

JORGE MIRANDA

DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR CATEDRÁTICO

DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA
E DA
UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

PARECER



Consulta

Pretende-se saber:

- Se as recentes medidas no âmbito do chamado programa *Simplex*, ao desformalizarem actos jurídicos até agora da competência dos notários, não são contraditórios com a legislação de há pouco mais de dois anos, que privatizou o notariado;
- Se os efeitos, que envolvem, de redução drástica do exercício da profissão notarial, não afectam legítimas expectativas criadas por aquela legislação;
- Se, por conseguinte, não infringem o princípio da segurança jurídica, um dos princípios do Estado de Direito democrático, na vertente de tutela da confiança, bem como a liberdade de exercício de profissão [preâmbulo e arts. 2º e 9º, alínea b), e 47º, nº 1 da Constituição].



Parecer

I

1. O Estado de Direito material ou de direitos fundamentais – contraposto ao Estado de Direito formal ou de mera legalidade e surgido no segundo pós-guerra e após a queda dos regimes totalitários e autoritários – implica:

a) A Constituição como Constituição *normativa* (KARL LOEWENSTEIN) e como ordem *material*, e não apenas procedimental, do Estado;

b) A Constituição como conjunto de princípios e de regras com aplicabilidade directa (e, na medida do possível) imediata;

c) A Constituição, todavia, ainda como ordem aberta, enquanto os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, densificações, realizações variáveis;

d) A Constituição como tronco do sistema jurídico estatal, por nela se encontrarem (muito para além das *têtes de chapitre* de PELLEGRINO ROSSI) os princípios de todos os ramos de Direito;



e) A interpretação e a aplicação das leis em conformidade com a Constituição;

f) A superação da leitura dos direitos fundamentais como estando sob reserva de lei; pelo contrário, “não são os direitos fundamentais que devem ser interpretados conforme a lei, mas a lei que deve ser interpretada conforme os direitos fundamentais” (KRUGER);

g) O reconhecimento nos direitos de liberdade ou negativos também de um vector positivo (acarretando deveres de protecção para o Estado) e nos direitos sociais ou positivos outrossim de um vector negativo (de uma área de intangibilidade);

h) A dependência de validade das leis e dos demais actos jurídico-públicos da sua conformidade com a Constituição;

i) A substituição ou, pelo menos, a complementação do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade¹;

j) Correlativamente, o princípio da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade².

¹Cfr. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, págs. 82 e segs.

²Cfr., por exemplo, *The Constitutional Development on the Eve of the Third Millenium*, obra colectiva editada por Thomas Fleiner, Friburgo, 1995; *La nuova età delle Costituzioni*, obra colectiva (ao cuidado de LORENZO ORNAGHI), Bolonha, 2000; VITAL MOREIRA, *O futuro da*

2. A reiterada supremacia da Constituição não comporta, nem poderia comportar o apagamento do papel da lei (o que comporta é uma mudança de paradigma).

No século XIX, marcado pelo iluminismo e pelo liberalismo, a lei integrava-se na visão de uma sociedade livre e igual, homogénea, aparentemente bem estruturada frente ao poder político e cujo funcionamento se pautava de acordo com a razão. Prescrição normativa, definia-se pela generalidade e pela abstracção, tinha na certeza um esteio básico a preservar e na codificação o maior trunfo. Proveniente do Parlamento, revestia forma unitária.

Já não assim nos séculos XX e XXI, marcados por uma sociedade cada vez mais heterogénea, mutável e conflitual de grupos e de interesses

Constituição, in *Direito Constitucional — Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, obra colectiva organizada por Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Júnior, São Paulo, 2001, págs. 318 e segs.; PETER HÄBERLE, *L'État constitutionnel*, trad., Aix-en-Provence e Paris, 2004; *Crise e desafios da Constituição*, obra colectiva coordenada por JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, Belo Horizonte, 2004; EDUARDO CAPELLARI, *A crise da modernidade e a Constituição*, Rio de Janeiro, 2004; LUIS M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores — Perspectivas jurídicas y políticas*, Granada, 2005; LUÍS ROBERTO BARROSO, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2005, págs. 233 e segs.; *Constitucionalismo e Estado*, obra colectiva (organizada por Agassiz Almeida Filho e Francisco Bilac Moreira Pinto Filho), Rio de Janeiro, 2006; *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, obra colectiva, correspondente ao Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional, Elcano (Navarra), 2006.

e em que se demandam à lei intervenções contingentes nos mais diversos sectores da vida económica, social e cultural. Donde, o aumento enorme do número de leis, com pulsões decisionistas; o aparecimento de *leis-medidas* (*Massnahmegesetze*), com diluição das fronteiras entre lei e acto administrativo; diversas formas procedimentais; instâncias participativas e de contratualização; insatisfação constante e constantes alterações dos preceitos – tudo traduzido em leis *omnibus* (GARCIA DE ENTERRÍA) e conduzindo àquilo a que se tem chamado inflação legislativa³.

³Cfr., entre tantos, GARCIA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, 8ª ed., Madrid, 1967, págs. 68 e segs.; SILVANO LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Diritto e Società*, 1983, págs. 723 e segs.; CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, 1983, págs. 583 e segs.; GUNTHER TEUBNER, *Aspetti, limiti, alternative della legislazione*, in *Sociologia del Diritto*, 1985, págs. 7 e segs.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, 1988, págs. 19 e segs.; ROGÉRIO SOARES, *Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo*, in *A feitura das leis*, obra colectiva, II, págs. 431 e segs.; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il Diritto Mite*, Turim, 1992, págs. 43 e seg.; PORRAS NADALES, *Introducción a la teoría del Estado postsocial*, Barcelona, 1988, págs. 203 e segs.; FRANCO MODUGNO e DAMIANO NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e Società*, 1989, págs. 411 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de teoria da legislação*, Coimbra, 1990, págs. 43-44 e 48 e segs.; MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, Porto, 1992, págs. 147 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *A lei no Estado contemporâneo*, in *Legislação*, nº 11, Outubro-Dezembro de 1994, págs. 5 e segs.; GIANDOMENICO MAJONE, *L'État et les problèmes de la réglementation*, in *Pouvoirs*, nº 70, 1994, págs. 133 e segs.; CLEMERSON MERLIN CLÈVE, *A lei no Estado contemporâneo*, in *Génesis – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, 1996, págs. 346 e segs.; BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, Coimbra, 1998, págs. 69 e segs.; FRANCESCO BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Pádua, 2000, págs. 3 e

Mas, precisamente por isto é que se torna mais premente a força normativa da Constituição como ponto firme de unidade do ordenamento, sinal de continuidade das instituições e anteparo dos direitos dos cidadãos. E, sob o impulso de normas explícitas e de construções jurisprudenciais e doutrinárias, a prática do controlo de constitucionalidade tem vindo a revelar exigências cada vez mais avançadas de resposta às disfunções das leis ordinárias. Não se trata de convolar o Estado de Direito em Estado de juízes; trata-se tanto de alargar os seus instrumentos de trabalho quanto de os submeter a mais adequados critérios de decisão.

Embora em moldes diversos consoante o objecto e a estrutura das normas constitucionais, a liberdade de conformação do legislador, imposta pela prossecução do interesse público e legitimada pelo princípio democrático, exerce-se nesse âmbito. Parafraseando ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, dir-se-á que essa liberdade começa onde acaba a interpretação que lhe cabe fazer da Constituição⁴.

segs.; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2003, págs. 137 e segs.

⁴ *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, pág. 217.

3. Conhecem-se os principais instrumentos trazidos pela actual fase do Estado de Direito:

- A formulação de postulados ou cânones hermenêuticos complementares ou alternativos dos cânones clássicos.

- A par do método subsuntivo (prevalecente no domínio das inconstitucionalidades orgânicas e procedimentais), o recurso ao método da ponderação (em que se faz a apreciação dos interesses constitucionalmente relevantes, com balanceamento entre eles e os princípios que lhes subjazem)⁵.

- O relevo fortíssimo, por conseguinte, do princípio da proporcionalidade.

- Em especial, na inconstitucionalidade material, a detecção de duas manifestações – a violação de lei constitucional e o desvio de poder legislativo, aquela consistindo na pura e simples contradição de sentidos ou de conteúdos tal como constam dos enunciados normativos e esta na contradição entre os fins do acto ou da norma e os fins da norma constitucional. Os órgãos de fiscalização têm, pois, de raciocinar com base não tanto em juízos lógico-formais quanto em juízos valorativos, descendo ao fundo das coisas e

⁵ Ou da optimização, quanto aos direitos fundamentais (ALEXY).

não se contentando com quaisquer aparências⁶.

– A utilização de sentenças limitativas, com as quais se limitam os efeitos, e mais do que os efeitos, a própria inconstitucionalidade em nome da necessidade de temperar o rigor das decisões adequando-as às situações da vida à luz de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos para além do princípio da constitucionalidade⁷.

– A utilização de sentenças aditivas (ou manipulativas ou modificativas), nas quais a inconstitucionalidade verificada não reside naquilo que a norma prescreve, mas sim naquilo que não prescreve; resulta de a norma não conter tudo aquilo que deveria conter para respeitar os imperativos da Constituição; e em que os órgãos de fiscalização, de certa sorte, acrescentam o elemento em falta.

Nas decisões de inconstitucionalidade parcial há uma parte da norma que cai para a norma se salvar. Nas decisões aditivas há um segmento que se junta com idêntico objectivo. E nisto se denota algo de comum às sentenças limitativas e às sentenças interpretativas dos tribunais constitucionais e de

⁶Cfr. *Manual de Direito Constitucional*, VI, 2ª ed., Coimbra, 2004, págs. 41 e segs.

⁷*Ibidem*, págs. 82 e segs.

órgãos homólogos, pois todos pressupõem um controlo dirigido para a plena, efectiva e actual realização dos princípios constitucionais.

– A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (em certos casos, como sucedâneo das sentenças aditivas).

– A possibilidade ou a necessidade de os órgãos de fiscalização conhecerem de situações de facto, designadamente nos domínios da inconstitucionalidade frente a normas programáticas e da inconstitucionalidade por omissão.

4. Quanto a Portugal, bem se sabe que foi com a Constituição de 1976⁸ que a República se declarou um Estado de Direito (e Estado de Direito democrático, para acentuar a síntese operada com os princípios da democracia representativa). Consignado no preâmbulo, as revisões de 1982 e de 2004 reforçariam a projecção irradiante do Estado de Direito – proclamando o respeito e a garantia dos seus princípios [arts. 2º, 8º, nº 4,

⁸À semelhança do que ocorreu na Itália a partir de 1947, na Alemanha a partir de 1949, na Espanha a partir de 1978, no Brasil desde 1988.

e 9º, alínea b)]⁹.

Não se justificaria, evidentemente, esmiuçar neste trabalho a matéria.

⁹Cfr. JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976 Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Coimbra, 1978, págs. 473 e segs.

II

5. Não basta enumerar, definir, explicitar os direitos das pessoas. É preciso que no seu exercício e no cumprimento dos correlativos deveres, elas possam organizar as suas vidas com previsibilidade de futuro¹⁰. O Estado de Direito tem por função sossegar os cidadãos sobre o futuro dos seus direitos¹¹.

Eis o alcance primordial do princípio da segurança jurídica, ambiente do Direito, cuja vertente subjectiva envolve tutela da confiança, consoante a jurisprudência e a doutrina vêm assinalando. E a tutela da confiança tem como contrapartida a boa fé dos órgãos de poder nas decisões que conformam os interesses das pessoas. Não tem apenas de haver boa fé na actividade administrativa (art. 266º, nº 2)¹²; ela tem de abranger todas as actividades do

¹⁰ A Constituição de 1976, cit., pág. 473.

¹¹ Cfr. SOULAS DE SOUSEI e PHILIPPE RAMBAULT, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2003, pág. 100. Cfr. NORBERT LÖSING, *Estado de derecho, seguridad jurídica e desarrollo economico*, in *Anuario Iberoamericano de Jiticia Constitucional*, 2002, págs. 273 e segs.

¹² Preceitua, por seu turno, o art. 6º-A do Código do Procedimento Administrativo:

1. No exercício da actividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da boa fé.
2. No cumprimento do disposto nos números anteriores, devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face das situações consideradas, e, em especial:

Estado^{13 14}.

Presente em institutos civilizacionais tão sedimentados como a prescrição aquisitiva e extintiva, a publicidade das leis, o acesso aos tribunais para defesa dos direitos, a igualdade processual das partes e a ressalva dos casos julgados, a segurança jurídica em Estado de Direito traduz-se na generalidade e na abstracção das leis sobre direitos, liberdades e garantias (art.

-
- a) A confiança suscitada na contraparte pela actuação em causa;
 - b) O objectivo a alcançar com a actuação empreendida.

Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO CASTRO GONÇALVES e JOÃO PACHICO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2ª ed., Coimbra, 1997, págs. 108 e segs.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2001, págs. 133 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, I, 2ª ed., Lisboa, 2006, págs. 217 e segs. E na doutrina de outros países, por exemplo, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999.

¹³ O princípio, de longuíssima história, atingiu até há pouco a sua máxima expressão no Direito privado: cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Lisboa, 1984. Daí passou para outros ramos de Direito. Cfr., noutra óptica, TERESA NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa fé*, Rio de Janeiro, 1998.

É também princípio de *jus cogens* internacional: arts. 2º, nº 2 da Carta das Nações Unidas e arts. 33º e 46º da Convenção de Viena de Direito dos Tratados; cfr. ELISABETH ZOLLER, *La bonne foi en droit international publique*, Paris, 1977.

¹⁴ O que se diz da boa fé deve estender-se à confiança. Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2004, *maxime* págs. 19 e segs., 346 e segs. e 431 e segs. Apesar de se situar em Direito privado, sustenta que a “produção da confiança” é um resultado inerente a qualquer estabelecimento de regras jurídicas e traduz uma função genérica do ordenamento na globalidade, elas reduzem a contingência e, combatendo os riscos de insucesso dos sujeitos, favorecem e estimulam a sua actuação e iniciativa (pág. 346).

18º, nºs 2 e 3), na não retroactividade das leis restritivas destes direitos, das leis sancionatórias não favoráveis, das leis definidoras da competência dos tribunais e dos de criação de impostos (arts. 18º, nº 3, 29º, nºs 2 e 4, 32º, nº 9 e 103º, nº 3), na segurança jurídica como factor determinante de restrições dos efeitos da inconstitucionalidade (art. 282º, nº 4).

Patenteia-se também não só na certeza, na compreensibilidade, na determinabilidade e na transparência das normas jurídicas como na estabilidade ou durabilidade razoável das normas que se repercutam em situações jurídicas subjectivas¹⁵. O legislador tem um dever de boa fé perante os destinatários das normas que edite e estes o direito a verem salvaguardadas as expectativas que aquelas tenham provocado. A instabilidade legislativa não preclui essa relação; fá-la, apenas, mais complicada, embora não menos imprescindível¹⁶.

¹⁵Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, págs. 257 e segs. ou JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, pág. 102. E ainda, por exemplo, JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Madrid, 1997; NORBERTO LÖSING, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 286 e segs.

¹⁶A ideia tem, de resto, antecedentes que remontam ao Direito romano, no qual, segundo SOULAS DE SOUSEL e PHILIPPE RAMBAULT (*op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 96-97), se desdobraria em dois subprincípios: da *certitudo* (os destinatários das normas devem conhecer os comportamentos a seguir) e a *securitas* (respeito concreto das normas, da jurisprudência e dos contratos); mas significativo foi o contributo alemão para a sua consagração (*ibidem*, págs. 95 e segs.).

Com efeito, como sublinha BLANCO DE MORAIS¹⁷, durabilidade dos regimes jurídicos constitui um atributo da segurança jurídica, “uma condição do seu conhecimento e da confiança dos cidadãos no respectivo conteúdo.

“Como exigir aos destinatários de uma lei o seu devido conhecimento jurídico e a calculabilidade das suas condutas futuras derivada desse conhecimento, se a mesma lei for sujeita a permanentes e contingentes alterações que prejudiquem a sua estabilidade?

“Malgrado este facto, verifica-se que no tempo presente se assiste no Estado Social a irrupção de uma verdadeira «*orgia legislativa*» já que o intervencionismo estatal, utilizando o léxico de Schmitt, gerou uma *motorização da lei*, caracterizada não apenas por uma enorme quantidade de regras em circulação, mas por contínuas alterações e derrogações supressivas no seu preceituado. Situação que nos recorda a antiquíssima afirmação de Tacito: «*Plurimae leges corruptissima Respublica*»”.

Para outro Autor, JEAN-PIERRE CAMBAY¹⁸, a situação é paradoxal.

¹⁷Segurança jurídica e justiça constitucional, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, pág. 622.

¹⁸*La sécurité juridique: une exigence juridictionnelle (observations à propos de l'arrêt du Conseil de l'État du 24 mars 2006)*, in *Revue du droit public*, 2006, págs. 1170 e segs. Cfr., quanto à Alemanha, OTTO PFERSMANN, *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, in *Revue française de droit administratif*, 2000, págs. 235 e segs.

O que caracteriza as relações sociais de hoje é a sua complexidade, a sua mudança permanente, a obsolescência cada vez mais rápida dos conhecimentos e das técnicas. E, correndo o risco de ser ultrapassado, o sistema normativo deve adaptar-se a tais mutações e responder a desafios tão diversos como a revolução dos técnicos de comunicação, o difundir das reivindicações económicas e sociais ou o ritmo dos progressos científicos. Mas, ao mesmo tempo, a rapidez destas mudanças torna mais necessária a estabilização do Direito. A necessidade de segurança jurídica é tanto mais forte quanto mais rápidas são as evoluções sociais e económicas.

“O que conta hoje aos olhos dos cidadãos é que as normas jurídicas lhes permitam determinar-se com um grau de previsibilidade suficiente, à luz das circunstâncias conhecidas e, portanto, estáveis no momento em que as opções se exercem. Esta a razão por que a questão da estabilidade jurídica toma tal importância: o Direito deve adaptar-se a situações cada vez mais efémeras, mas há-de visar reduzir as margens de indeterminação dos comportamentos”.

6. Não menos conscientes da gravidade do problema são JORGE REIS NOVAIS e MARIA LÚCIA AMARAL. Assim como o que aduzem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS sobre a tutela da confiança

em Direito administrativo pode ser transposto para aqui, com as devidas adaptações.

Segundo o primeiro destes Autores¹⁹, “os particulares têm, não apenas o direito a saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como, também, o direito a não ver frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que, obviamente, essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal.

“Em contraponto, há que ter em conta que o legislador de Estado de Direito democrático está igualmente vinculado à prossecução do interesse público e que, aí, tem de dispor de uma ampla margem de conformação da ordem jurídica ordinária, incluindo, naturalmente, uma possibilidade de alteração das leis em vigor, pois, de outro modo, e pressupondo que os fins do legislador são constitucionalmente legítimos, seria decisivamente posto em

¹⁹ *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 263 e segs.

causa o próprio mandato democrático que os eleitores conferiram aos governantes.

“Assim, perante a igual dignidade constitucional dos valores em confronto, o alcance prático do princípio da protecção da confiança não é delimitável independentemente de uma avaliação *ad hoc* que tenha em conta as circunstâncias do caso concreto e permita concluir, com base no peso variável dos interesses em disputa, qual dos princípios deve merecer a prevalência. Nesta avaliação devem ser devidamente tidos em conta dados como o merecimento e dignidade objectiva de protecção da confiança que o particular depositava no sentido de inalterabilidade de um quadro legislativo que o favorecia, o peso relativo do interesse público que conduziu à alteração legislativa, a relevância dos interesses dos particulares e a intensidade da sua afectação e, não menos importante, a própria margem de livre conformação que deve ser deixada ao legislador democrático em Estado de Direito.

(...)

“Em última análise, em todas as situações *difíceis* que aqui venham a ser consideradas não é possível chegar a resultados constitucionalmente adequados sem ter em conta uma ponderação entre o peso do interesse público prosseguido pelo legislador e a força de *resistência* das expectativas dos particulares.

“Por sua vez, do lado dos particulares, a possibilidade constitucional de invocação bem sucedida do princípio pressupõe sempre a reunião cumulativa dos seguintes pressupostos: existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica, devendo essas expectativas ter sido estimuladas, alimentadas ou, de alguma forma, toleradas pelo Estado, e, em segundo lugar, uma alteração inesperada do comportamento do Estado que abale a confiança que os particulares detinham nele e ponha em causa a solidez dessas expectativas.

(...)

“Neste sentido, quando os juízes, mormente o Tribunal Constitucional, apreciam a eventual inconstitucionalidade de lei violadora do princípio da protecção da confiança, a ponderação de valores a que procedem não deve ser independente da consideração das potenciais alternativas de que dispunha o legislador para prosseguir o interesse público. Ou seja, se o fim do legislador podia ser alcançado por via menos agressiva da confiança e dos interesses dos particulares – por exemplo, através da previsão de disposições transitórias ou indemnizatórias –, então tudo aquilo que, em agressividade, vai para além desse mínimo apto a alcançar os fins legislativos deve ser considerado inconstitucional por constituir uma afectação gratuita, desnecessária ou arbitrária da confiança que os particulares depositavam na ordem jurídica vigente.

“Há, aí, uma óbvia associação ao princípio da proibição do excesso (...) –, mas a autonomia do princípio da protecção da confiança é bem patente no juízo de ponderação que precede a eventual comparação e avaliação de alternativas disponíveis ao legislador, bem como no facto de as exigências de proibição do excesso serem aqui aplicáveis por simples facto da existência de expectativas dos particulares dignas de protecção, independentemente de se referirem ou não a direitos, liberdades ou garantias”.

E, de acordo com MARIA LÚCIA AMARAL²⁰, para que haja, em determinadas situações concretas, lesão do princípio da confiança é necessário que se perfaçam sempre quatro pressupostos essenciais: 1º) que o Estado (ou os poderes públicos) tenham *efectivamente* tomado decisões ou encetado comportamentos susceptíveis de gerar nos cidadãos *expectativas de continuidade*; 2º) que os cidadãos tenham eles próprios tomado decisões – ou feito planos de vida – com fundamento nessas mesmas expectativas; 3º) que tais expectativas na continuidade da política estadual sejam *legítimas*, porque fundadas ou justificadas em *boas razões*; 4º) que a mudança do comportamento dos poderes públicos não seja exigida por um *interesse público* que, pela sua importância ou valor, sobreleve o valor da tutela das expectativas privadas.

²⁰ *A forma da República*, Coimbra, 2005, págs. 182-183.

Finalmente, nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS²¹, “a tutela da confiança pressupõe a verificação de diversas circunstâncias: primeira uma *actuação de um sujeito de direito* que crie a confiança quer na manutenção de uma situação jurídica, quer na adopção de outra conduta; segunda, uma *situação de confiança justificada* do destinatário da actuação de outrem, ou seja, uma convicção, por parte do destinatário da actuação em causa, na determinação da sujeito jurídico que a adoptou quanto à sua actuação subsequente, bem como a presença de elementos susceptíveis de legitimar essa convicção, não só em abstracto mas em concreto; terceira, a efectivação de um *investimento de confiança*, isto é, o desenvolvimento de acções ou omissões, que podem não ter tradução patrimonial, na base da situação de confiança; quarta, o *nexo de causalidade* entre a actuação geradora de confiança e a situação de confiança, por um lado, e entre a situação de confiança e o investimento de confiança, por outro; quinta, a *frustração da confiança* por parte do sujeito jurídico que a criou. Estes pressupostos devem ser encarados de modo global: a não verificação de um deles será em princípio relevante, mas pode ser superada pela maior intensidade de outro ou por outras circunstâncias pertinentes (por exemplo, em certos casos, o decurso de grandes lapsos temporais)”.

²¹*Op.cit.*, pág. 34.

7. Não por acaso, a jurisprudência de vários países e a do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias têm considerado a segurança jurídica um “fio condutor” de numerosas decisões, chegando a exigir medidas transitórias e, na falta destas, a indemnização dos lesados²².

E também a nossa jurisprudência constitucional – que, repetidamente, tem feito apelo à protecção da confiança como imperativo inerente ao Estado de Direito²³ – se tem pronunciado no sentido da inadmissibilidade de alterações legislativas que ponham em causa, de modo arbitrário ou oneroso, expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos.

A ideia geral de inadmissibilidade, diz o Tribunal Constitucional²⁴, “poderá ser aferida, nomeadamente, pelos dois seguintes critérios:

- 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

²² Cfr. JEAN-PIERRE CAMBAY, *op.cit.*, *loc.cit.*, págs. 1171 e segs.

²³ Cfr., entre tantos, pareceres nºs 25/79, 25/81 e 14/82 da Comissão Constitucional; e acórdãos nºs 437/82, 11/83, 3/84, 307/90, 323 e 365/91, 161/93, 410/95, 559/98, 160, 215 e 561/2000, 558/2001, 109, 128, 297 e 363/2002 do Tribunal Constitucional.

²⁴ Acórdão nº 287/90, de 30 de Outubro, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, XVII, págs. 176 e 177.

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, desde a 1ª revisão).

“Pelo primeiro critério, a afectação de expectativas será extraordinariamente onerosa. Pelo segundo, que deve acrescer ao primeiro, essa onerosidade torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, porque injustificada ou arbitrária.

“Os dois critérios completam-se, como é de resto, sugerido pelo regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Para julgar da existência de excesso na «onerosidade», isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas.

“Não há, com efeito, um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou a manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou

relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Ao legislador não está vedado alterar o regime do casamento, do arrendamento, do funcionalismo público ou das pensões, por exemplo, ou a lei por que se regem processos pendentes. Cabe saber se se justifica ou não na hipótese da parte dos sujeitos de direito ou dos agentes, um “investimento na confiança” na manutenção do regime legal – para usar uma expressão da jurisprudência constitucional alemã (...).

III

8. A liberdade de trabalho é um dos direitos fundamentais das pessoas, e não dos menos importantes. Qualificadamente, surge como liberdade de profissão ou liberdade dirigida a uma actividade com relevância económica, identificada por factores objectivos sociais e jurídicos. E revela-se tanto liberdade de *escolha* quanto liberdade de *exercício* (art. 47º, nº 1 da Constituição)²⁵.

A liberdade de profissão atinge o seu máximo de intensidade nas chamadas profissões livres – a que correspondem as tradicionais profissões liberais, quando os profissionais trabalhem por conta própria – ou profissões cujo exercício implica a liberdade individual e colectiva concernente ao domínio de uma ciência e de uma técnica especialmente elevadas. A liberdade não é apenas para iniciar uma profissão e para a continuar a praticar; é também para determinar o sentido de cada um dos actos da profissão. Os resultados podem ser heteronomamente fixados, não os meios.

²⁵Cfr. *Manual ...*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, págs. 500 e segs. e Autores e jurisprudência citada.

Não há, porém, profissões livres sem o sentimento jurídico de que são necessárias, úteis e idóneas; não há profissões livres sem confiança social; e a confiança resulta tanto da verificação reiterada de idoneidade científica e técnica como da certeza da sujeição dos profissionais a um sentido ético da profissão. Daí a importância, muito maior do que noutras actividades, das regras deontológicas que se convertem em regras jurídicas; daí uma disciplina que deve abranger todos os que se dedicam à mesma profissão; daí, enfim, um enquadramento estatutário destinado a permitir a integração dos profissionais, com liberdade, quer perante os órgãos de decisão política do Estado quer perante quaisquer outros poderes e quaisquer eventuais empregadores privados.

Só à lei cabe realizar esse enquadramento, tendo em conta as linhas mestras do sistema político, a organização administrativa, as estruturas e circunstâncias políticas, culturais e económico-sociais do país, as tradições corporativas ou paracorporativas das profissões ou outras variáveis relevantes. E as soluções podem ser bem diversas.

Uma coisa vem a ser, entretanto, a liberdade de profissão (em abstracto), outra coisa o tratamento das profissões (em concreto) ou de certas profissões, seja por via das actividades em si mesmas, seja através do estatuto dos profissionais. O desenvolvimento cultural, tecnológico e económico leva a uma crescente tendência para a intervenção do Direito, com vista à defesa dos interesses dos cidadãos e da qualificação dos profissionais.

Uma coisa ainda vem a ser essa regulação, outra coisa a garantia da existência desta ou daquela profissão. E esta pode ser de fonte constitucional: quanto às profissões forenses – juízes, magistrados do Ministério Público, advogados (arts. 215º e segs., 219º e 208º) – e quanto aos jornalistas (art. 38º). Ou de fonte legal: é o que se passa, entre outras, com as profissões liberais, quando organizadas em ordens ou câmaras, visto que, se o Estado institui uma dessas associações públicas e lhes confere poderes de auto-regulação²⁶, logicamente atende à relevância e à indispensabilidade da sua função.

9. Algo diversamente do que faz no tocante a outras liberdades, a Constituição expressamente admite, no art. 47º, nº 1, “as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”. Quer dizer: a liberdade de profissão – a de escolha e, *a fortiori*, a de exercício – fica logo recortada no catálogo constitucional de direitos conexa

²⁶Cfr. VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e Administração pública*, Coimbra, 1997, págs. 52 e segs.

com esses dois postulados limitativos, com a conseqüente compressão do seu conteúdo.

As restrições têm de ser legais, não podem ser instituídas por via regulamentária ou por acto administrativo. Todavia, não é apenas por haver lei a estabelecer restrições que elas se tornam admissíveis: é mister, sob pena de desvio de poder legislativo, estear a decisão legislativa num fundamento razoável. E não basta a alegação do interesse colectivo: é mister fazê-lo patente, tem de ser um interesse compatível com os valores constitucionais e ele só pode projectar-se sobre a liberdade de profissão na medida do necessário.

Em nome do interesse colectivo nunca poderá frustrar-se o conteúdo essencial da liberdade de profissão no âmbito de uma *sociedade democrática* (art. 29º, nº 2, da Declaração Universal), impondo a alguém certa profissão contra a sua vontade ou impedindo arbitrariamente alguém de vir a exercer ou de continuar a exercer a sua profissão – e isto pode dar-se quer através de expressa vedação por lei quer através de medidas que tornem impossível ou extremamente difícil o exercício deste ou daquele mester.

Nenhuma profissão pode ser preservada para sempre, ou preservada com certas características. Mas nenhuma pode ser extinta por acto do poder, ao arrepio, do substrato socioeconómico que a justifica e das circunstâncias concretas que a conformam. Nenhuma pode ser extinta, por via directa ou

indirecta, sem salvaguarda daquele mesmo interesse colectivo e dos direitos e legítimas expectativas dos que a escolheram e exercem. Isto vale, por maioria de razão, para as profissões liberais, pelo que envolvem de risco empresarial ou paraempresarial e enquanto expressões da sociedade civil.

IV

10. No uso da autorização concedida pela Lei n° 49/2003, de 22 de Agosto, o Governo (o XVI Governo Constitucional) promoveu, mediante o Decreto-Lei n° 26/2004, de 4 de Fevereiro, uma profunda reforma do notariado português com vista à privatização e ao retorno ao chamado modelo latino (vigente em Portugal até aos anos 40 do século XX). Era, de resto, uma medida há muito prometida e aguardada²⁷.

Como se lê no preâmbulo deste diploma, consagrou-se uma nova figura de notário, com uma dupla condição – a de *oficial*, enquanto depositário da fé pública delegada pelo Estado e a de *profissional liberal* que exerce a sua actuação num quadro independente, e com a consequente dependência, na primeira veste, do Ministro da Justiça e, na segunda, da Ordem dos Notários (entretanto instituída pelo Decreto-Lei n° 27/2004, da mesma data).

Estabeleceu-se, do mesmo passo, um regime de *numerus clausus* e uma delimitação territorial destinada a propiciar a prestação de serviços notariais em todo o território, assegurando-se uma remuneração mínima (obtida através

²⁷Cfr. o discurso da Ministra da Justiça, Celeste Cardona, na posse do Director-Geral dos Registos e do Notariado, em 16 de Fevereiro de 2004.

de um fundo de compensação, inserido no âmbito da Ordem) aos notários que, pela sua localização, não produzam rendimentos suficientes para suportar os encargos dos seus cartórios. Por outro lado, durante um período transitório de dois anos, coexistiriam notários públicos e privados e permitiu-se aos notários optar pelo regime privado ou pelo vínculo à função pública através da integração nas conservatórias de registo. Neste período, proceder-se-ia à transformação dos cartórios existentes, à abertura de concursos para a atribuição de licenças, à resolução das situações funcionais dos notários e dos oficiais que deixassem de exercer funções no notariado (art. 106º, nº 2)²⁸.

11. Princípios da actividade notarial são (arts. 10º e segs. do estatuto do notariado anexo ao Decreto-Lei nº 26/2004) o da legalidade, o da autonomia, o da imparcialidade, o da exclusividade e o de livre escolha.

O princípio da legalidade obriga os notários a apreciar a viabilidade de todos os actos cuja prática lhes seja requerida, em face das disposições legais

²⁸ Citem-se ainda, dentro da reforma, o Decreto-Lei nº 194/2003, de 23 de Agosto (de alteração ao regulamento de emolumentos dos registos e do notariado) e as Portarias nºs 385 e 398/2004, de 16 e 21 de Abril, respectivamente (tabela de honorários e encargos notariais e regulamento de atribuição do título de notário).

aplicáveis e dos documentos apresentados ou exibidos, verificando, especialmente, a legitimidade dos interessados, a regularidade formal e substancial dos documentos e a legalidade substancial dos actos solicitados (art. 11º, nº 1). O princípio da imparcialidade significa que o notário tem a obrigação de manter equidistância relativamente aos interesses particulares susceptíveis de conflitar, abstendo-se, designadamente, de assessorar apenas um dos interessados num negócio (art. 13º). E o princípio da livre escolha que os interessados escolhem livremente o notário (art. 16º), podendo este praticar todos os actos da sua competência ainda que respeitem a pessoas domiciliadas ou a bens situados fora da respectiva circunscrição territorial (art. 7º, nº 2).

12. Segundo informação prestada pela Ordem dos Notários, na sequência da reforma assim empreendida, cerca de 100 notários preferiram manter-se na função pública e 243 passaram a profissionais liberais.

A estes somam-se 106 novos notários após prestação de provas, os quais concorreram a licenças para instalação de cartórios. E, mais tarde, no segundo concurso para atribuição do título de notário, aberto já pelo actual Governo (o XVII Governo Constitucional) viriam a ser aprovados mais cerca de 70 candidatos.

V

13. Logo um ano depois da reforma do notariado levada a cabo pelo anterior Governo, o novo Governo²⁹ começaria a aprovar, ao abrigo do chamado programa *Simplex*, um conjunto de diplomas legais que vêm afectar, de uma forma ou de outra, o exercício da profissão de notário tal como configurada por aquela reforma.

São esses diplomas:

a) O Decreto-Lei nº 111/2005, de 8 de Julho³⁰, que atribui às conservatórias do registo comercial – independentemente da localização a sede da sociedade a constituir – a constituição imediata de sociedades comerciais e civis sob forma comercial por quotas e anónimas, com as consequentes alterações dos Códigos das Sociedades Comerciais, do Registo Comercial e do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas.

²⁹ Invocando o seu Programa, no qual se contemplava a eliminação dos actos e práticas registais e notariais que não importassem um valor acrescentado e dificultassem a vida dos cidadãos e das empresas.

³⁰ Seguido pelas Portarias nºs 590-A e 811/2005, de 14 de Julho e 12 de Setembro, respectivamente, e pelos Despachos Conjuntos nºs 1034/2005, de 11 de Novembro, e 296/2006, de 27 de Março.

b) O Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março, com importantes alterações, designadamente, ao Código das Sociedades Comerciais e que torna não obrigatórias, entre outras, as escrituras públicas para a constituição de uma sociedade, para alteração do contrato ou dos estatutos das sociedades comerciais, para aumento do capital social, para alteração da sede ou do objecto social ou para dissolução, fusão ou cisão (arts. 2º e segs.).

Visa-se, como consta do preâmbulo, evitar o “duplo controlo público que se exigia às empresas através da imposição da obrigatoriedade de celebração de uma escritura pública no cartório notarial e, posteriormente, do registo desse acto na conservatória do registo comercial (...) – Desta forma, quanto uma empresa pretenda utilizar um processo mais complexo e minucioso, pode utilizar os serviços do cartório notarial, aí celebrando uma escritura pública e, depois, solicitar o registo do acto na respectiva conservatória. Se, ao invés, pretender utilizar um procedimento mais célere e barato, que é igualmente apto para assegurar a segurança jurídica do acto pretendido, o Estado passa a garantir a possibilidade de praticar esse acto num único local”.

Por outro lado, as sociedades comerciais passam também a poder extinguir-se e liquidar o seu património nas conservatórias do registo comercial e, para efeito de fusão e cisão, bastam, doravante, dois registos nas conservatórias e duas publicações em sítio na *Internet*.

Ao mesmo tempo, estabelece-se que, quando inscritos em sistema informático a definir, as câmaras de comércio e indústria, os conservadores, os oficiais do registo, os advogados e os solicitadores podem fazer reconhecimentos simples e com menções especiais, presenciais e por semelhança, autenticar documentos particulares, certificar ou fazer e certificar traduções de documentos nos termos previstos na lei notarial; e esses actos conferem aos documentos a mesma força probatória que teriam se tais actos tivessem sido realizados com intervenção notarial (art. 38º)³¹.

c) O Decreto-Lei nº 125/2006, de 29 de Junho, que cria um regime especial de constituição *on line* de sociedades comerciais e civis sob forma comercial por quotas e anónimas e que admite que nos respectivos procedimentos intervenham tanto notários como advogados e solicitadores (arts. 7º e 9º).

d) O Decreto-Lei nº 8/2007, de 17 de Janeiro, que, contemplando novas medidas de simplificação e de eliminação de actos, prevê que, além dos notários, possam certificar a conformidade de documentos electrónicos com os documentos originais, em suporte de papel, as câmaras de comércio e indústria, os conservadores, os oficiais de registo, os advogados e os

³¹Na sua sequência, refiram-se o Decreto-Lei nº 125-A/2006, de 29 de Junho, e as Portarias nºs 657-A e 657-B/2006, de 29 de Junho.

solicitadores (art. 19º).

e) O Decreto-Lei nº 263-A/2007, de 23 de Julho, que institui um procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédios urbanos em atendimento presencial único, aplicável a compra e venda, mútuo e demais contratos de crédito e financiamento celebrados em instituições de crédito, hipoteca, subrogação nos direitos e garantias do credor hipotecário; e este procedimento é da competência do serviço de registo predial da situação do prédio (arts. 1º e 4º).

f) A Lei nº 40/2007, de 24 de Agosto, que consigna um regime especial de constituição imediata de associações com personalidade jurídica a cargo das conservatórias e de outros serviços que sejam previstos em portaria do membro do Governo responsável pela área da Justiça (arts. 1º e 3º).

14. As soluções agora consagradas têm merecido largas críticas da Ordem dos Notários, que, assim, se resumem.

Se o escopo prosseguido pelo programa *Simplex* é evitar um duplo controlo público de actos jurídicos – nos cartórios notariais e nas conservatórias – ele melhor poderia ser alcançado por outra via. O controlo preventivo de legalidade substancial a cargo do notário já bastaria para que um documento autenticado entrasse directamente no registo; e ao conservador

caberia apenas verificar, em face dos registos existentes, se tal documento conteria os elementos necessários para a publicitação.

A atribuição do controlo às conservatórias envolve riscos para a segurança jurídica, por não licenciados em Direito, quando recebam delegação de competência do conservador, virem a realizar a qualificação jurídica de certos actos, com a consequente provável emergência futura de litígios judiciais acerca deles.

Mesmo quando os notários continuam a poder intervir, eles ficam colocados em posição de desigualdade perante as conservatórias, por os seus actos se tornarem, por força das regras legais aplicáveis, mais morosos e mais caros.

Tão pouco se compreende a atribuição a entidades privadas – advogados, solicitadores, câmaras de comércio e indústria – do poder de conferir fé pública a documentos.

E tudo isto envolve quebra da concorrência leal entre os notários e os demais agentes, com preterição da Lei nº 18/2003, de 11 de Junho, quando, bem pelo contrário, se tem conhecimento de uma proposta de recomendação da Autoridade da Concorrência de alargamento e aprofundamento de concorrência no campo das actividades notariais.

Tudo isto redundaria em esvaziar ou desvalorizar radicalmente a actividade dos notários como profissão liberal. E, no que se refere às novas

funções das conservatórias, no fundo, numa reassunção ou assunção das suas funções pelo Estado, à margem das tendências hoje dominantes em todas as áreas da actividade económica.

Isto, ainda, justamente, quando os notários (a sua grande maioria) que optaram pela profissão liberal, com ânimo de colaboração com a política definida pelo Estado há pouco mais de dois anos, têm feito largos investimentos para dotar os seus cartórios de instalações e equipamentos, de elevados custos, para poderem levar a cabo as suas actividades a contento dos interessados.

Isto, enfim, quando o mesmo Governo que adopta estas medidas, ditas de desformalização, promoveu a realização do atrás mencionado concurso para atribuição do título de notário.



VI

15. Sem entrar nos aspectos técnicos conexos com as críticas aduzidas pela Ordem dos Notários, o que conta, antes do mais, para efeito da consulta que nos é endereçada, é a mudança substantiva da política pública respeitante ao notariado, efectuada de 2004 para 2005. Que o Estado, com nova maioria parlamentar e novo Governo, possa acolher uma política diversa da do Governo precedente, não se discute à luz da alternância democrática. O que se discute é se o poderia fazer em tão curto período de tempo, sem quaisquer cuidados e cautelas de todos os interesses atingidos.

Não se trata de uma questão de maior ou menor coerência das sucessivas decisões, seja qual for a maior valia ou legitimidade procedimental desta ou daquela. Trata-se de relação entre o Estado e os cidadãos, primeiros destinatários de tais decisões, e do respeito que ele lhes deve num Estado de Direito democrático.

Nem se trata de duvidar das finalidades do interesse público que, num momento ou noutro, se tenha pretendido prosseguir. Trata-se do limite que a esse interesse advém dos interesses legalmente protegidos dos cidadãos. A ponderação estabelecida a propósito da actuação administrativa (art. 266º,

nº 1)³², não menos vale para a actividade legislativa. Seja qual for a função do Estado, são as mesmas as balizas constitucionais.

16. Visto o problema do prisma da segurança jurídica e da tutela da confiança não custa reconhecer que se encontram reunidos os requisitos propostos pela doutrina e pela jurisprudência atrás citadas para se configurar a violação do princípio.

Com efeito, a reforma de 2004, além de representar o regresso a um modelo de notariado experimentado entre nós durante longos anos e seguido na grande maioria dos países europeus, correspondeu a aspirações vivas manifestadas na sociedade portuguesa, não despertou oposição significativa nos quadrantes políticos e foi decretada em sintonia com a passagem da concepção de Estado prestador de bens e serviços à concepção de Estado regulador, similar à ocorrida noutras áreas. Não era exigível aos notários prever uma inflexão como a que, assim, se verificou.

³²Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 922; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op.cit.*, II, págs. 61 e segs.

Em segundo lugar, sustentada em estudos especializados e com a participação dos interessados, foi uma reforma que obteve imediata receptividade e efectividade. Ao invés do que, não raro, se observa entre nós, o Estado foi pronto a pô-la em prática e a Ordem dos Notários rapidamente foi erigida. Mas, mesmo mais tarde, quando foi lançado o programa *Simplex*, as medidas legislativas entretanto publicadas *não a vieram revogar*: não se revogou o diploma de privatização, nem se alterou o estatuto do notariado nem a Ordem foi extinta.

Não foi essa uma reforma qualquer, puramente conjuntural, mas uma reforma profunda de estrutura, geradora de *expectativas de continuidade* e de confiança na *manutenção de uma situação jurídica*. Independentemente das vicissitudes políticas de 2004 a 2006, o Estado, adstrito a um dever de boa fé (por força ainda do art. 266º, nº 2, também expressão, insista-se, de princípio extensivo à função legislativa), comprometeu-se, para futuro; comprometeu-se perante as *próprias transformações estatutárias* que levou a cabo.

Em terceiro lugar, os cidadãos mais directamente interessados, mais directamente afectados, tomaram decisões e fizeram planos de vida ancorados nessas mesmas expectativas de continuidade. Sentiram-se sujeitos titulares de direitos novos a preservar. Empenharam-se na Ordem dos Notários. Com maior ou menor esforço financeiro, dotaram os seus cartórios de recursos humanos e materiais impostos pela exigência da profissão liberal e das novas tecnologias.

As expectativas assim criadas não poderiam deixar de ser consideradas legítimas, porque fundadas tanto nos comportamentos do Estado como nos que, na decorrência deles, os notários foram levados a praticar. Um verdadeiro *nexo de causalidade* torna-se manifesto então entre a actuação do Estado – iniciada com uma autorização legislativa conferida pelo Parlamento – e a actuação desses cidadãos.

O interesse público de desburocratização (art. 267º, nº 1 da Lei Fundamental) e de desformalização e simplificação de uma gama numerosa de actos jurídicos não pode sobrepor-se, de qualquer maneira, lepidamente e sem condições, ao *investimento de confiança* realizado pelos notários. Um e outro interesse haveriam, sim, de se conjugar. Nem o Estado poderia invocar a desburocratização para inviabilizar a profissão notarial como profissão liberal, nem os notários poderiam invocar as situações jurídicas adquiridas para impedir a simplificação desses actos. Haveria várias soluções possíveis como reservar aos notários a prática de certos actos *Simplex*, ou restabelecer o equilíbrio económico entre eles e outros agentes ou editar medidas transitórias³³.

³³ Como lembra GOMES CANOTILHO (*Direito ...*, cit., pág. 263) a aplicação da lei não se reduz, de forma radical, a esquemas dicotómicos de estabilidade-novidade; entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação imediata da nova norma existem soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias.

Por isso, agindo como agiu (ou como parece continuar a agir) através do programa *Simplex*, o Estado faltou ao dever constitucional de boa fé, quebrou a confiança dos destinatários das suas normas e ofendeu o princípio da segurança jurídica. Se este princípio pode levar a restringir os efeitos da inconstitucionalidade (art. 284º, nº 4), não menos há-de obstar a que se vulnere a confiança legítima dos particulares.

17. Não há uma garantia constitucional do notariado, mas, instituindo a Ordem dos Notários, associação pública, o Estado empresta-lhe consistência legislativa enquanto profissão livre.

Ora, subtraindo aos notários a prática de actos centrais da profissão ou pondo-os em regime desvantajoso no confronto dos conservadores de registos e até de algumas entidades privadas, fica seriamente ameaçado o direito de escolha dessa profissão. Assim como os notários que optaram (a grande maioria) por o continuar a ser na qualidade de profissionais liberais e os que, supervenientemente, foram admitidos por concurso ficaram desprovidos de condições plenas para o exercício da profissão.

As providências constantes do programa *Simplex* conducentes a este resultado não colidem, só por si, com a liberdade de escolha e exercício da

profissão (art. 47º da Constituição) tomada em abstracto. Colidem, todavia, com esta liberdade em concreto.

VII

18. Demonstrada a infracção do princípio da tutela da confiança e, de certo modo, da liberdade de escolha e exercício de profissão, ressalta daí a inconstitucionalidade das medidas redutoras da actividade e, por conseguinte, das expectativas legítimas dos notários.

Uma inconstitucionalidade, porém, parcial, porque, evidentemente, simplificar e desformalizar não pode ser inconstitucional; inconstitucionalidade, sim, na medida em que tais medidas afectam aquelas expectativas.

Uma inconstitucionalidade que só muito dificilmente poderia ser ultrapassada por meio de sentenças aditivas, porquanto não se vislumbra norma ou segmento de norma que, por mera intervenção de tribunal, venha a reintegrar a ordem jurídica.

Tão pouco os mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão – circunscritos, infelizmente, à omissão de normas legislativas destinadas a tornar exequíveis normas constitucionais (art. 283º)³⁴ – poderiam ser aqui utilizados.

³⁴ Cfr. *Manual* ..., VI, cit., págs. 232 e segs.

19. O caminho mais natural – e talvez o único eficaz a curto prazo – de satisfazer as legítimas expectativas dos notários – *enquanto é tempo* – consiste na feitura de leis, nos moldes atrás sugeridos ou noutros, que salvaguardem o seu investimento de confiança (um investimento moral e patrimonial).

Ou então, se o Governo pretender levar até ao fim as implicações do programa *Simplex*, a reposição dos notários no estatuto de oficiais públicos. Pelo menos, tudo ficaria mais claro.

20. Afora isto, a cada notário estará sempre aberta a possibilidade de propor acções de responsabilidade civil contra o Estado pelos prejuízos que, porventura, sofra ou tenha sofrido³⁵. O Estado é civilmente responsável também por acções e omissões legislativas (art. 22º)³⁶.

Apesar de algumas dúvidas doutrinárias e do recentíssimo veto do Presidente da República ao decreto do Parlamento sobre responsabilidade civil

³⁵ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *op.cit.*, II, pág. 1249: as consequências advenientes da protecção da confiança podem, em teoria, consistir ou na preservação da posição nela alicerçada ou um dever de indemnizar. E sobre a responsabilidade pela confiança, cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *op.cit.*, págs. 503 e segs.

³⁶ Cfr. *Manual ...*, IV, cit., págs. 249 e segs., c Autores citados.

extracontratual do Estado, esta a melhor doutrina, à face da concepção de Estado de Direito material, também prevalecente entre nós, com particularíssimo relevo para o art. 22º da Constituição, enquanto norma imediatamente aplicável.

Em contrapartida, não parece plausível o recurso à acção popular (art. 52º). Os interesses profissionais não são interesses difusos.

VIII

Resumindo e concluindo:

1º) O Estado de Direito material ou de direitos fundamentais implica a centralidade da Constituição como Constituição *normativa*, como ordem *material*, e não apenas procedimental, e como conjunto de princípios e regras de aplicabilidade imediata.

2º) Perante os fenómenos de instabilidade e inflação legislativa vindos do século XX, ainda se torna mais premente o papel da Constituição como ponto firme de unidade do ordenamento, sinal de continuidade das instituições e antepara dos direitos dos cidadãos.

3º) A par do método subsuntivo de interpretação, a jurisprudência e a doutrina têm vindo a adoptar o método de ponderação de princípios e interesses, com particular relevo para os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

4º) A tutela da confiança, vertente subjectiva do princípio da segurança jurídica, exige a boa fé dos órgãos do poder.

5º) O dever de boa fé não se circunscreve à actividade administrativa (art. 266º, nº 2 da Constituição), ele abrange todas as demais actividades do Estado, incluindo a legislativa.

6º) No respeitante à actividade legislativa, a segurança jurídica e, portanto, a tutela da confiança exigem não só a certeza, a compreensibilidade, a determinabilidade e a transparência das normas mas também a sua durabilidade e a previsibilidade de eventuais alterações.

7º) O legislador tem um dever de boa fé perante os destinatários das normas que edite e estes o direito de verem salvaguardadas as expectativas que aquelas tenham provocado.

8º) A instabilidade legislativa não preclui essa relação, fá-la apenas mais complicada, embora não menos imprescindível.

9º) A reforma do notariado, de 2004, traduzida na passagem a profissão liberal e na criação da Ordem dos Notários, foi uma reforma estrutural profunda, correspondente a uma antiga tradição portuguesa e ao modelo dominante na Europa continental e em sintonia com a ideia de Estado regulador e não já Estado prestador de serviços.

10º) Por isso, pelo seu procedimento e pela sua pronta concretização, suscitou não só a adesão imediata da grande maioria dos notários como suscitou neles legítimas expectativas de continuidade.

11º) Essas expectativas foram reforçadas pela abertura pelo actual Governo de concurso para atribuição do título de notário.

12º) As medidas constantes do programa *Simplex* (*Casa pronta, Empresa na hora, Balcão de heranças e sucessões*), redutoras da intervenção

dos notários ou da sua colocação em desvantagem perante os conservadores bem como as que permitem a entidades privadas o reconhecimento notarial envolvem uma inflexão significativa de políticas públicas em curto período de tempo.

13º) Esvaziando ou desvalorizando a actividade dos notários como profissão liberal, nem sequer foram acompanhadas de outras medidas de cunho provisório, que atenuassem o seu impacto (e isto independentemente de ser perfeitamente admissível que a simplificação dos actos jurídicos fosse possível através dos próprios notários).

14º) Sem se questionar as finalidades de prossecução do interesse público e de desburocratização (arts. 266º, nº 1 e 267º, nº 1 da Constituição) a elas subjacentes, elas não poderiam ser adoptadas com desprezo pelos interesses legalmente protegidos dos cidadãos (mesmo art. 267º, nº 1).

15º) Contraditórias, de resto, com a referida recente abertura de concurso para notários, elas vieram ferir esses interesses, sem que fosse exigível aos notários prevê-las.

16º) Afectando, assim, o investimento de confiança feito pelos notários, o Estado quebrou o seu dever de boa fé e ofendeu o princípio da segurança jurídica.

17º) Apesar de não haver uma garantia constitucional do notariado, a criação e subsistência da Ordem dos Notários confere-lhe subsistência

legislativa, pelo que, indirectamente, as medidas do programa *Simplex* acabam por atingir também a liberdade de escolha e de exercício da profissão (art. 47º, nº 1 da Constituição).

18º) Estas medidas envolvem inconstitucionalidade, se bem que só parcial, pois, a inconstitucionalidade somente reside na subtracção de actos aos notários, não na simplificação e desformalização de actos.

19º) O caminho mais apto, e talvez único, de satisfazer as legítimas expectativas dos notários consiste na produção de leis adequadas ao seu investimento de confiança, restituindo-lhes, directa ou indirectamente, condições para a prática dos actos típicos da sua profissão, sem prejuízo de necessárias ou convenientes simplificações.

20º) Afora isto, a cada notário está sempre aberta a possibilidade de propor uma acção de responsabilidade civil contra o Estado pelos prejuízos que, porventura, sofra ou tenha sofrido, visto que o Estado é também civilmente responsável por acções ou omissões legislativas (art. 22º).

Tal é, salvo melhor, o meu parecer.

Lisboa, 8 de Setembro de 2007.

