



PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Sua Excelência
o Conselheiro Presidente
do Tribunal Constitucional

PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DA R-648/95 (A6)
CONSTITUCIONALIDADE:

DATA: 1999-10-01

Assunto: Liberdade de Iniciativa Económica: Horários do Comércio – Restrição de Direitos Fundamentais – Reserva de Lei.

O Provedor de Justiça, no exercício do poder que lhe é conferido pelo artigo 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição, reproduzido pelo artigo 20.º, n.º 3, do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, requer ao Tribunal Constitucional, em cumprimento do disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas contidas nos n.ºs 1 e 2 da portaria 153/96, de 15 de Maio, e nos artigos 1.º, n.ºs 6 e 7, 2.ª parte, e 8.º do decreto-lei n.º 48/96, também de 15 de Maio, por entender violarem as mesmas os artigos 18.º, n.º 2, *ex vi* art.ºs 17.º e 61.º, n.º 1, e 112.º, n.º 6, da Constituição, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I - O OBJECTO DO PEDIDO

1.º

O decreto-lei n.º 48/96, de 15 de Maio, estabelece o regime dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais.

2.º

O seu artigo 1.º, n.º 1, institui como regra geral a possibilidade de abertura dos estabelecimentos de venda ao público e de prestação de serviços entre as 6 e as 24 horas de todos os dias da semana.

3.º

Os números seguintes do mesmo artigo prevêem, depois, regimes especiais para determinados tipos de estabelecimentos, determinando o n.º 6 que o horário de



funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas, tal como definidas no decreto-lei n.º 258/92, com a redacção dada pelo decreto-lei n.º 83/95, de 26 de Abril, será regulamentado através de portaria do Ministro da Economia.

4.º

E o n.º 7 do mesmo artigo estabelece que, no caso de estabelecimentos situados em centros comerciais, aplicar-se-á o horário de funcionamento previsto e estatuído no n.º 1, salvo se os mesmos atingirem áreas de venda contínua, tal como definidas no mencionado decreto-lei n.º 258/92, de 20 de Novembro, com a redacção dada pelo decreto-lei n.º 83/95, de 26 de Abril, caso em que terão de observar o horário a estabelecer na portaria de regulamentação mencionada no número anterior

5.º

Este regime vem substituir o definido pelo artigo 1.º, n.º 4, do decreto-lei n.º 417/83, de 25 de Novembro, o qual, na redacção que lhe foi dada pelo decreto-lei n.º 86/95, de 28 de Abril, determinava o encerramento das grandes superfícies comerciais contínuas entre as 2 e as 6 horas de todos os dias da semana e aos domingos e feriados nos meses de Janeiro a Outubro no que excedesse um período de seis horas em horário a fixar.

6.º

O decreto-lei 48/96, de acordo com o seu art.º 8.º, entraria em vigor com a publicação da portaria prevista no seu art.º 1.º, n.º 6.

7.º

No seguimento destas normas legislativas, veio a portaria 153/96, da mesma data, a estabelecer no seu n.º 1 um horário mais restritivo para as grandes superfícies comerciais contínuas e no n.º 2 a aplicação do mesmo regime aos estabelecimentos situados em centros comerciais referidos no n.º 7 do art.º 1.º do decreto-lei 48/96.

II - A RELAÇÃO ENTRE O DECRETO-LEI 48/96 E A PORTARIA 153/96

8.º

No rigor da letra do art.º 8.º, torna-se confusa a relação entre o decreto-lei 48/96 e a portaria 153/96.

9.º



Esta é aprovada ao abrigo de e visando regulamentar o diploma legislativo, sendo certo que este ainda não estaria em vigor por, conforme o seu art.º 8.º, só alcançar eficácia precisamente com a publicação da portaria em apreço.

10.º

De qualquer modo, considerando muito embora que se trata apenas de uma má técnica legislativa, o certo é que temos um acto legislativo que coloca a sua entrada em vigor na dependência da publicação de certo acto regulamentar.

11.º

Não se trata da verificação de certos condicionalismos que integrem a previsão da norma, como seja a existência de estado de guerra, de sítio ou de emergência.

12.º

Nesta última situação, embora dependa de actos jurídicos, inclusivamente considerados pela doutrina como tendo força afim à da lei, a verificação da existência funciona para efeitos da aplicabilidade das normas legislativas em causa como um simples factio jurídico.

13.º

Integram a previsão da norma mas não são condição da sua entrada em vigor.

14.º

Também não se pode confundir a presente situação com a necessidade de regulamentação que torne exequível certa norma legislativa.

15.º

Exequibilidade e vigência são conceitos muito distintos, sendo viável, perante o acto legislativo em causa, imaginar que a grande maioria das suas normas, a começar pelas que conferem competência ao Ministro da Economia para a emissão dos regulamentos em causa, são de aplicação directa, sem necessidade de qualquer regulamentação. Isto pode-se dizer, desde logo, do seu art.º 1.º, n.º 1.

16.º

Não pode deixar de se considerar violado o normativo contido no art.º 112.º, n.º 6, da Constituição, na medida em que um acto legislativo vê, com força obrigatória geral, paralisados os seus efeitos enquanto não ocorrer a publicação de um acto de outra natureza, no caso regulamentar, factio aliás incerto.

**17.º**

É assim inconstitucional materialmente o art.º 8.º do decreto-lei 48/96.

18.º

Poder-se-á dizer ser esta uma questão bizantina no caso concreto, atendendo à simultaneidade da publicação de um e outro acto, assim se tendo inclusivamente encurtado a vacatio legis.

19.º

Julga-se, no entanto, que a declaração de inconstitucionalidade desta norma poderá ter efeitos pedagógicos em casos futuros.

20.º

Por outro lado, ao estabelecer-se a possibilidade, no art.º 1.º, n.º 6, de derrogação do regime aplicável à generalidade dos estabelecimentos, prevista no n.º 1, está-se de igual modo a permitir uma modificação, com eficácia externa, de uma norma legislativa por uma norma de outra natureza, regulamentar, neste caso modificando a permissão jurídica de abertura ao público em função de uma categoria particular de destinatários da norma do mesmo n.º 1.

21.º

É certo que, na ausência de portaria regulamentadora e, conforme se defendeu, não podendo o diploma legislativo necessariamente ver a sua eficácia incondicionalmente dependente da existência ou não dessa regulamentação, a sua entrada em vigor teria ocorrido verdadeiramente no fim do prazo supletivo de vacatio legis.

22.º

E, assim, caso a portaria, por hipótese válida, não tivesse sido publicada no mesmo dia, nenhuma dúvida tenho que fosse aplicável às grandes superfícies o regime geral do art.º 1.º, n.º 1.

23.º

O art.º 1.º, n.º 6, do decreto-lei 48/96 viola assim frontalmente o preceituado no art.º 112.º, n.º 6, da Constituição, ao permitir a modificação do seu n.º 1.

24.º



A inconstitucionalidade da norma constante do artigo 1.º, n.º 6, do decreto-lei n.º 48/96, não pode deixar de implicar, de forma consequente, a inconstitucionalidade da norma que a 2ª parte do n.º 7 do mesmo artigo encerra, na medida em que estende o regime definido nos termos do n.º 6 às grandes superfícies comerciais contínuas que se situem em centros comerciais.

III - O TRATAMENTO NORMATIVO DA RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA

25.º

A liberdade de iniciativa económica privada é garantida pelo artigo 61.º, n.º 1, da Constituição, "nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral".

26.º

A liberdade de iniciativa económica privada traduz-se no direito em tomar todas as iniciativas que sejam conformes ao ordenamento (a Constituição e a Lei) para produzir bens e serviços (ANTÓNIO SOUSA FRANCO / GUILHERME D'OLIVEIRA MARTINS, A Constituição económica portuguesa - Ensaio interpretativo, Coimbra, 1993, p. 196), e possui um duplo sentido, pois inclui quer a liberdade de iniciar uma actividade económica, quer a liberdade de gestão e actividade da empresa (cfr. J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 327).

27.º

A liberdade de gestão ou de organização da empresa é "o direito de organizar livremente o processo de produção, isto é, de definir objectivos, combinar os factores de produção e dirigir a actuação das pessoas empregues na actividade empresarial. Esta liberdade é inerente à actividade empresarial, pois esta consiste basicamente na combinação trabalho/capital para a obtenção de um produto. Ao empresário compete maximizar a produção, minimizando os custos, de modo a assegurar rentabilidade ao capital investido" (MANUEL AFONSO VAZ, Direito Económico, 2.ª ed., Coimbra, 1990, p. 121).

28.º

A partir desta caracterização sumária do conteúdo da liberdade de iniciativa económica privada, na sua vertente liberdade de gestão, pode seguramente entender-se que a instalação e o modo de organização das grandes superfícies comerciais contínuas, incluindo o horário de funcionamento, se integram no âmbito de protecção daquele direito fundamental.

29.º



Assim, a fixação de limites ao horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas constitui uma restrição à liberdade de iniciativa económica privada, uma vez que interfere na gestão daqueles estabelecimentos comerciais, determinando os períodos em que aqueles poderão estar abertos ao público e, conseqüentemente, os períodos em que terão de se encontrar encerrados.

30.º

A liberdade de iniciativa económica privada integra o Título III da Constituição, referente aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

31.º

Esta localização sistemática no texto constitucional não retira, no entanto, à liberdade de iniciativa económica privada, a sua componente de direito de defesa ou autonomia dos particulares perante o Estado, pelo que lhe é reconhecida, nessa parte, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (cfr., neste sentido, por todos, JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, IV, 2.ª ed., Coimbra, 1993, p. 454).

32.º

A liberdade de iniciativa económica privada gozará, então, nos termos do artigo 17.º da Constituição, e no âmbito referido, do regime dos direitos, liberdades e garantias.

33.º

Nessa medida as restrições normativas de que for alvo têm de respeitar os requisitos definidos pelo artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição: além de previsão expressa no texto constitucional, terão de limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e não poderão diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito fundamental em causa, devendo ainda revestir a forma de lei com carácter geral e abstracto e sem efeito retroactivo.

34.º

Pela leitura do preâmbulo do decreto-lei n.º 48/96, de 15 de Maio, verifica-se que o legislador entendeu necessário alterar o regime jurídico dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, a fim de proporcionar "A correcção de distorções da concorrência, especialmente através da introdução de uma uniformização nacional do regime de funcionamento das grandes superfícies que não desvirtue as potencialidades do mercado nem perpetue as clivagens que se vinham fazendo sentir e que levaram, inclusivamente, à coexistência, no mesmo concelho, de estabelecimentos com períodos de abertura muito diferentes; A promoção de uma política que prossiga a consolidação e o fortalecimento das pequenas e médias empresas, como segmento indispensável à reconquista do mercado nacional, numa estratégia geradora de emprego, integradora da distribuição com as pequenas e médias empresas agrícolas e industriais, e que



permita, num justo equilíbrio de oportunidades, a coexistência de todas as formas empresariais; A preservação dos hábitos de consumo adquiridos e a satisfação das necessidades de abastecimento dos consumidores".

35.º

Mas ainda no preâmbulo, o legislador logo esclarece que, afinal, "com o presente diploma estabelece-se um novo regime do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, com excepção dos respeitantes às grandes superfícies contínuas. Constituindo este diploma um quadro geral de referência, estes últimos serão fixados através de portaria do Ministro da Economia, a qual estabelecerá um horário único relativamente aos domingos e feriados".

36.º

E efectivamente, o artigo 1.º, n.º 6 do diploma, remete para portaria do Ministro da Economia, sem fixação de quaisquer critérios, a regulamentação do horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas.

37.º

Esta solução legal corresponde a uma deslegalização (ou degradação do grau hierárquico) da matéria em causa.

38.º

A deslegalização, com salvaguarda do regime previsto no art.º 112.º, n.º 6, não é, em si mesma, uma prática desconforme à Constituição, mas nem todas as matérias podem ser dela objecto. Como refere JORGE MIRANDA, "têm de ser observados os limites decorrentes das reservas constitucionais de matérias e competências. Onde houver reserva de lei o legislador excederia as suas atribuições se reduzisse matérias aí compreendidas ao nível regulamentar" (Manual de Direito Constitucional, V, Coimbra, 1997, p. 212). Pode falar-se, nestes casos, em "*incompetência negativa do legislador* que se [verifica] quando o legislador reenvia irregularmente a fixação de regras jurídicas cuja competência lhe pertence para outra autoridade" (J.J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 1998, p. 739).

39.º

A inadmissibilidade da deslegalização em matérias sujeitas a reserva de lei material tem também sido afirmada pela jurisdição constitucional, na senda do Parecer da Comissão Constitucional n.º 29/81 (*in* Pareceres da Comissão Constitucional, 17.º Vol., 1983, pp. 60 e ss.) - cfr. acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 458/93 e 641/95, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 25.º Vol., 1993, pp. 164-165, e DR, I Série-A, 26.12.95, p. 8091, respectivamente).

40.º



A matéria das restrições aos direitos, liberdades e garantias está sujeita ao princípio da reserva de lei, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, como já se referiu, pelo que "quaisquer intervenções - tenham conteúdo normativo ou não normativo - de órgãos administrativos ou jurisdicionais só podem dar-se a título secundário, derivado ou executivo, nunca com critérios próprios ou autónomos de decisão" (JORGE MIRANDA, Manual ..., IV, p. 294).

41.º

É idêntico o entendimento do Tribunal Constitucional, que considera "que a própria regulamentação (e não apenas a restrição) dos direitos, liberdades e garantias tem de ser feita por lei, ou então com base na lei, mas sempre em termos de aos regulamentos da Administração não poder caber mais do que o estabelecimento de meros *pormenores de execução*" (Acórdão n.º 174/93, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 24.º Vol., 1993, p. 72).

42.º

O artigo 1.º, n.º 6, do decreto-lei n.º 48/96, ao referir que o horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais será "regulamentado" através de portaria, não está a remeter para um regulamento de execução, que se limitaria a desenvolver ou a completar uma solução pré-fixada pela lei, o que não poria em causa a reserva de lei em matéria de restrições de direitos, liberdades e garantias.

43.º

A norma em causa prevê claramente o tratamento da questão através de regulamento independente (no sentido que lhe é conferido por J. J. GOMES CANOTILHO e pela jurisprudência constitucional, de regulamento para o qual a lei se limita a definir a competência objectiva ou subjectiva para a sua emissão - cfr. Direito Constitucional ..., p. 734, e Acórdão n.º 641/95, *loc. cit.*), que terá de fixar, ele próprio - com ampla liberdade, visto que a lei não previu quaisquer critérios -, o regime do horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais.

44.º

Ainda que se considerasse que a norma contida no artigo 1.º, n.º 6, do decreto-lei n.º 48/96 apenas poderia operar dentro dos limites horários referidos no n.º 1 do mesmo artigo - o que se admite por mera hipótese, já que os demais regimes especiais criados pelos restantes números do artigo em causa ultrapassam ou se afastam desses limites -, nem assim o diploma regulamentar que determine o horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais deixaria de ter carácter inovatório e de estabelecer, ele mesmo, os termos da restrição à liberdade de iniciativa económica privada assim corporizada.

45.º

O que parece determinante é que a lei institui directamente um regime geral para o horário de funcionamento dos estabelecimentos de venda ao público e de prestação de serviços, e alguns regimes especiais para determinados tipos de



estabelecimentos, sendo que, para as grandes superfícies comerciais contínuas, remete para regulamento a possibilidade de definição de um outro regime. Assim, é o regulamento, e não a lei, que vai decidir em que dias e em que horas as grandes superfícies comerciais contínuas podem estar abertas ao público, e nessa medida, ao configurar-se como regulação primária restritiva de direitos, liberdades e garantias, ofende o princípio constitucional da reserva de lei nessa matéria.

46.º

Pode, pois, concluir-se que a norma contida no n.º 1.º da portaria 153/96, ao estabelecer um horário de funcionamento das grandes superfícies comerciais contínuas viola o artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, ao efectuar uma inovação normativa em matéria objecto de reserva (constitucional) de lei.

47.º

Tal vício é também assacável ao n.º 2 da mesma portaria, pelas razões já apontadas no n.º 24 desta petição.

Termos em que se requer a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas contidas:

- a) no artigo 1.º, n.sº 6 e 7, 2.ª parte, do decreto-lei n.º 48/96, de 15 de Maio, por violação do art.º 112.º, n.º 6, da Constituição.**
- b) no artigo 8.º do mesmo diploma, por violação da mesma norma constitucional;**
- c) nos n.ºs 1 e 2 da portaria 153/96, de 15 de Maio, por violação dos artigos 18.º, n.º 2 e 61.º, n.º 1, da Constituição.**

O Provedor de Justiça

(José Menéres Pimentel)