República, contanto que o Parlamento, ao efectuá-la, revogue, derrogue ou abrogue, directa ou implicitamente, a competência de regulamentação que, nessas situações, se encontrava deferida ao Governo (...).'

15°

Ora, ao contrário do que havia sucedido no caso em análise no acórdão citado, o presente Decreto não procedeu à revogação do regime que deferia ao Governo a competência para a regulamentação.

16°

Tal actuação pode configurar um quadro difuso de exercício dos poderes, permitindo ao legislador interferir na função administrativa ao revogar o regulamento, determinando, simultaneamente, a adopção de um regime intercalar, de idêntica natureza.

17°

Ao fazê-lo, o Decreto pode enfermar de inconstitucionalidade material por violação do princípio da separação de poderes.

18°

Afirma Paulo Otero (Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação Administrativa à Juridicidade, Coimbra, 2003, págs. 753 e 754) que 'se o princípio da separação de poderes (...) garante à Administração Pública um espaço de execução normativa da lei, a verdade é que também deverá inibir o legislador de se transformar em executor individual e concreto das próprias leis: a Assembleia da República encontra-se proibida, precisamente por carecer de competência administrativa externa, de se substituir ao Governo'.

19°

O Decreto em apreciação vai mais longe e, na norma contida no artigo 1°, determina que o Governo inicie 'o processo de negociação sindical tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretize um novo modelo de avaliação do desempenho de docentes, produzindo efeitos a partir do início do próximo ano lectivo'.

20°

Esta norma reforça o sentido assumido pelo legislador segundo o qual o Governo é o órgão competente para elaborar e aprovar a regulamentação concretizadora de um novo modelo de avaliação de desempenho de docentes, uma vez que lhe cabe o poder negocial. Torna-se, assim, ainda mais evidente a invasão do campo de actuação do poder administrativo.

21°

O legislador não se limita, pois, a reconhecer esta competência do Governo – facto que, em si mesmo, não seria inconstitucional – mas aprova uma injunção ao Governo para que actue em determinado prazo.

22º

O início de um procedimento negocial é matéria de natureza administrativa uma vez que envolve juízos de mérito e de oportunidade. Admitir-se-ia, em tese, a previsão legislativa de um prazo para a aprovação do quadro regulamentar. Já mais duvidosa é a imposição de um prazo para dar início e concluir os mecanismos negociais sobre os quais só à Administração cabe decidir.

23°

Por fim, a norma contida no artigo 2.º prevê um regime transitório por recurso à aplicação do 'Despacho n.º 4913-B/2010, de 18 de Março, no âmbito da apreciação intercalar, até ao final de Agosto de 2011'.

24°

Mais uma vez, não está em causa a possibilidade de a lei operar a recepção do conteúdo normativo de um regulamento, atribuindo-lhe força de lei. Tal pode justificar-se, desde logo, por razões práticas e de economia de meios.

25°

Todavia, o conteúdo do mencionado despacho emitido pelo Secretário de Estado Adjunto e da Educação não parece ter sido concebido para ser aplicado a um universo mais vasto de situações por lhe faltar, claramente,

um princípio de generalidade subjacente Com efeito, estava ali em causa, para um universo bem delimitado de destinatários, num período concreto, a aplicação das regras transitórias de progressão na carreira.

26°

A propósito daquele princípio de generalidade, afirma Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional, Tomo V, Coimbra, 2010, pág. 147) que só são admissíveis as leis individuais 'contanto que, por detrás deste ou daquele comando aplicável a certa pessoa, possa encontrar-se uma prescrição ou um princípio geral e que não se criem privilégios ou discriminações'.

27°

Dificilmente poderá o legislador, sem invasão da esfera administrativa, transformar o conteúdo do despacho num princípio geral, aplicável a todos os docentes, em substituição de um regulamento administrativo cuja norma habilitante não revoga.

28°

Tal substituição concita ainda uma dúvida de conformidade constitucional que importa, a final, dilucidar.

29°

De acordo com o disposto no artigo 4° do Decreto, 'a presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação'.

30°

Porém, estando o regime, agora revogado, em vigor desde 24 de Junho de 2010, pode argumentar-se que os seus destinatários modularam os seus comportamentos para o ano lectivo em curso em função do ali disposto.

31.º

De igual modo, estando o ano lectivo a aproximar-se do fim, podem os docentes ter firmado as suas legítimas expectativas de carreira em função destas regras e da avaliação que delas resultaria.

32.º

Ora, a revogação pura e simples do regime e a sua substituição por um outro, intercalar, que não foi concebido para os mesmos efeitos, com eficácia retroactiva – ou, ao menos, retrospectiva é susceptível de afectar a confiança dos destinatários da norma,

33.º

Tal afectação pode configurar uma violação inconstitucional do princípio da protecção da confiança, previsto no artigo 2° da Constituição, ínsito ao princípio do Estado de Direito.

34°

Conclui-se, pois, que, entre outros eventuais fundamentos de inconstitucionalidade, designadamente de natureza formal ou procedimental, pode legitimamente questionar-se a constitucionalidade material das normas objecto do pedido, por violação do princípio da separação de poderes, previsto nos artigos 2° e 111 ° da Constituição, da esfera de intervenção da Administração, prevista na alínea c) do artigo 199° da Constituição e do princípio da protecção da confiança, ínsito no princípio da Estado do Direito, consagrado no artigo 2° da Constituição."

E o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade termina nos seguintes termos:

"Ante o exposto, requer-se, nos termos do n° 1 do art.° 278° da Constituição, bem como do n° 1 do artigo 51° e n° 1 do art.° 57° da Lei n° 28/82, de 15 de Novembro, a fiscalização preventiva da constitucionalidade das normas dos artigos 1°, 2°, 3° e 4° constantes do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República, por violação dos artigos 2°, 199°, alínea c) e 111° da Constituição."

3. Notificado para se pronunciar sobre o pedido, nos termos do artigo 54.º da LTC, o Presidente da Assembleia da República ofereceu o merecimento dos autos e juntou os elementos do processo legislativo.

4. Discutido o *Memorando* apresentado pelo relator originário, cumpre formular a decisão em conformidade com o entendimento que prevaleceu.

II – Fundamentação

5. O diploma em questão é do seguinte teor:

"DECRETO N.º 84/XI

Suspensão do actual modelo de avaliação do desempenho de docentes e revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho.

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.° da Constituição o seguinte:

Artigo 1.º

Novo modelo de avaliação do desempenho de docentes

Até ao final do presente ano lectivo, o Governo inicia o processo de negociação sindical tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretize um novo modelo de avaliação do desempenho de docentes, produzindo efeitos a partir do início do próximo ano lectivo.

Artigo 2.º

Período transitório

Para efeitos de avaliação do desempenho de docentes, e até à entrada em vigor do novo modelo de avaliação, são aplicáveis os procedimentos previstos no Despacho n.° 4913-B/2010, de 18 de Março, no âmbito da apreciação intercalar, até ao final de Agosto de 2011.

Artigo 3.º

Norma revogatória

É revogado o Decreto Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho.

Artigo 4.º

Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação."

6. Desenvolvendo a previsão do n.º 2 do artigo 39.º da Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, alterada pelas Leis n.º 115/97, de 19 de Setembro, n.º 49/2005, de 30 de Agosto e pela Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto) o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário (doravante Estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de

Abril, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 105/97, de 29 de Abril, 1/98 de 2 de Janeiro, 35/2003, de 27 de Fevereiro, 121/2005, de 26 de Julho, 229/2005, de 29 de Dezembro, 224/2006, de 13 de Novembro, 15/2007, de 19 de Janeiro, 35/2007, de 15 de Fevereiro, 270/2009, de 30 de Setembro e 75/2010, de 23 de Junho), estabelece a sujeição do pessoal docente a que se aplica a um sistema de avaliação do desempenho. Sistema esse que reflecte para esta categoria especial de trabalhadores os objectivos da política prosseguida com a avaliação do desempenho na Administração Pública pelo SIADAP (sistema integrado de gestão e avaliação do desempenho na administração pública), ao qual se considerou adaptado [cfr. artigo 86.º, n.º 4, alínea *c*) da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro].

Na versão resultante da última revisão do Estatuto, caracterizam-se os objectivos da avaliação do desempenho (artigo 40.º), estabelece-se a sua relevância obrigatória (artigo 41.º), o seu âmbito e periodicidade (artigo 42.º), indicam-se os intervenientes no procedimento de avaliação (artigo 43.º) e os domínios em que esta incide (artigo 45.º), fixa-se o sistema de classificação (artigo 46.º), disciplinam-se garantias de reclamação e recurso (artigo 47.º) e regulam-se os efeitos na carreira e as vantagens pecuniárias do resultado da avaliação individual (artigo 48.º). Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 75/2010, esta revisão do Estatuto concretiza o "Acordo de Princípios" celebrado no dia 8 de Janeiro de 2010, com as organizações sindicais representativas do pessoal docente, visando "a melhoria da escola pública, procurando proporcionar às escolas e a todos os intervenientes no processo educativo um clima de tranquilidade que favoreça o cumprimento da elevada missão da escola pública, promover o mérito e assegurar a prioridade ao trabalho dos docentes com os alunos, tendo em vista o interesse das escolas, das famílias e do País".

Porém, a regulação por via legislativa da avaliação do desempenho do pessoal docente nunca foi exaustiva, devolvendo o Estatuto a sua concretização, sobretudo quanto aos aspectos procedimentais ou de adaptação a situações particulares, para diplomas regulamentares do Governo. Disso se incumbiram sucessivamente, para só considerar o período posterior às novas políticas de avaliação de desempenho na Administração Pública, os Decretos Regulamentares n.º 2/2008, de 10 de Janeiro, n.º 11/2008, de 23 de Maio, n.º 1-A/2009, de 5 de Janeiro, n.º 14/2009, de 21 de Agosto e, por último, o n.º 2/2010, de 23 de Junho.

Este último diploma regulamentar foi publicado para desenvolver os princípios que presidiram à alteração do Estatuto que foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 75/2010, de 23 de Junho, tendo como norma habilitante o n.º 2 do artigo 40.º do Estatuto que dispõe que "a regulamentação do sistema de avaliação do desempenho estabelecida no presente Estatuto é definida por decreto regulamentar".

7. Foi sobre o modelo de avaliação disciplinado por este último diploma regulamentar que veio incidir a iniciativa legislativa que deu origem ao Decreto 84/XI, da Assembleia da República, publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 115, de 29 de Março de 2011, pág. 2, cujas normas o Presidente da República submete, na

totalidade, a apreciação preventiva de constitucionalidade. Este Decreto resultou da aprovação do texto de substituição que foi apresentado após discussão na generalidade dos Projectos de Lei n.º 571/XI/(PCP), e n.º 575/XI (PSD), publicados no *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 112, de 25 de Março de 2011, a págs. 13 a 15 e 27 e 28, respectivamente.

Fazendo um juízo negativo sobre o processo de avaliação do desempenho dos docentes do ensino básico e secundário das escolas púbicas que se encontra em aplicação, por constituir um encargo burocrático para os professores e para a gestão do sistema escolar, sem reflexos positivos na melhoria da prestação do serviço público cometido às escolas públicas, juízo esse que é bem patente na "exposição de motivos" de cada um dos projectos de que o texto final resultou e nas intervenções dos deputados que os suportaram durante a discussão (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 69, de 26 de Março de 2011, págs 45 a 58 e 70), o Parlamento suspendeu-o, procedendo à revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010 que o disciplina (artigo 3.º, do Decreto n.º 84/XI) e determinando que o Governo inicie o processo de negociação com as associações sindicais tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretize um novo modelo, em ordem a produzir efeitos a partir do próximo ano lectivo. Para avaliação do desempenho durante o período transitório – até ao final de Agosto de 2011 (artigo 2.º do Decreto) – determina-se a aplicação do Despacho n.º 4913-B/2010, de 15 de Março de 2010, do Secretário de Estado Adjunto e da Educação, relativo à avaliação intercalar para efeitos de progressão na carreira, publicado no *Diário da República*, II Série, de 18 de Março de 2010.

Interessa ainda referir que, na mesma data, a Assembleia da República aprovou, nos termos do n.º 5 do artigo 166.º da Constituição, duas resoluções sobre a mesma matéria: a Resolução n.º 93/2011 e a Resolução n.º 94/2011, ambas publicadas no *Diário da República*, I Série, de 27 de Abril de 2011. A primeira, sobre "a aplicação da apreciação intercalar da avaliação do desempenho docente e consequente alteração dos mecanismos de avaliação", corresponde ao Projecto de Resolução n.º 470/XI (2ª), publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 111, de 24 de Março de 2011, págs. 60 e segs. A segunda, sobre os "princípios a que deve obedecer o novo quadro legal da avaliação e da classificação do desempenho das escolas e dos docentes", resulta da aprovação do Projecto de Resolução n.º 497/XI (2ª), publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série A, n.º 112, de 25 de Março de 2011, págs. 73 e segs.

8. O primeiro fundamento do pedido é a violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, consagrado no n.º 1 do artigo 111.º da Constituição, que resultaria de, na medida em que a Assembleia da República procedeu à revogação do Decreto Regulamentar mediante o qual fora dado cumprimento ao disposto no Estatuto, sem simultaneamente revogar a norma habilitante, antes impondo ao Governo que inicie negociações com as associações sindicais com vista a nova regulamentação de modo a entrar em vigor no início do próximo ano lectivo, se ter invadido "a margem própria" da competência administrativa

cometida ao Governo pela alínea *c*) do artigo 199.º da Constituição para fazer "os regulamentos necessários à boa execução das leis".

Embora a apreciação do pedido por parte do Tribunal tenha, em regra, de incidir sobre cada uma das normas que lhe são submetidas, perante um pedido em que todas elas estão impugnadas com um mesmo e essencial fundamento e em que essas normas, sobretudo as dos artigos 1.º e 3.º do Decreto, constituem um bloco que dá resposta ao problema de funcionamento das escolas públicas e de gestão do respectivo pessoal docente que, no entender do legislador parlamentar, justifica a iniciativa legislativa, nada obsta ao seu confronto conjunto com os parâmetros de constitucionalidade que lhes são problematicamente comuns.

9. Nos termos do n.º 1 do artigo 111.º da Constituição, "os órgãos de soberania devem observar a separação e interdependência estabelecidos na Constituição". Este princípio de separação e interdependência de poderes, que anteriormente apenas aparecia formulado no capítulo da organização do poder político (o actual preceito constitucional corresponde ao anterior n.º 1 do artigo 114.º), passou também a figurar, com a revisão operada pela Lei Constitucional n.º 1/97 (RC97), no artigo 2.º da Constituição. Com a diferença de que, enquanto na caracterização do Estado de direito democrático se menciona, de modo mais abrangente, a "separação e interdependência de poderes", no capítulo relativo à organização do poder político a separação e interdependência que a Lei Fundamental manda observar respeita aos poderes dos "órgãos de soberania". Esta dupla referência reafirma a posição do princípio da separação de poderes simultaneamente como um princípio fundamental do momento organizatório da Constituição e como um dos princípios definidores da comunidade política e do Estado. Como se disse no acórdão n.º 24/98 (disponível, como os demais citados em *www.tribunalconstitucional.pt*), o princípio ficou explicitado "inequívoca e claramente como um dos *essentialia* do Estado de direito democrático"".

Admite-se modernamente que o princípio da separação de poderes não cumpre apenas o papel, com que entrou na história do constitucionalismo, de repartição orgânico-funcional dos poderes do Estado com vista à protecção das liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos. Desempenha uma pluralidade de funções constitucionais: função de medida, função de racionalização, função de controlo e função de protecção. Como salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa Anotada,* Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra, 2007, pág. 209) o texto constitucional articula a ideia de separação com a ideia de interdependência de poderes, apontando a fundamentalidade do princípio para a ideia de ordenação dos órgãos de soberania pautada pela adequação orgânica, de modo a que as medidas e decisões do poder público para cumprimento das tarefas do Estado sejam preferencialmente adoptadas pelos órgãos que, "segundo a sua organização, função, atribuição e procedimento de actuação estão em melhor posição para analisar os pressupostos, os juízos e os resultados indispensáveis a medidas ou decisões constitucionalmente ajustadas". Ele implica, como refere Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional,* Tomo

VII, Coimbra, 2007, pág. 83 "a necessidade de um núcleo essencial de competência de cada órgão, apurado a partir da adequação da sua estrutura ao tipo ou à natureza de competência de que se cuida".

Com efeito, enquanto instrumento de inibição da actuação dos poderes públicos, através do modelo tradicional de *checks and balances*, em salvaguarda da liberdade individual dos cidadãos – a chamada dimensão negativa do princípio da separação de poderes –, o princípio cedeu campo operativo a um conjunto de institutos garantidores dos preceitos materiais da Constituição e dos direitos, liberdades e garantias. Designadamente, centrando desde já a atenção no âmbito relacional entre o poder legislativo do Parlamento e o poder executivo porque é nesse âmbito que se situa a questão que o Tribunal tem para resolver, perante a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais e a tendencial plenitude de acesso ao direito e aos tribunais para protecção contra qualquer lesão dos direitos e interesses individuais, incluindo a garantia de tutela jurisdicional efectiva dos direitos e garantias dos administrados.

A maior virtualidade ou dimensão operativa do princípio, ao menos em termos de justiciabilidade – o que, num sistema de justiça constitucional como a portuguesa, releva pela via da apreciação de constitucionalidade de normas jurídicas – é a que respeita à sua dimensão de elemento de interpretação e de delimitação funcional das normas constitucionais de competência no sentido da racionalização do exercício das funções do Estado. Nesta sua dimensão positiva, o princípio da separação de poderes "assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania" (Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7ª ed., Almedina, 2003, pág. 250). Como diz Jorge Reis Novais, *Separação de Poderes e Limites da Competência Legislativa da Assembleia da República,* Lisboa, 1997, pág. 37, o princípio "é hoje essencialmente invocável na *praxis* jurídica no seu significado de princípio organizatório estruturante de uma organização racional dos poderes do Estado".

Não, obviamente, de uma racionalidade aprioristicamente concebida, mas daquela racionalidade que está presente na distribuição de competências constitucionais para prossecução das funções do Estado pelos diversos órgãos de soberania ("… a separação e interdependência estabelecidos na Constituição"), de modo que no binómio separação-interdependência possa sobreviver o núcleo essencial das atribuições e responsabilidade constitucional de cada um deles. No essencial, o princípio significa "ordenação adequada de funções, proibição da confusão e da diluição dos nexos de imputação e responsabilidade" (Assunção Esteves, "Os limites do poder do Parlamento e o procedimento decisório da co-incineração", *Estudos de Direito Constitucional*, Coimbra, 2001, pág. 17).

Postas estas genéricas considerações quanto ao seu alcance, da constelação problemática que o referido princípio convoca, no presente pedido de fiscalização preventiva de constitucionalidade interessa, apenas,

o que respeita às relações entre o poder legislativo do Parlamento e o poder regulamentar do Governo no domínio do regime da função pública. É este o horizonte de referência da apreciação que se segue.

10. No artigo 3.º do Decreto n.º 84/XI, a Assembleia da República pretende revogar o Decreto Regulamentar n.º 2/2010.

Não põe o Tribunal em dúvida, como o Presidente da República não põe, que um acto de natureza regulamentar possa ser revogado por um acto de natureza legislativa. Não estando em causa um acto provindo de um órgão integrado na administração autónoma, em que da autonomia normativa podem decorrer limites ao poder regulador e consequentemente também ao poder revogatório do legislador (cfr. J.C. Vieira de Andrade, "Autonomia regulamentar e reserva de lei", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, I, Coimbra, 1984, pág. 21; Vital Moreira, *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, 1997, págs. 186 a 191 e Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II Vol., 4ª edição, Coimbra Editora, 2010, pág. 2010), essa aptidão é inerente ao princípio da hierarquia das fontes normativas implícito no artigo 112.º da Constituição.

E, como o pedido reconhece, também não é questionável esse poder revogatório do Parlamento, através de acto legislativo, mediante a mera afirmação de uma *reserva de regulamento* por parte do Governo, que assim seria invadida.

Como o Tribunal vem afirmando, a Constituição não restringe o âmbito da competência legislativa em geral, nem confere ao Governo uma reserva de competência originária regulamentar em certas matérias. O poder regulamentar conferido ao Governo pela alínea *c*) do artigo 199.º para fazer "os regulamentos necessários à boa execução da leis" não corresponde a qualquer reserva de regulamento, no sentido de a lei não poder ultrapassar um determinado nível de pormenorização ou particularização de modo a deixar sempre ao Governo, enquanto titular do poder regulamentar, um nível de complementação normativa relativamente a cada uma das leis. Como se afirmou no acórdão n.º 461/87, o legislador dispõe "de uma omnímoda faculdade – constitucionalmente reconhecida – de planificar e racionalizar a actividade administrativa, pré-conformando-a no seu desenvolvimento, e definindo o espaço que ficara à liberdade de critério e à autonomia dos respectivos órgãos ou agentes, ou antes pré-ocupando-o (preferência de lei)". De outro modo, como se realçou no acórdão n.º 1/97, a reserva de competência regulamentar do Governo redundaria necessariamente num limite da competência legislativa da Assembleia da República quanto a certas matérias, limite que a Constituição não permite deduzir perante um preceito como o da alínea *c*) do artigo 161.º que expressamente atribui à Assembleia da República competência para fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas ao Governo. E estas, as competências legislativas reservadas ao Governo, não são outras senão as respeitantes à sua própria organização e funcionamento (n.º 2 do artigo 198.º da Constituição)

Mas mesmo para quem levante objecções a este entendimento (vid. Jorge Miranda - Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo II, Coimbra, 2006, pág. 719), com base na ideia de que a dimensão positiva do princípio da separação de poderes dificilmente tolera que o Parlamento seja um órgão constitucionalmente adequado para normação de pormenor ou essencialmente técnica, ou que o respectivo procedimento legislativo não se adequa ao tratamento de certas matérias como, v gr., as de planeamento urbanístico, terá de convir que a matéria agora em causa não oferece esse tipo de resistência à intervenção do legislador parlamentar, seja pelo procedimento legislativo, seja pela menor capacidade em meios de apoio à decisão, ou pela menor imediação ou capacidade para auscultar os interesses envolvidos. Pelo contrário, quanto a esses factores, a matéria em causa é perfeitamente susceptível de regulação por acto legislativo parlamentar. Do que se trata é de estabelecer pormenores de regulação de um procedimento administrativo especial, em que as opções normativas, a mais do conhecimento das especificidades da realidade sobre que versa, suscitam essencialmente questões de técnica jurídica. Aliás, o regime jurídico do procedimento comum de avaliação do desempenho na Administração Pública é actualmente objecto de lei parlamentar (cfr. artigos 61.º a 75.º da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro).

11. Não assentam, porém, na pressuposição de uma reserva de regulamento as dúvidas de constitucionalidade do Requerente. O que censura à norma do artigo 3.º do Decreto é ter o legislador parlamentar procedido à revogação do regulamento sem que "ao efectuá-la, revogue, derrogue ou abrogue, directa ou implicitamente, a competência de regulamentação que, nessas situações se encontrava deferida ao Governo". Evoca-se, assim, um argumento presente no acórdão n.º 24/98, embora aí a hipótese figurada não se verificasse.

Com efeito, num dos projectos que estão na origem do Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República, o Projecto de Lei n.º 575/XI (PSD), previa-se não só a revogação dos artigos 40.º a 49.º do Estatuto na sua versão actual (artigo 1.º, n.º 1, desse Projecto), como a repristinação, durante o período transitório que decorreria até à entrada do novo modelo de avaliação, dos artigos 39.º a 53.º do Estatuto, na versão anterior ao Decreto-Lei n.º 15/2007, de 19 de Janeiro (artigo 3.º). A revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010 (artigo 1.º, n.º 2, do Projecto) era, nesse Projecto, corolário da supressão da norma habilitante e da alteração da lei regulamentada. No "texto de substituição" que veio a ser aprovado a opção legislativa foi diversa, mantendo-se todo o teor da lei objecto de regulamentação (o Estatuto) e a norma habilitante, apenas se suprimindo o diploma regulamentar.

Ora, o Governo é "o órgão superior da administração pública" (artigo 182.º da CRP), nessa qualidade lhe competindo desempenhar uma série de funções constitucionais, designadamente, no exercício da função administrativa em matéria de direcção dos serviços e da actividade da administração directa do Estado [artigo 199.º, alínea *e*) da CRP], praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado [artigo 199.º, alínea *d*) da CRP] e fazer, para tanto, os regulamentos necessários à boa execução das leis [artigo 199.º, alínea *c*),

da CRP]. Ao abrigo e com recurso aos correspondentes instrumentos normativos, cabe-lhe conduzir, de acordo com os princípios de precedência e prevalência da lei, as políticas públicas legalmente definidas e por cuja execução é responsável. Uma destas é a política de avaliação sistemática do desempenho na Administração Pública, extensível ao pessoal docente do ensino básico e secundário, "visando a melhoria da qualidade do serviço educativo e das aprendizagens dos alunos e proporcionar orientações para o desenvolvimento pessoal e profissional no quadro de um sistema de reconhecimento do mérito e da excelência", na fraseologia do artigo 40.º do Estatuto. A Assembleia da República pode, mediante um acto legislativo, não só modificar essas opções fundamentais, como até pré-ocupar a regulação do procedimento através do qual se procede à avaliação (o modelo). Se assim proceder, o Governo no exercício do poder regulamentar, se ainda fôr necessário ou restar qualquer margem de complementação, de acordo com o princípio da prevalência de lei, e a Administração escolar, em obediência ao princípio da legalidade, estarão vinculados a agir em conformidade (artigo 266.º da CRP).

Mas, no espaço não ocupado por acto legislativo, cabe ao Governo determinar qual o conteúdo do acto regulamentar exigido pela "boa execução da lei". E isso só a ele compete no exercício da competência administrativa [artigo 199.º, alínea *c*), da CRP], embora sob controlo de legalidade e constitucionalidade por parte dos tribunais.

Relativamente a esse exercício do poder administrativo regulamentar a Assembleia da República só pode exercer as suas competências de fiscalização [artigo 162.º, alínea *a*) da CRP], através de uma variedade de actos e procedimentos de muito diversa natureza, que vão desde intervenções e votos antes da ordem do dia, perguntas e interpelações ao Governo, apreciação de petições, até aos inquéritos parlamentares, mas tem de respeitar a separação entre órgãos de soberania não podendo usurpar as funções próprias do Governo, designadamente as de direcção da administração directa do Estado, que é o âmbito que agora interessa (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op. cit.* Vol. II, pág. 299).

Um acto legislativo do Parlamento que, mantendo intocados os parâmetros legais em função dos quais determinada actividade administrativa há-de ser prosseguida e a actividade normativa derivada necessária há-de ser desenvolvida, se limita a revogar a regulamentação produzida ao abrigo dessa mesma legislação que o Governo continua a ter de executar, priva este órgão de soberania dos instrumentos que a Constituição lhe reserva para prosseguir as tarefas que neste domínio lhe estão constitucionalmente cometidas [*maxime* artigos 182.º, última parte, 199.º, *e*), primeira parte, e 199.º, *c*) da CRP], quebrando toda a racionalidade do sistema de separação e interdependência entre órgãos de soberania. É o próprio pressuposto da responsabilidade política do Governo, na estrutura triádica de organização do poder político constitucionalmente definida [artigo 190.º da CRP], que assim o exige, porque dificilmente se concebe o funcionamento de um sistema de responsabilidade política de um órgão perante actuações totalmente heterodeterminadas ou para cuja prossecução foi privado dos meios instrumentais de acção autónoma.

Procede, pois, quanto à norma do artigo 3.º do Decreto a imputação de violação do princípio de separação e interdependência dos órgãos de soberania.

12. O Presidente da República questiona também a conformidade ao princípio da separação de poderes quanto ao artigo 1.º do mesmo Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República que dispõe que, até final do presente ano lectivo, o Governo inicia o processo de negociação sindical tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretize um novo modelo de avaliação do desempenho de docentes, de modo a produzir efeitos a partir do início do próximo ano lectivo.

Nada parece proibir que a lei fixe um prazo côngruo para regulamentação das leis que dela precisem para serem exequíveis. O sistema jurídico contém mesmo um meio contencioso para declaração da correspondente ilegalidade por omissão, pelo menos relativamente a regulamentos de execução e a regulamentos complementares (artigo 77.º do CPTA; cfr. Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos,* 3.ª edição, Almedina, 2010, pág. 502). Mas a norma em presença não pode ser interpretada como de estatuição de um mero prazo para o Governo regulamentar as normas do Estatuto que disso careçam, porque não houve aí qualquer alteração e a matéria já estava regulamentada. O seu sentido jurídico é, na base de um juízo político "não serve, faça-se outro", o de vincular o Governo a iniciar o processo negocial com vista ao estabelecimento de um novo modelo de avaliação. E, em ordem a garantir esse efeito, concretizando uma intencionalidade juridicamente vinculante e não uma mera recomendação de cariz político, priva-se a Administração do instrumento normativo de gestão existente e fixa-se um limite temporal (*deadline*) para que um outro seja estabelecido: o início do próximo ano lectivo.

Ora, salvo naqueles aspectos em que o processo negocial se encontra legalmente pré-determinado, designadamente para cumprimento do disposto na alínea *a*) do n.º 2 e do n.º 3 do artigo 56.º da Constituição quanto à elaboração do Orçamento (cfr. artigo 7.º da Lei n.º 23/98, de 26 de Maio), a decisão sobre o *se* e o *quando* da iniciativa de desencadear negociações com vista à alteração do ordenamento – com as associações sindicais ou com outros portadores de interesses que devam participar – é uma opção política que um órgão de soberania não pode impor ao outro, mesmo nos espaços onde ambos concorram no poder de regulação emergente, seja este equiordenado (lei – decreto-lei), seja escalonado (acto legislativo – acto regulamentar).

E não pode sequer invocar-se o maior apetrechamento ou relação de proximidade do Governo com a matéria a regular para levar a cabo os actos propedêuticos ou preparatórios e a necessidade de viabilizar as opções políticas primárias que à Assembleia, como órgão de representação da vontade geral também competem. As relações do Governo com a Assembleia da República são relações de autonomia e de prestação de contas e de responsabilidade; não são relações de subordinação hierárquica ou de superintendência, pelo que não pode o Governo ser vinculado a exercer o seu poder regulamentar (ou legislativo)

por instruções ou injunções da Assembleia da República (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *op.cit.,* Vol. II, pág. 415).

Efectivamente, o Governo é um órgão dotado de legitimidade e competências constitucionais próprias, cujo estatuto escapa à decisão do legislador ordinário. Dentro dos limites da Constituição e da lei, o Governo é autónomo no exercício da função governativa e da função administrativa. Nas zonas de confluência entre actos de *condução política* e *actos de administração* a cargo do Governo a dimensão positiva do princípio da separação e interdependência de órgãos de soberania impõe um limite funcional ao uso da competência legislativa universal da Assembleia da República [artigo 161.º, alínea *c*), da CRP], de modo que esse *poder de chamar a si* do Parlamento não transmude a forma legislativa num meio enviezado de exercício de competências de fiscalização com esvaziamento, pelo controlo democrático-parlamentar e pela regra da maioria, do núcleo essencial da posição constitucional do Governo enquanto órgão superior da administração pública (artigo 182.º da CRP), encarregado de dirigir os serviços da administração directa do Estado [artigo 199.º, alínea *d*) da CRP]. A Assembleia pode rejeitar as propostas do Governo, pode negar-lhe instrumentos de governação (*v.g.* não aprovação do Orçamento, recusa de autorizações legislativas), pode criticá-lo e pode, em último extremo, provocar a sua demissão mediante moções de censura [artigos 194.º e 195.º, n.º 1, alínea *f*), da CRP]. Pode mesmo adoptar leis contrárias ao programa do Governo, alterando as opções primárias do regime jurídico em determinado domínio – mesmo da função pública, com os limites materiais e o previsto no artigo 167.º, n.º 3, da CRP – a que a Administração tem depois de conformar a sua actuação, seja mediante actos individuais de execução, seja no exercício da competência regulamentar. Compete-lhe, como já se referiu, apreciar os actos do Governo e da Administração, sejam eles de natureza normativa ou de aplicação individual e concreta [artigo 162.º, alínea *a*) da CRP], podendo criticar o modo como essa actividade é desenvolvida e, inclusivamente, dirigir-lhe recomendações, o que aliás fez, mediante as referidas Resoluções n.º 93/2011 e n.º 94/2011. Mas não pode ordenar-lhe a prática de determinados actos políticos ou a adopção de determinadas orientações (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *loc.cit.*, pág. 414). Designadamente, não pode fazê-lo sem previamente alterar os parâmetros legais dessa actividade, no domínio das competências administrativas que a Constituição lhe comete como o de dirigir os serviços e a actividade da administração directa do Estado, em que as escolas públicas e o seu pessoal docente se integram.

Assim, também quanto a esta norma procede a imputação de violação do n.º 1 do artigo 111.º da Constituição.

13. Não obsta às conclusões que antecedem o facto de o Estatuto ter sido aprovado no exercício da competência legislativa de desenvolvimento da Lei de Bases do Sistema Educativo [artigo 198.º, n.º 1, alínea *c*) da CRP] e de, consequentemente, ter sido do Governo a opção por remeter para o âmbito do regulamento a matéria relativa ao processo de avaliação nele previsto, criando assim as condições formais e o espaço de exercício

da competência normativa derivada sobre que a intervenção legislativa sob análise visou agora incidir.

Além da referida possibilidade de a Assembleia da República introduzir, a todo o tempo, as modificações de regime que correspondam às opções políticas que faça neste domínio, o instrumento constitucionalmente previsto para a Assembleia da República exercer os seus poderes de fiscalização, controlo e assegurar o primado da sua competência legislativa – inclusivamente quanto à opção de devolução para regulamento da matéria em causa – é o instituto de apreciação parlamentar de actos legislativos para cessação de vigência ou alteração, previsto no artigo 169.º da Constituição, exercido nas circunstâncias de tempo e modo e com os efeitos aí disciplinados.

14. Atingida a conclusão de que as normas do artigo 1.º e do artigo 3.º do Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República, enfermam de violação do princípio de separação e interdependência de poderes, consagrado nos artigos 2.º e 111.º, n.º 1 com referência aos artigos 182.º e 199.º, alíneas *c*), *d*) e *e*), da Constituição, desnecessário se torna prosseguir na análise dos restantes fundamentos do pedido, uma vez que a apreciação da violação do princípio da segurança jurídica fica prejudicada e as restantes normas do diploma (artigos 2.º e 4.º) só cobram sentido face ao disposto naqueles primeiros preceitos, pelo que a sua inconstitucionalidade é consequencial.

III. Decisão

Pelo exposto, o Tribunal Constitucional decide:

a) Pronunciar-se no sentido da inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1.º e 3.º do Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República, por violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, consagrado no n.º 1 do artigo 111.º da Constituição da República Portuguesa, com referência às alíneas *c*), *d*) e *e*) do artigo 199.º, todos da Constituição da República Portuguesa;

b) Pronunciar-se pela inconstitucionalidade consequencial das restantes normas do mesmo Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República.

Lisboa, 29 de Abril de 2011.- *Vítor Gomes – Carlos Fernandes Cadilha – Gil Galvão – Maria João Antunes – Joaquim de Sousa Ribeiro – Ana Maria Guerra Martins - Maria Lúcia Amaral* (com declaração de voto, que anexo) – *Catarina Sarmento e Castro* (com declaração) – *José Borges Soeiro* (vencido, parcialmente, relativamente à alínea a), no que se refere ao artigo 3.º do Decreto n.º 84/XI e vencido, no que concerne à alínea b), de harmonia com a declaração de voto que junto) – *João Cura Mariano* (vencido, relativamente à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 2.º, 3.º e 4.º do Decreto n.º 84/XI, pelas razões constantes da declaração que junto) – *Carlos Pamplona de Oliveira*. Vencido em parte conforme

declaração – *J. Cunha Barbosa* (vencido parcialmente nos termos da declaração de voto que se junta) – *Rui Manuel Moura Ramos*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanhei a decisão. Divergi, no entanto, da fundamentação pelos seguintes motivos.

1. Ao contrário do que sucede em vários outros ordenamentos nacionais, o sistema português de jurisdição constitucional não integra procedimentos próprios destinados à composição, por parte do Tribunal Constitucional, de conflitos de competências entre órgãos de soberania ou entre órgãos do Estado e órgãos autonómicos. Nesses lugares onde existem, servem tais procedimentos o propósito de assegurar que a justiça constitucional disponha de instrumentos suficientes para fazer cumprir a divisão dos poderes, fixada pela Lei Fundamental na disposição dos órgãos do Estado ou nas relações entre estes e os órgãos próprios de entes dotados de autonomia política e legislativa.

Apesar de não integrar este tipo de procedimentos, o sistema português de justiça constitucional não é necessariamente deficitário quanto à devida tutela da separação dos poderes. O que noutros lugares se faz através de instrumentos processuais especiais pode fazer-se em Portugal através dos meios processuais comuns, ou seja, através dos processos de controlo de constitucionalidade de normas, surjam eles a título sucessivo ou, como é o caso, a título preventivo. Ponto é que o conceito de "norma" objecto de controlo inclua, como desde sempre tem entendido a jurisprudência, o conteúdo de qualquer acto formalmente legislativo.

No caso, a Assembleia da República enviou ao Presidente, para ser promulgado como lei, um decreto determinando o seguinte: deve o Governo iniciar os procedimentos, negociais, legais e regulamentares, que conduzam à adopção de um novo modelo de avaliação de desempenho dos docentes que "produzirá efeitos" a partir do próximo ano lectivo; entretanto, fica "suspenso" o modelo já existente, o que implica que, até à entrada em vigor do novo, sejam aplicáveis os procedimentos de avaliação que, definidos por despacho, reflectiam as opções anteriores às do modelo existente. O decreto regulamentar que incorporava este último fica revogado.

A meu ver, este acto do Parlamento deve ser julgado pelo Tribunal no seu conjunto. As diferentes "normas" que o compõem – a norma que impõe que o Governo adopte, em certo prazo, uma nova *política* de avaliação de desempenho dos docentes (*política* essa que se realizará através de um certo procedimento, que inclui, mas se não esgota, na prática de actos normativos); a norma que repõe em vigor, de forma intercalar, o despacho que
definia as regras próprias do "modelo" anteriormente existente; a norma que revoga o decreto regulamentar que disciplinava o "modelo" que o Parlamento pretende fazer desaparecer – integram um bloco que só adquire o seu pleno sentido quando visto na sua unidade. O Parlamento, através de lei, pretende impor a destruição

do "modelo" de avaliação de docentes que o Governo, através de uma sequência complexa de actos normativos e não normativos, antes definira. E ordena que o Governo *escolha* um outro modelo, impondo-lhe o reinício do procedimento que a tal conduza.

2. Assim entendido, na sua unidade, o acto do Parlamento, o problema que ele coloca não é, nem um problema de hierarquia de normas (de relação entre lei e regulamento), nem um problema de distinção substancial das funções do Estado (de limites da função legislativa face a uma eventual reserva da função administrativa). Não estão em causa relações entre normas ou entre funções. Estão em causa as relações entre
dois diferentes Poderes do Estado, cada um deles dotado de estatuto constitucional próprio. É certo que a pergunta *formal* que a este propósito se formula é a de saber *se a lei pode tudo e se tudo pode ser lei.* Mas a pergunta *substancial* que por detrás da questão formal se esconde é a de saber quanto, em relação ao Governo, pode o Parlamento.

Penso que para responder a esta questão não basta considerar que o Governo é (por definição constitucional) o órgão superior da administração pública. Ou que lhe compete, enquanto tal, fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis e praticar todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do Estado e de outras pessoas colectivas públicas. Como não está em causa um problema atinente ao recorte material da função administrativa (que, como o Tribunal sempre tem dito, dificilmente se retirará da Constituição) mas um conflito de competências entre dois poderes do Estado, para se saber se o poder parlamentar invadiu ou não o campo próprio do poder *governativo* é preciso que este último seja visto precisamente como aquilo que é – como um poder que, para além de administrar, *governa.* Ou como diz a Constituição: como poder exercido pelo órgão de condução da política geral do país.

3. Entendeu a maioria do Tribunal que poderia sustentar, neste caso, a pronúncia de inconstitucionalidade (por violação do princípio da separação dos poderes) na simples caracterização do Governo enquanto órgão superior da administração pública, em geral, e enquanto órgão dotado das competências administrativas especiais que a Constituição, no artigo 199.º, alíneas *c)* e *e)*, lhe atribui.

Dissenti desta fundamentação porque a entendi insuficiente.

A Assembleia, por lei, decidiu vanificar uma *política* que o Governo prosseguira (através de um procedimento complexo que, como já disse, não incluiu apenas actos normativos) sem nada colocar em seu lugar. E ordenou-lhe que adoptasse uma outra. Entendo que a decisão parlamentar violou o princípio da separação dos poderes – nessa sua dimensão positiva a que alude o Acórdão, e que inclui ainda a co-responsabilidade dos diferentes poderes do Estado no cumprimento de tarefas constitucionalmente definidas – porque invadiu o núcleo essencial do poder do executivo enquanto

poder governativo, tornando-o *nessa sua dimensão* incapaz de responder por uma política que (não) escolheu. E entendo, ainda, que, ao considerar o estatuto constitucional do executivo apenas na sua dimensão de "órgão superior da administração pública", o Acórdão acaba por fundir numa mesma argumentação duas questões distintas, a que a Constituição respondeu de diferente forma: uma, relativa aos limites da actuação do Parlamento face ao Governo em contexto de separação de poderes; a outra, relativa aos limites da lei face à administração, mormente ao seu poder regulamentar, em contexto de distinção substancial das funções do Estado. Não era a segunda questão que agora estava em causa. – *Maria Lúcia Amaral.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanhei a decisão do presente Acórdão, bem como, no geral, a sua fundamentação: as normas constantes dos artigos 1.º e 3.º do Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República são inconstitucionais por violação do princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, e, quanto às restantes normas, a sua inconstitucionalidade é consequencial. No entanto, entendo dever precisar alguns pontos em que me afastei da respectiva fundamentação.

Considero, assim como a maioria que fez vencimento, que não resulta da Constituição uma reserva de competência regulamentar a favor do Governo, e que não é possível extrair do texto constitucional uma pré-delimitação de um campo que de modo exclusivo lhe esteja reservado (reserva de administração). A Constituição também não reserva ao Governo a exclusiva definição das opções em matéria de políticas públicas. Tal não exclui que se deva considerar que a Lei Fundamental impõe o respeito por um espaço mínimo e essencial de atribuições e responsabilidade próprio do Governo (aliás, a decisão a que se chega neste Acórdão é disso testemunho), que se procurará na delimitação constitucionalmente consagrada para a actividade deste e dos restantes órgãos.

Esse núcleo essencial pode extrair-se da configuração constitucional das atribuições do Governo (no que aqui mais nos interessa, no confronto com as do Parlamento), necessariamente encarada à luz da separação e interdependência de órgãos de soberania. Resulta da Constituição que o Governo é um órgão com legitimidade democrática, politicamente responsável perante o Parlamento, que o fiscaliza (exigindo-se, assim, um mínimo de responsabilidade própria de actuação). A Constituição incumbe o Governo da condução da política geral do País, sendo este o órgão superior da Administração Pública (art. 182.º e 200.º da CRP), que submete um programa ao Parlamento (192.º da CRP), competindo-lhe o exercício da função administrativa em matéria de direcção dos serviços públicos e da actividade da administração directa do Estado (art. 199.º, alínea e) da CRP), assim como a prática de todos os actos exigidos pela lei respeitantes aos funcionários e agentes do estado (art. 199.º, alínea d) da CRP), e a feitura dos regulamentos necessários à

boa execução das leis (art. 199.º, alínea c), da CRP), sendo o Governo o único órgão com competência regulamentar genérica.

Ora, ponderadas as características fundamentais, não excluo liminarmente que, mesmo em circunstâncias diferentes das que se analisam relativamente às normas que vêm impugnadas, seja ainda possível encontrar situações de que forçosamente se conclua não haver sido respeitado o espaço nuclear mínimo de responsabilidade do Governo constitucionalmente exigido.

Não afasto, por isso, no que mais particularmente ao Governo respeita, que da separação e interdependência dos órgãos de soberania decorra a identificação de situações em que o desenvolvimento de aspectos da política geral do país deva continuar entregue ao Governo democraticamente legitimado, não lhe devendo ser amputado.

Tal não significa que se defenda a existência de limites materiais à competência legislativa da Assembleia da República ou se ponha em causa que a este órgão seja conferida a possibilidade de, por lei, *v.g.*, identificar políticas públicas pré-ocupando um espaço, regulamentando-o, até. Não se pretende afirmar a subtracção de matérias ao poder legislativo do Parlamento ou diminuir *a priori* a sua competência de definição da política do país. O que entendo é que o Parlamento não pode tudo, em todas e quaisquer circunstâncias. O que, no fundo e a meu ver, a decisão do presente Acórdão confirma, ao ser disso mesmo exemplo. Ou seja, não deve afirmar-se peremptoriamente que por Lei tudo se pode.

Vejamos.

Neste Acórdão o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma do art. 3.º por considerar que «no espaço não ocupado por acto legislativo, cabe ao Governo determinar qual o conteúdo do acto regulamentar exigido para a boa execução da lei», e que «um acto legislativo do Parlamento que, mantendo intocados os parâmetros legais em função dos quais determinada actividade administrativa há-de ser desenvolvida, se limita a revogar a regulamentação produzida ao abrigo dessa mesma legislação que o Governo continua a ter de executar, priva este órgão de soberania dos instrumentos que a Constituição lhe reserva para prosseguir as tarefas que neste domínio lhe estão constitucionalmente cometidas»

Concordo que no espaço não ocupado por Lei e que o Governo preencheu definindo legislativamente aspectos essenciais concretizadores de políticas públicas (aqui, em matéria de sistema de ensino), que depois regulamentou, a Assembleia da República não pode aprovar uma Lei que revogue a regulamentação respectiva, ordene a sua modificação e imponha que sejam encetadas negociações, de modo calendarizado.

Mas não sustentaria, sem mais, como faz o Acórdão, que a Assembleia da República pode sempre modificar as opções fundamentais do Governo em matéria de políticas públicas, também elas materialmente caracterizadoras da orientação da actividade estadual. Tenho, além do mais, para mim, que a situação em apreço não obrigava a que se esgrimisse este argumento, facto que pesou decisivamente para que não acompanhasse a fundamentação do Acórdão na sua totalidade.

Mantenho dúvidas que se deva afirmar que sempre, e em qualquer circunstância – e, reforço, nem creio que fosse exigível ir tão longe, encontrada que estava a fundamentação – , a Assembleia da República

poderá legislar contra um programa do Governo, e, ainda que através de Lei, contrariar sempre quaisquer opções já tomadas de modo firmado, opções nucleares e estruturantes à orientação da actividade daquele órgão, e que se encontram em plena execução (o que se tem demonstrado acontecer algumas vezes com governos minoritários, em situação de maiorias negativas do Parlamento). Defendo que não se deve fechar a porta a uma discussão (quando, e se, tal questão de constitucionalidade for levantada) que verse sobre o modo e o momento da modificação das opções do Governo, potenciadas por uma maioria negativa, sobretudo quando esta intervenção possa ser encarada como uma súbita, não estruturada, e forte inflexão num caminho pensado, programado, negociado, percorrido e estabilizado.

Creio dever ser possível deixar o caminho aberto à possibilidade de se ponderar – ponderação que aqui não era já exigível – se em casos excepcionais um certo modo e momento escolhido para algumas soluções normativas traduz ou não uma **subalternização, numa menorização do Governo**, naquilo que deveria também ser a sua afirmação, condução e execução de opções em matéria de políticas públicas, e que possa ser entendida como uma violação da separação e interdependência de órgãos de soberania, ao ser subtraído ao Governo o exercício de funções que não podem deixar de configurar um seu espaço mínimo e essencial na ordenação constitucional de funções. Era uma discussão que não cabia aqui, por não se revelar necessária à decisão, mas que não pode ser afastada, e muito menos, liminarmente decidida. Foi o que se fez ao afirmar-se no Acórdão que a Assembleia da República pode sempre, por lei, contrariar o programa e opções políticas do Governo, sem mais se discutir.

Foram estas, em suma, as razões pelas quais dissenti, pontualmente, da fundamentação.

Catarina Sarmento e Castro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Encontra-se colocada, em primeiro lugar, a questão que tem o seu núcleo fundamental na revogação operada pela Assembleia da República do Decreto Regulamentar n.º 2/2010, efectivada pelo artigo 3.º do Decreto n.º 84/XI, sem que tenha procedido à revogação da norma habilitante (artigo 40.º, n.º 4 do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário), na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº. 270/2009, de 30 de Setembro.

A matéria em questão é, nos termos de norma legal, de competência regulamentar. O que o Requerente questiona não é nem a possibilidade, em geral, de uma lei poder revogar um regulamento, nem a existência de uma eventual *reserva de regulamento*. O que se questiona é o facto de o Parlamento ter revogado a regulamentação administrativa, deixando

intocada a respectiva habilitação legal. Isto é, a Assembleia da República continuou a relegar para o Governo, no âmbito da sua competência administrativa, a tarefa de proceder à regulamentação do regime em apreço, revogando, no entanto, a regulamentação que este, actuando nas fronteiras de tal espaço, havia determinado.

A situação assim colocada foi expressamente hipotetizada no Acórdão n.º 24/98 (publicado no *Diário da República*, II Série, de 19 de Fevereiro), em termos que vêm expressamente transcritos no pedido (v. artigo 14.º do mesmo), e que, com proveito, releva que se explicite a respectiva fundamentação:

> "(…) Em processo de fiscalização preventiva recente e a propósito de uma lei parlamentar que visara criar vagas adicionais no acesso ao ensino superior público, já atrás aludida, teve ocasião o Tribunal Constitucional de afrontar o âmbito do princípio da separação e interdependência de poderes e debater a questão de saber se poderia aceitar-se a existência de uma verdadeira reserva constitucional de administração (o acórdão nº 1/97, publicado no Diário da República, I Série-A, nº 54, de 5 de Março de 1997).Entretanto, depois da data de assinatura desse acórdão ocorreu um aditamento ao texto constitucional que é pertinente à matéria e que importa destacar.
>
> Na verdade, a Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, veio acrescentar, no enunciado das bases em que assenta a República Portuguesa, enquanto Estado de direito democrático, constante do artigo 2º da Constituição, a referência à '*separação e interdependência de poderes*'. Assim, este princípio, que aparecia apenas formulado a propósito da organização do poder político (artigo 114º, nº 1, a que corresponde o artigo 111º, nº 1, da actual versão), como que adquiriu agora um reforçado reconhecimento, ao ser explicitado inequívoca e claramente, na sua dupla vertente, como um dos "essentialia" do Estado de direito democrático. Tal foi, de resto, de um ponto de vista histórico, o sentido do aditamento em análise, aprovado, como foi, a partir de uma proposta do PSD de explicitação no artigo 2º da Lei Fundamental do princípio da '*divisão e equilíbrio de poderes*' (cfr. Uma Constituição Moderna para Portugal, texto anotado por Luís Marques Guedes, 1997, págs. 73-74; Constituição da República Portuguesa, 4ª Revisão, Setembro de 97, prefácio e anotação por Jorge Lacão, Lisboa, 1997, pág. 97; veja-se, para a compreensão da explicitação, Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público, Edições Cosmos, Lisboa, 1996, pág. 142). Sendo agora, pois, ainda mais incontroverso - se tivesse sentido dizê-lo assim - que o princípio da divisão dos poderes, na sua dupla e clássica vertente da '*separação*' e da '*interdependência*' dos poderes, é um princípio básico estrutural do Estado, cabe perguntar se ocorre a sua denunciada violação. 22. No acórdão nº 1/97, o Tribunal Constitucional considerou que o decreto da Assembleia da República em apreciação não era inconstitucional por violação do princípio de separação de poderes, nem violava uma alegada reserva geral de administração decorrente, segundo certas orientações, do artigo 114º, nº 1, da versão então em vigor da Constituição. Afirmou então o Tribunal que não decorria seguramente desse preceito constitucional, em conjugação com o artigo 2º da mesma versão, tal reserva geral de administração, pois que: '*[a] separação e interdependência dos órgãos de soberania aí previstos exprime um esquema relacional de competências, funções, tarefas e responsabilidades dos órgãos do Estado, destinado a assegurar, simultaneamente, a referida medida jurídica do poder e um princípio de responsabilidade dos órgãos de soberania (...).*' (Ponto II-B), 8) E, mais à frente, afirmou-se que: '*... de modo decisivo, mesmo sendo constitucionalmente atribuído ao Governo o núcleo essencial da função administrativa, enquanto órgão superior da Administração Pública e com competência correspondente ao núcleo essencial de função administrativa (artigos 185º e 202º), isso não significa que matéria susceptível*

de ser objecto de actividade administrativa, como a regulamentação de leis, não possa, igualmente, ser objecto de lei da Assembleia da República'.(ibidem) Neste acórdão fez-se referência a uma anterior decisão do Tribunal (acórdão nº 461/87, publicado in Acórdãos, 10º vol., págs. 181 e segs.), em que se afirmara que o legislador, mormente o parlamentar, dispunha de '*uma omnímoda faculdade - constitucionalmente reconhecida - de programar, planificar e racionalizar a actividade administrativa, pré-conformando-a no seu desenvolvimento, e definindo o espaço que ficará à liberdade de critério e à autonomia dos respectivos órgãos e agentes, ou antes pré-ocupando-o (preferência de lei)*'. E pode ainda ler-se no acórdão nº 1/97: '*Porém, mesmo que se reconheça que sempre será inerente ao princípio do Estado de direito democrático a reserva de um núcleo essencial da administração ou do executivo - como condição da limitação do exercício dos poderes pelos órgãos de soberania e da própria necessidade de responsabilização do Governo -, ainda assim a colisão com tal núcleo haveria de implicar uma pura substituição funcional do Executivo, no preciso espaço da sua actividade normal, pelo Parlamento, sem qualquer justificação especial (cf., sobre a referida doutrina do* 'núcleo essencial*, Pareceres nºs 16/79 e 26/79, em* Pareceres da Comissão Constitucional*, 8º vol., p. 205 e ss., e 9º vol., p. 131 e ss., respectivamente)*' - cfr. ainda sobre o tema as declarações de voto juntas ao acórdão. Daqui decorre que, mesmo havendo sempre que considerar constitucionalmente um espaço próprio e típico de actuação do Governo, como '*órgão superior da administração pública*' (artigo 182º; e cfr. artigo 199º), tal não significa que o legislador parlamentar não possa pré-ocupar esse espaço no uso dos seus amplos '*poderes de conformação*' aludidos no citado Acórdão nº 461/87. Ponto é que se contenha no limite '*funcional*' que representa a proibição de '*uma pura substituição funcional do Executivo, no preciso espaço da sua actividade normal*' (nas palavras do acórdão nº 1/97)."

Na situação em apreço, de harmonia com a formulação que vem explicitada no pedido, o que se considera violado é o respeito devido pelo legislador à margem própria de intervenção administrativa. Considera-se igualmente que a actuação do Parlamento em análise culmina na existência de um quadro difuso de exercício de poderes, permitindo-se ao legislador intervir na função administrativa, revogando regulamentação e determinando a aplicação intercalar de um regime de idêntica natureza.

Importa começar por assinalar que existe violação princípio da separação e interdependência de poderes quando um dos órgãos/poderes invade as áreas que a Constituição expressa e absolutamente reserva a outro poder ou quando um dos poderes invade, sistematicamente, as fronteiras de outro. Como se referiu no Acórdão n.º 1/97 (publicado no Diário da República, I Série-A, de 5 de Março), "(…) não será uma esporádica e excepcional limitação do espaço de manobra do Governo, sem qualquer deliberada e reiterada substituição funcional pela Assembleia da República, que poderá violar o artigo 185º da Constituição".

Encontrando-se o Governo sujeito à fiscalização política da sua actividade por parte da Assembleia, no âmbito desta actividade de fiscalização, expressamente prevista no artigo 162.º, alínea *a)*, segunda parte, encontra-se, seguramente, a possibilidade de o Parlamento revogar a regulamentação administrativa de determinada lei, *maxime* quando esse espaço de actuação é remetido pelo próprio legislador ao Governo. Com efeito, é a própria Constituição que configura um denominado "quadro difuso de exercício de poderes": o que existe é separação e interdependência e não uma absoluta *divisão* de poderes.

As formulações clássicas da separação de poderes (Montesquieu/Locke), típicas da concepção liberal, não encontram eco,

nos seus termos puristas, nas hodiernas Constituições. Deste modo, o que encontramos é uma fórmula normativa que distribui os vários poderes por diferentes órgãos. Como refere Reis Novais, "(...) verifica-se uma progressiva diluição de fronteiras entre as áreas do 'legislativo' e do 'executivo." (*Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 34).

Como sustenta Nuno Piçarra, "no Estado de Direito contemporâneo o princípio da separação de poderes apenas pode ser entendido numa acepção orgânico-funcional ou normativa. Apenas pode referir-se a funções estaduais e não, directamente, a forças ou potências político-sociais, como em Montesquieu" (cfr. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, 1989, p. 245). Com efeito, continua o mesmo autor, "ganha progressiva importância na actualidade o entendimento do princípio da separação dos poderes como princípio de organização óptima das funções estaduais, cujo contributo tem sido significativo para a determinação do seu valor normativo. Ela vai no sentido de precisar a capacidade do princípio para fornecer critérios de solução quanto à exacta delimitação de competências entre os órgãos constitucionais, sobretudo em casos tão problemáticos como o direito judicial, o controlo jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos vários tipos da chamada discricionariedade imprópria, a inconstitucionalidade por omissão (…). Recorre-se, para este efeito, aos conceitos de estrutura orgânica funcionalmente adequada, de legitimação para a decisão e de responsabilidade para a decisão." (*ob. cit.*, p. 262).

Se a Assembleia se apresenta, *prima facie*, como órgão legislativo ela não o é em exclusivo: nem detém, por um lado, o monopólio do poder de legislar, nem as suas funções se restringem à criação normativa, cabendo-lhe, nos termos da Constituição, nomeadamente, a fiscalização em geral da actividade do Governo que se encontra sujeito ao controlo político por parte daquele órgão. Este controlo político, que assume a sua máxima expressão na possibilidade extrema de o Parlamento poder aprovar moções de censura ao Governo, comporta possibilidades como a que se apresenta nos autos.

Situações destas são o resultado da arquitectura constitucional do sistema de governo português, podendo ocorrer em caso de governos que encontram um suporte minoritário no parlamento. Retomando o já citado Acórdão n.º 1/97, "[o] papel do Governo como órgão de condução da política e órgão superior da administração pública postula actuações legalmente fundamentadas e o exercício de uma discricionariedade dentro do espaço legalmente consentido - o que terá de depender dos necessários apoios parlamentares e não de qualquer reserva de executivo."

Efectivamente, a única verdadeira *"reserva de executivo"* e' a que se consigna no artigo 198.º, nº 2, da CRP.

Para que não saia afectado o princípio da separação de poderes é necessário aferir da não afectação do *núcleo essencial* do princípio que é constitucionalmente protegido. A dispersão de poderes por vários órgãos não comporta a absoluta confusão dos mesmos, salvaguardada a *reserva de jurisdição*. Com efeito, não se pode negar que existirá, ainda assim, uma área-limite, em que cada poder não pode, sem violação do princípio fundamental, interferir na actuação de outro. Como salienta Gomes Canotilho, "o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite excepções quando não for sacrificado o seu núcleo

essencial." (cfr. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 559). O problema reside, no entanto, como assinala o mesmo autor, na determinação de qual seja o núcleo essencial de uma determinada função. Uma vez apuradas tais fronteiras, pode-se então aferir se, em cada caso concreto, as mesmas foram ou não ultrapassadas. Parece seguro, no entanto, afirmar que, respeitado o *núcleo essencial*, "os diferentes órgãos podem desempenhar competências e funções que não se reconduzam àquelas que, de forma principal, a Constituição lhes reserva" (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume II*, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 47).

Não cumpre agora ao Tribunal a delimitação exaustiva desse campo inviolável de actuação do Executivo. O que interessa, para a resposta ao pedido que vem formulado, é apurar se a Assembleia usurpou, ou não, pelo Decreto em apreciação, funções que se enquadrem no núcleo essencial da função governativa. Ou, noutra formulação, retomando Gomes Canotilho, verificar se não foram violados os "limites constitucionais de natureza funcional à liberdade e extensão de conformação do legislador" (cfr. a anotação do autor ao Acórdão n.º 1/97, publicada na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 130.º, n.ºs 3875 e 3876, p. 81).

Vejamos o já longínquo, Parecer n.º 16/79, da Comissão Constitucional (in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Volume VIII, pp. 222 e seg.), em que o Conselheiro Luís Nunes de Almeida apôs um voto de vencido, convocável para o tema que nos ocupa. Disse então o Ilustre Conselheiro, ao distinguir decisões políticas de actos administrativos, o seguinte:

> "Na realidade, nas democracias de hoje a separação de poderes é, mais do que nunca, um verdadeiro mito. O que não quer dizer, obviamente, que não continue a ser, isso sim, fundamental encontrar novas formas que permitam assegurar que o Parlamento, o Governo e os Tribunais se controlem e limitem mutuamente; só que, tendo em vista a evolução verificada, e no que respeita às relações Parlamento-Governo, tal terá de se traduzir necessariamente no reforça da capacidade de actuação do primeiro sobre o segundo, e não no contrário: por todas as razões apontadas, o perigo está no esvaziamento das competências parlamentares e não na emergência de regimes convencionais ou de assembleia.
>
> Assim, os que consideram novamente actual a problemática da separação de poderes fundam-se para tanto nos riscos de uma concentração de funções no executivo, sem que o parlamento disponha de meios eficazes de controlo. (…) Nem se diga que (…) se trata de decisão política mas de acto administrativo reservado ao Governo, tendo em conta o preceituado na alínea g) do artigo 202.º da Constituição, na medida em que estamos perante actos ou 'providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas'. E isto porque tais actos e providências só terão natureza meramente administrativa quando, pela sua relevância e considerado o contexto político-social, não assumem uma evidente natureza política; e nesta última hipótese se enquadram as desintervenções, como desde logo inculca o facto de a definição dos seus meios e formas ser reservada à Assembleia da República.
>
> Como decisões políticas que são, as medidas de desintervenção podem e devem ser fiscalizadas pelo Parlamento; fiscalização ou controlo que pode assumir a forma de rejeição. Vejamos o que a este propósito diz Loewenstein: 'Evidentemente, de um ponto de vista técnico, o primeiro meio para a realização da decisão politica é a legislação. (…) Quando a iniciativa de uma tal decisão parte do Governo, o que constitui a regra, a

aprovação pelo Parlamento é expressão da distribuição do poder: o Parlamento assume a responsabilidade da referida medida. Se o Parlamento rejeita ou modifica a medida, exerce controlo político sobre a liderança do Governo'.

Não parece, assim, que se possa considerar inconstitucional a imposição legal do decreto lei como forma de efectuar desintervenções, tendo em vista o disposto nos artigos 164.º, alínea l), 200.º, alínea d) e 167.º, alínea q), uma vez que se não faça recurso à concepção clássica do princípio da separação de poderes."

Na situação dos autos, e, na sequência da distinção acabada de ser efectivada entre *decisões políticas* e *actos administrativos*, não se está, perante a edição, pelo Parlamento, de um acto administrativo. Revoga-se, sim, a actividade governamental mas, por um lado, trata-se de actividade produzida no âmbito de *competência normativa* (embora não legislativa), e, por outro, a Assembleia não substitui a matéria revogada por outra, de conteúdo diverso e por si instituído. Ao revogar a regulamentação administrativa, o Parlamento não emitiu a regulamentação administrativa da matéria, limitando-se somente a repristinar, em ordem a garantir a segurança jurídica e evitar o vazio jurídico, a regulamentação administrativa anteriormente em vigor. No resto, devolve a competência ao Governo, exortando-o a editar nova regulamentação, o que, aliás viria a ocorrer, mais tarde, atenta a recente resolução da Assembleia da Republica nº 93/2011, in *"Diário da Republica"*. nº 81, I Série, de 27.4.2011.

Portanto o que se verifica no caso sob apreciação é que Parlamento decidiu afastar o bloco regulamentar anteriormente aprovado pelo Executivo no desenvolvimento da habilitação legal relevante, devolvendo-lhe, no entanto, o espaço para que possa, relativamente à mesma matéria, aprovar nova regulamentação de conteúdo diverso – embora não pré-definido pela Assembleia no Decreto em análise, mas, no entanto, mais tarde, através da também recente resolução da Assembleia da Republica nº 94/2011, in *"Diário da Republica"*. nº 81, I Série, de 27.4.2011.

Não se constata, por conseguinte, apropriação indevida, pelo legislador, da esfera de actuação do poder administrativo, razão pela qual não acompanho o juízo de inconstitucionalidade imputado ao artigo 3.º do Decreto em apreço e, consequentemente, também, ao artigo 2.º do mesmo diploma.- *José Borges Soeiro.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Divergi do julgamento de inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 2°, 3° e 4°, constantes do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República, pelas razões que passo a expor.

Através da aprovação dos referido diploma a Assembleia da República visou suspender o processo de avaliação do desempenho dos docentes do ensino básico e secundário das escolas púbicas que se encontra em aplicação, por entender que o mesmo constituía um encargo burocrático para os professores e para a gestão do sistema escolar, sem reflexos positivos na melhoria da prestação do serviço público cometido

às escolas públicas. Fê-lo, revogando o Decreto Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho, que disciplinava esse processo de avaliação (artigo 3.º); determinando que o Governo iniciasse um processo de negociação com as associações sindicais tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretizasse um novo modelo, em ordem a produzir efeitos a partir do próximo ano lectivo (artigo 1.º); e impondo a aplicação do regime previsto no Despacho n.º 4913-B/2010, de 15 de Março de 2010, do Secretário de Estado Adjunto e da Educação, relativo à avaliação intercalar para efeitos de progressão na carreira, publicado no Diário da República, II Série, de 18 de Março de 2010, para avaliação do desempenho durante o período transitório que decorresse até à aprovação do novo modelo de avaliação (artigo 2.º). Determinou a entrada em vigor destas normas no dia seguinte ao da sua publicação (artigo 4.º).

Na mesma data, a Assembleia da República aprovou duas Resoluções (n.º 93/2011 e n.º 94/2011) em que efectuou recomendações ao Governo sobre a aplicação da apreciação intercalar da avaliação do desempenho do pessoal docente, e consequente alteração dos mecanismos de avaliação, e sobre os princípios a que deve obedecer o novo quadro legal da avaliação e da classificação do desempenho das escolas e dos docentes. Nesta última Resolução, a Assembleia da República recomendou ao Governo que, até ao final do presente ano lectivo, aprovasse um novo enquadramento legal e regulamentar que concretizasse um modelo de avaliação do desempenho docente, para entrar em vigor a partir do início do próximo ano lectivo (n.º 1), devendo para o efeito previsto no número anterior, desenvolver todas as diligências no sentido de gerar o mais amplo consenso possível com os diferentes agentes educativos (n.º 2). Mais recomendou que o novo modelo de avaliação se norteasse por determinados princípios que enumerou em 11 alíneas (n.º 3).

A compreensão destas intervenções legislativas não pode alhear-se da conjuntura em que elas ocorreram. O Governo tinha apresentado a sua demissão e o Presidente da República já tinha anunciado a dissolução da Assembleia da República e a convocação de eleições antecipadas.

O Decreto-Regulamentar agora revogado surgiu por opção legística do Governo que, ao desenvolver a Lei de Bases do Sistema Educativo, no exercício das suas competências legislativas (artigo 198.º, n.º 1, alínea *c)*, da Constituição), entendeu remeter para Decreto Regulamentar, a normação complementar do sistema de avaliação do desempenho dos professores, no artigo 40.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que aprovou o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário.

Em primeiro lugar, não tendo a Assembleia da República atribuído expressamente competência ao Governo para regulamentar esta matéria, é incompreensível que se exija a derrogação concomitante duma norma habilitante inexistente, para que a revogação daquele Decreto Regulamentar fosse constitucionalmente conforme ao princípio da separação e interdependência dos poderes do Estado. Tendo sido o próprio Governo quem teve a opção de remeter para o âmbito de regulamento a matéria relativa ao processo de avaliação nele previsto, não estamos perante uma delegação de competência em órgão diverso, mas apenas perante uma definição das condições formais e o espaço de

exercício da competência normativa governamental em causa, pelo que não tem qualquer sentido que a Assembleia da República tivesse que derrogar uma delegação de poderes que não existiu para poder intervir naquela área.

Não existindo, como bem refere o acórdão aprovado pela maioria, uma reserva regulamentar do Governo, e sendo a matéria do Decreto-Regulamentar revogado, atenta a sua alta densidade normativa, perfeitamente susceptível de regulação por acto legislativo parlamentar, ao abrigo da competência genérica atribuída pelo artigo 161.º, n.º 1, alínea *c)*, da Constituição, como já tem sucedido em lugares paralelos (vide a regulação do procedimento comum de avaliação do desempenho dos funcionários da Administração Pública nos artigos 61.º a 75.º, da Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro), facilmente se verifica que nos encontramos no amplo espaço aberto à intervenção concorrencial do Governo e da Assembleia da República.

Se o Governo tem competência para fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis (artigo 199.º, alínea *c)*, da Constituição), a Assembleia da República também não está impedida de ir tão longe na pormenorização dos regimes jurídicos que não possa legislar em matéria que o próprio Governo remeteu para Decreto-Regulamentar.

O facto de incumbir ao Governo, no âmbito da sua competência administrativa, a direcção dos serviços e a actividade da administração directa do Estado (artigo 199.º, alínea *d)*, da Constituição), não exclui do âmbito de competências da Assembleia da República o poder de conformar normativamente essa actividade, nomeadamente através da definição das regras do processo de avaliação de parte dos professores do ensino público, como aliás fez, relativamente ao regime geral da avaliação dos funcionários públicos. Uma coisa é a actividade administrativa de direcção dos serviços públicos, outra, bem diferente, é a aprovação das regras gerais e abstractas que integram o estatuto dos funcionários que trabalham nesses serviços.

No espaço concorrencial entre actividade legislativa não reservada da Assembleia da República e a actividade regulamentadora do Governo não vigora um princípio de ocupação efectiva, mas sim o princípio da hierarquia das fontes normativas, na qual a lei prevalece sobre o regulamento, pelo que aquela não só pode pré-ocupar o espaço do regulamento normativo, obrigando a Administração à sua observância, por respeito ao princípio da legalidade, como também pode alterar, substituir ou derrogar a normação regulamentar anteriormente emitida pelo Governo. São estas as consequências inelutáveis da prevalência da lei.

E a revogação *tout cour* da normação regulamentar emitida anteriormente pelo Governo, no uso das suas competências, sem aprovação de um regime substitutivo, é uma das formas possíveis da Assembleia da República legislar nesse domínio.

Se a maioria parlamentar entende que a aplicação duma determinada regulamentação emitida pelo Governo está a ser prejudicial aos interesses públicos visados com a legislação regulamentada, mas não pretende, no imediato, substituí-la por um novo conteúdo, legislando ela própria nesse

domínio, nada impede que opte pela simples revogação daquela regulamentação, tornando-a inoperativa.

E para isso, não necessita nem de revogar a norma do Decreto-Lei que remeteu esta disciplina para diploma regulamentar, nem de revogar os parâmetros constantes do Decreto-Lei que balizam essa regulamentação. Se a Assembleia da República, apenas desaprova o conteúdo da regulamentação, concordando com a opção legística da sua conformação normativa em diploma regulamentar e com os parâmetros estabelecidos no Decreto-Lei que previu essa remissão, não há qualquer justificação para que se condicione a admissibilidade dessa intervenção revogatória, à revogação da norma remissiva e à alteração dos parâmetros legais que balizaram a normação regulamentar revogada. Tais normas poderão continuar a subsistir, resultando um vazio regulamentar a preencher, em consequência da revogação da regulamentação vigente.

E a opção por este tipo de intervenção enquadra-se na conjuntura política em que ela ocorreu. Tendo o Governo já pedido a sua demissão e o Presidente da República anunciado a dissolução da Assembleia da República e a marcação de eleições, a maioria parlamentar, em desacordo com o modelo de avaliação dos professores em curso, entendeu que deveria suspender a sua aplicação, relegando para o novo Governo saído das próximas eleições a tarefa de aprovar nova regulamentação.

Note-se que não se revogou um acto da competência exclusiva do Governo, tendo-se antes revogado um diploma de cariz normativo cuja aprovação, alteração, substituição ou revogação está no âmbito da competência quer da Assembleia da República, quer do Governo.

Uma intervenção deste tipo não priva o Governo dos instrumentos que a Constituição lhe reserva para prosseguir as tarefas que neste domínio lhe estão constitucionalmente reservadas, uma vez que mantém incólume a sua competência legislativa para desenvolver os princípios das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam (artigo 198.º, n.º 1, alínea *c)*, da Constituição), assim como a sua competência administrativa para fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis (artigo 199.º, alínea *c)*, da Constituição), podendo emitir novo regulamento do sistema de avaliação do desempenho dos professores, complementando e pormenorizando as regras que constam do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, seguindo a orientação legística definida no artigo 40.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, ou optando, até, por passar a inserir a respectiva matéria no próprio Estatuto, atenta a sua densidade normativa.

Se é certo que a possibilidade de uma intervenção da Assembleia da República neste espaço de competências concorrenciais que revogue, altere ou substitua anterior intervenção regulamentar do Governo, pode não só gerar conflitos institucionais, como ser um sério embaraço à prossecução das políticas definidas por um governo sem apoio parlamentar, isso não é razão suficiente para que se limite o poder de intervenção da Assembleia da República, subvertendo a repartição de competências dos órgãos de soberania, resultante da Constituição.

Isto não quer dizer que o pleno exercício das competências governamentais exija necessariamente o apoio estável de uma maioria

parlamentar. Esta apenas o facilita. A um governo minoritário exige-se uma acrescida acção de diálogo e negociação permanente, com a finalidade de obter o apoio necessário à prossecução de uma governação eficaz.

E não se diga que este tipo de intervenção da Assembleia da República, como a que ocorre com o presente Decreto, põe em causa a responsabilização política do Governo na estrutura tripartida de organização do poder político constitucionalmente definida, uma vez que o Governo apenas poderá ser responsabilizado pelas suas acções, não se podendo aceitar que responda quer perante outros órgãos de soberania, quer eleitoralmente, pelas consequências das intervenções da Assembleia da República que ocorram na área de competência concorrencial.

Será, porventura, recomendável, do ponto de vista político, que a Assembleia nesta área, utilize os seus poderes legislativos com moderação e contenção, de modo a não colocar em causa a eficiência das múltiplas tarefas do Estado. Mas esse é um juízo político e não constitucional sobre o exercício das respectivas competências pelos diferentes órgãos de soberania que não cabe ao Tribunal Constitucional fazer.

Por estas razões entendi que o disposto no artigo 3.º, do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República, não punha em causa o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, consagrado no n.º 1 do artigo 111.º da Constituição, divergindo assim da opinião da maioria.

O Requerente alegou também que a suspensão do processo de avaliação do desempenho dos docentes do ensino básico e secundário das escolas púbicas que se encontra em aplicação violava o princípio da confiança, uma vez que os docentes poderão ter firmado as suas legítimas expectativas de carreira em função das regras revogadas e da avaliação que delas resultaria, modulando os seus comportamentos para o ano lectivo em curso, em função do ali disposto.

O Tribunal Constitucional tem dito que a afectação de expectativas jurídicas legítimas resultantes duma alteração legislativa só é inadmissível quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas delas constantes não possam contar, não sendo a mesma ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes.

Mesmo que se admitisse, apesar de todas as vicissitudes e controvérsias que têm rodeado esse processo de avaliação, que a suspensão da sua aplicação constituiria uma surpresa para os docentes, as eventuais esperanças ou até expectativas, de que o mesmo seria aplicado até ao seu termo, não têm relevância jurídica e não podem pesar na delimitação da área de liberdade de conformação do legislador, uma vez que estamos perante um procedimento que não visa assegurar um direito dos professores a serem avaliados, mas sim o bom funcionamento deste sector da administração pública. É certo que a avaliação do desempenho dos professores tem influência na sua progressão na carreira, mas esse aspecto revela-se acautelado pela norma transitória constante do artigo 2.º, do Decreto sob fiscalização.

O facto de se encontrar em aplicação um determinado procedimento de avaliação dos professores não pode impedir o legislador que tenha um

juízo negativo sobre o modelo em execução, de suspender essa aplicação, de modo a ponderar a introdução de alterações ao regime vigente, com a finalidade de atingir o objectivo do bom funcionamento do sistema educativo. Daí que também não se mostre violado pelo Decreto sob fiscalização o princípio da confiança, como emanação da ideia de Estado de direito democrático.

O Requerente alegou ainda a inconstitucionalidade do artigo 2.º, do Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República, por dela resultar a aplicação do conteúdo de um despacho, regulando a situação de um universo bem delimitado de destinatários, a todos os docentes, por não ter subjacente um princípio geral, o que se traduziria numa invasão da esfera administrativa.

Sem pôr em causa que o legislador parlamentar não pode incluir em normas legislativas actos individuais e concretos reservados à administração, neste caso apenas se estendeu a todos os professores um regime que havia abrangido com características de generalidade os docentes que, no ano de 2010, tinham perfeito o tempo de serviço necessário para progredirem ao escalão seguinte.

Relativamente a esse universo de professores, a normação constante do referido Despacho n.º 4913-B/2010, conforme resulta sem qualquer equívocos da sua leitura, era geral e abstracta, tendo sido considerada pelo legislador adaptável, no âmbito da apreciação intercalar, ao período que vai decorrer entre a revogação do Decreto-Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho e a entrada em vigor do novo modelo de avaliação.

Com esta opção não se transformou numa norma legislativa, um mero acto individual e concreto da administração, mas apenas se determinou a aplicação a uma nova situação de um regime normativo, de características gerais a abstractas, que havia sido aplicado numa situação semelhante, alargando-se apenas o âmbito dos seus destinatários, pelo que, com esta opção, não se verifica qualquer invasão da reserva da administração pela Assembleia da República, não se revelando que a norma do artigo 2.º, do Decreto n.º 84/XI, afronte qualquer parâmetro constitucional.

Já no que respeita ao disposto no artigo 1.º, do Decreto sob fiscalização, em que se determina que o Governo inicie um processo de negociação com as associações sindicais tendente à aprovação do enquadramento legal e regulamentar que concretize um novo modelo, em ordem a produzir efeitos a partir do próximo ano lectivo, concorda-se que as relações do Governo com a Assembleia da República não são relações de subordinação hierárquica ou de superintendência, mas de mera sujeição a fiscalização e controle, pelo que não pode o Governo ser vinculado normativamente a exercer o seu poder regulamentar (ou legislativo) por instruções ou injunções da Assembleia da República.

Note-se que não estamos perante um caso em que a Assembleia da República tenha delegado competências no Governo, hipótese em que poderá precisar o tempo e o modo de exercício dessa delegação, mas sim perante uma intervenção em área em que o Governo tem competência própria originária.

Neste campo se a Assembleia da República tem o poder de recomendar ao Governo que regulamente de determinado modo, matéria

legislativa, através da aprovação de uma resolução, no exercício da sua competência fiscalizadora (artigo 162.º, n.º 1, alínea *a)*, da Constituição), como aliás efectuou através da Recomendação n.º 94/2011, não pode vinculá-lo, por lei, a adoptar esse comportamento, atenta a autonomia do Governo no exercício das suas funções.

Nessa medida, o disposto no artigo 1.º, do Decreto n.º 84/XI, viola o princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania, previsto no artigo 111.º, n.º 1, da Constituição, sendo a respectiva norma inconstitucional.

Esta inconstitucionalidade apenas afecta a norma constante desse artigo 1.º, atenta a completa autonomia das restantes normas que integram o Decreto n.º 84/XI, relativamente a ela. O presente diploma podia perfeitamente subsistir com a mera revogação do conteúdo do Decreto-Regulamentar n.º 2/2010, e a determinação da aplicação do regime previsto no Despacho n.º 4913-B/2010, de 15 de Março de 2010, do Secretário de Estado Adjunto e da Educação, relativo à avaliação intercalar para efeitos de progressão na carreira, para avaliação do desempenho durante o período transitório que decorresse até à aprovação do novo modelo de avaliação, constando da Recomendação n.º 94/2011, o pensamento da Assembleia da República quanto à acção futura do novo Governo.

Por estas razões entendi que deveria apenas ser proferido um juízo de inconstitucionalidade, relativamente ao conteúdo da norma constante do artigo 1.º, do Decreto n.º 84/XI, da Assembleia da República.- *João Cura Mariano*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Dissenti do memorando apresentado pelo primitivo Relator que propunha não conhecer do pedido no que toca ao artigo 1º (com o fundamento de que «*não parece revestir mais que um desejo, um anseio, um apontado meio visando um resultado. Enfim, uma recomendação*»), e não julgar inconstitucionais os artigos 2º, 3º e 4º, por razões que igualmente não subscrevi.

Na verdade, votei no sentido de o Tribunal conhecer de todas as normas impugnadas e de julgar inconstitucional a norma do artigo 1º, essencialmente pelos fundamentos que o Tribunal veio a adoptar, quanto a essa matéria, no presente acórdão.

Não subscrevendo a respectiva fundamentação – designadamente a que consta nos pontos *10.* e *11.* do acórdão –, discordo da solução que prevaleceu quanto à norma do artigo 3º do diploma, norma que se limita a impor a revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010 de 23 de Junho e que, segundo penso, não enferma do mesmo vício imputado ao acima referido artigo 1º. Ora, se é certo que o juízo de inconstitucionalidade que o acórdão decreta não assenta em vício de incompetência, ou noutro que inquine *individualmente* a norma do artigo 3º, a pronúncia emitida visa, já não o *jus constitutum*, mas uma concreta opção de *política legislativa*, desenvolvendo-se, por isso, num plano que se me afigura não estar

totalmente ao alcance do Tribunal Constitucional por força da resistência imposta pelo princípio da separação e interdependência dos órgãos de soberania consagrado no n.º 1 do artigo 111.º da Constituição, princípio que o Tribunal, aliás, invoca para censurar a actuação da Assembleia da República.- *Carlos Pamplona de Oliveira.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Dissenti quanto ao julgamento de inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 2.º, 3.º e 4.º do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República, com fundamento nas seguintes razões:

1. A afirmação do princípio da separação de poderes resulta, desde logo, do teor do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, porquanto nele se declara expressamente que «*A República Portuguesa é um Estado de direito* …», e, considerando-se que o princípio da divisão de poderes é um dos 'essentiala' do Estado de direito, o qual, para além do mais, se baseia « … *no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social, cultural e aprofundamento da democracia participativa*».

Aliás, reafirmando a essencialidade e o carácter estruturante de tal princípio, a Constituição da República, no n.º 1 do seu artigo 111.º, determina que «*Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição*».

Todavia, a densificação deste princípio, como se infere da doutrina (v.g., NUNO PIÇARRA, A separação dos poderes, como doutrina e princípio constitucional, pp. 262 e ss.) e jurisprudência (v.g., Acórdão nº 24/98) constitucionais, nem sempre é ou tem sido facilmente atingida.

Pode afirmar-se, porém, que a constitucionalmente afirmada interdependência de poderes conduz a um inevitável afastamento de qualquer concepção rígida da divisão de poderes, porquanto, como nos dá conta CARLOS BLANCO DE MORAIS (*in Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, p. 41), «… *em qualquer ordem constitucional, mesmo naquelas que como a norte-americana mais se aproximaram da rígida divisão de poderes de Montesquieu, exclui-se qualquer possibilidade de lateralidade estanquicista do exercício de funções. Na verdade, tendo em consideração que o princípio da separação de poderes reclama que o exercício do poder seja sempre limitado, considerando que 'só o poder limita o poder' e tendo ainda em conta que existem relações de hierarquia e complementaridade entre esses poderes, regista-se que os órgãos que exercem o núcleo essencial de cada função jurídico-pública exercem controlos recíprocos relativamente a esse exercício. Trata-se da interdependência de poderes, princípio autónomo mas inseparável do axioma da separação* …».

Ora, mau grado essa progressiva diluição de fronteiras entre as áreas do *legislativo* e do *executivo*, haver-se-á de convir que há um limite para além do qual a afirmação da interdependência se não justificará, sob pena de perda de racionalidade relativamente à organização do Estado de Direito, tal como seja o 'núcleo essencial' e caracterizador de cada um dos poderes.

Somos, assim, chegados à "teoria do núcleo essencial", referida por J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*in Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed. Revista, pp. 46 e 47, anotação V ao artigo 111.º), segundo a qual «… *a nenhum órgão de soberania podem ser reconhecidas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especifica e principalmente atribuídas a outro órgão*…», mas respeitado tal núcleo essencial e, consequentemente, não resultando o mencionado esvaziamento, poder-se-á concluir, como concluem os citados autores, ainda que num contexto de afirmação da caracterização material da restrição admissível, que « … *os diferentes órgãos podem desempenhar competências e funções que não se reconduzam àquelas que, de forma principal, a Constituição lhes reserva*…».

Ora, no caso *sub judicio*, não se identificando uma situação de violação desse "núcleo essencial", tanto mais que, como bem se afirma no texto do acórdão, « … Não assentam, porém, na pressuposição de uma reserva de regulamento as dúvidas de constitucionalidade do requerente. …», não pode afirmar-se, sem outras razões, que ocorra violação do princípio de separação de poderes, tanto mais que nada obsta, em abstracto, que um acto de natureza legislativa revogue um acto de natureza regulamentar; aliás, diga-se em abono da verdade, que nem essa foi a questão colocada, nem a tese que obteve vencimento o coloca em crise.

Assim, neste restrito aspecto, os artigos 2.º e 3.º do Decreto *sub judicio* se não deverão ter como inconstitucionais.

2. As razões da discordância encontram-se, essencialmente, quanto à afirmada não ocupação pelo acto legislativo em causa - Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República – do espaço resultante da revogação do Decreto Regulamentar n.º 2/2010, de 23 de Junho, que disciplinava o processo de avaliação do desempenho dos docentes do ensino básico e secundário das escolas públicas, desde logo, por se entender que aquele acto legislativo se não limita a revogar, mas diz algo mais, como se infere do conteúdo vertido na norma do artigo 2.º.

Efectivamente, "apropriando-se" do clausulado referente ao Despacho n.º 4913-B/2010, de 18 de Março, alargando e generalizando a sua aplicação a um universo diferente do nele mencionado e bem mais amplo, incutindo-lhe desta forma um cunho mais abstracto e generalizado, impor-se-á concluir que a tal acto se não poderá negar o objectivo de ocupar o espaço deixado em aberto pela revogação do Decreto Regulamentar nº 2/2010, de 23 de Junho, regulando, ainda que, reconheça-se, fazendo uso de uma técnica legislativa que não prima pela clareza (matéria não susceptível de ser sindicada por este Tribunal Constitucional) e sem que a ocupação possa ser considerada plena.

Ao agir de tal forma, a Assembleia da República fê-lo ao abrigo do disposto no artigo 161.º, al. *c)* da Constituição da República Portuguesa, sendo que se não moveu, como se deixou já afirmado *supra*, em matéria de *reserva* de outro órgão ou de *exclusão* da sua competência, havendo que extrair dessa conduta, no mínimo, uma revogação implícita do n.º 4 do artigo 40.º do Decreto Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril (sucessivamente alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 105/97, de 29 de Abril, 1/98, de 2 de Janeiro, 35/2003, de 17 de Fevereiro, 121/2005, de 26 de Julho, 229/2005, de 29 de Dezembro, 224/2006, de 13 de Novembro, 15/2007, de 19 de Janeiro, e 35/2007, de 15 de Fevereiro).

Dir-se-á que, ao regular tal matéria em causa, o fez sem a esgotar, já que o fez para um período determinado e deixando em aberto um espaço susceptível de ser ocupado pela actividade regulamentar do Governo, do que nos dão notícia as Resoluções da Assembleia da República n.os 93/2011 e 94/2011, publicadas no Diário da República, 1ª série, n.º 81, de 27 de Abril de 2011, na medida em que aí se deixa, sob a forma de recomendação, alguns parâmetros por forma a ser preenchido esse possível espaço, diga-se, agora, de forma adequada e em total respeito da autonomia do Governo no exercício dessa actividade complementar, não incorrendo no vício que foi notado ao artigo 1º.

Aliás, como bem se explicita no texto do acórdão, « … A Assembleia da República pode, mediante um acto legislativo, não só modificar essas opções fundamentais, como até pré-ocupar a regulação do procedimento através do qual se procede à avaliação (o modelo). Se assim proceder, o Governo no exercício do poder regulamentar, se ainda for necessário ou restar qualquer margem de complementação, de acordo com o princípio da prevalência de lei, e a Administração escolar, em obediência ao princípio da legalidade, estarão vinculados a agir em conformidade (artigo 266º da CRP)».

Acresce que da conduta da Assembleia da República, ao produzir o acto legislativo em causa, e dos elementos que instruem os autos se não poderá extrair a conclusão de que se possa estar perante uma intromissão intolerável e reiterada do poder legislativo na esfera do executivo, antes se configurando uma situação isolada não referida a um domínio heterónomo de competência, e, mau grado haver de admitir-se alguma limitação daí resultante para o executivo (resultante, diga-se, do funcionamento democrático de um Governo apoiado por uma maioria relativa), sempre se haverá de convir que, como se afirmou no Acórdão n.º 1/97 (publicado no Diário da República, I Série, de 5 de Março), «… *não será uma esporádica e excepcional limitação do espaço de manobra do Governo, sem qualquer deliberada e reiterada substituição funcional pela Assembleia da República, que poderá violar o artigo 185.º da Constituição*» (note-se, actualmente, artigo 182.º).

Assim, os mencionados artigos 2.º, 3.º e 4.º do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República não se poderão considerar inconstitucionais por violação do princípio da separação de poderes, nem se deverão considerar atingidos pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º, por poderem sobreviver sem o seu amparo.

No que concerne a uma possível violação do princípio da confiança, com a introdução do regime jurídico previsto no acto legislativo em causa, dir-se-á que tendo em conta a jurisprudência deste Tribunal Constitucional, designadamente o Acórdão n.º 154/2010 (publicado no Diário da República, II Série, de 7 de Maio), em que se deixa afirmado que:

«(...)

… o princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança, para que esta última seja tutelada é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais:

a) a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com

que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda

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

Como se disse no Acórdão n.º 188/2009 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt), os dois critérios enunciados são finalmente reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou "testes". Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.

Este princípio postula, pois, uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na *estabilidade* da ordem jurídica e na *constância* da actuação do Estado. Todavia, a confiança, aqui, não é uma confiança qualquer: se ela não reunir os quatro requisitos que acima ficaram formulados a Constituição não lhe atribui protecção.

Por isso, disse-se ainda no Acórdão n.º 287/90 – e importa ter este *dito* presente no caso – que, *em princípio*, *e tendo em conta a autorevisibilidade das leis*, "não há (…) um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradoiras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados".

(…)».

No caso *sub iudicio*, face às circunstâncias que têm rodeado todo o processo de revisão do modelo de avaliação dos professores, designadamente as sucessivas alterações e agitação em torno da sua execução, do que, de certa forma, nos dão conta, desde logo, os preâmbulos introdutórios dos projectos legislativos que estiveram na base do Decreto n.º 84/XI da Assembleia da República, ora, em causa, não se afigura adequado invocar a existência de expectativas fundadas na manutenção e continuidade do regime jurídico vigente, designadamente não poderá concluir-se pela existência de uma generalizada expectativa da subsistência em vigor desse regime aprovado para vigorar a partir deste ano lectivo, com uma previsibilidade sólida e de forma a incutir confiança de que a tomada de decisões ocorrerá em função do mesmo.

A tais circunstâncias acresce o facto, como se deixou supra citado, de « … *tendo em conta a autorevisibilidade das leis, não há (…) um direito à não*

frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradoiras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados».

3. Concluindo, atento as razões sucintamente expostas, propenderíamos para não pronunciar inconstitucionais os artigos 2.º, 3.º e 4.º do Decreto s*ub judicio*.

*

J. Cunha Barbosa