

Il Tribunale costituzionale portoghese sul diritto all'indennità di malattia (Tribunal Constitucional, 3ª Secção, acórdão 27 settembre 2023, n. 578)

Il Tribunale costituzionale giudica incostituzionale l'interpretazione dell'articolo 24, comma 2, lettera a), del decreto-legge n. 28/2004, secondo la quale il diritto all'indennità di malattia cessa quando il beneficiario non ha fornito la giustificazione per l'assenza dalla residenza, senza espressa autorizzazione medica. Sebbene il diritto alla sicurezza sociale debba essere conformato dal legislatore, quest'ultimo non gode di una immunità dal controllo giurisdizionale. In particolare, il Tribunale costituzionale deve valutare se la norma in esame violi la Costituzione a causa di una sanzione sproporzionata o arbitraria, contraria allo Stato di diritto, sancito all'art. 2 della Costituzione. Alla luce dello scrutinio effettuato, il Tribunale giunge alla conclusione che la misura viola il principio di proporzionalità, relativamente al requisito della necessità, che costituisce il secondo livello di analisi del controllo di proporzionalità. Infatti, si possono contemplare misure alternative meno gravose per il diritto in questione, idonee a conseguire il fine di contrastare dinamiche fraudolente volte all'ottenimento dell'indennità ed assicurare la sostenibilità della sicurezza sociale.

Fonte: www.tribunalconstitucional.pt. Il testo riportato non ha carattere ufficiale.

Testo sentenza in lingua originale:

ACÓRDÃO Nº 578/2023

Processo n.º 722/2022

3ª Secção

Relatora: Conselheiro João Carlos Loureiro

(Conselheiro Afonso Patrão)

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal Constitucional:

I. Relatório

1. Nos presentes autos, vindos do Supremo Tribunal Administrativo, em que é recorrente A., e recorrido o Instituto da Segurança Social, I.P., foi interposto o presente recurso, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro (Lei do Tribunal Constitucional – LTC).

2. O ora recorrente propôs uma ação administrativa de impugnação do ato de cessação do subsídio de doença praticado pelo Instituto da Segurança Social, I.P. e, bem assim, de condenação deste no restabelecimento da situação que existiria se o ato não tivesse sido praticado (*i.e.*, no pagamento da quantia de € 174.000, acrescida de juros à taxa legal e a proceder a novo cálculo para efeitos de contagem de desconto no cálculo da pensão de velhice do recorrente).

A impugnação judicial foi julgada, nesta parte, improcedente em primeira instância, pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, por sentença de 11 de julho de 2018, da qual foi interposto recurso para o Tribunal Central Administrativo Norte (TCA Norte). O TCA Norte negou provimento ao recurso, por acórdão de 8 de outubro de 2021. O recorrido interpôs recurso de revista deste acórdão para o Supremo Tribunal Administrativo (STA), que não admitiu a revista, por acórdão de 19 de maio de 2022.

3. É do acórdão do TCA Norte, de 8 de outubro de 2021, que vem interposto o presente recurso de constitucionalidade, tendo por objeto «a norma da alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa».

O recorrente apresentou as suas alegações, nos seguintes termos (cf. fls. 8-TC a 13-TC):

«A) Direito constitucional à Segurança Social Princípio da Dignidade Humana

O n.º 3 do artigo 63º C.R.P. estabelece que “O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”.

Esta norma constitucional consagra o direito de todos à Segurança Social. O legislador constitucional pretendeu assegurar que em situações de vulnerabilidade suscetíveis de comprometer o acesso a rendimentos, os cidadãos não deixassem de ter as condições materiais mínimas compatíveis com uma existência condigna.

O direito à Segurança Social está interligado com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Este direito impõe ao Estado a organização, coordenação e subsidiação do sistema.

Contudo a alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do D.L. n.º 28/2004 de 4 de fevereiro refere que “O direito ao subsídio de doença cessa ainda quando a) O beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa”;

Ora dessa norma resulta que o direito ao subsídio não cessa quando os pressupostos (nestes autos - da doença - incapacidade para o trabalho) deixam de se verificar, na realidade a norma estabelece uma verdadeira penalidade, sanção.

Essa intenção sancionatória está bem presente no preâmbulo do invocado Decreto-Lei, nele consta que “as normas ora criadas visam prevenir e reforçar os mecanismos efetivos de combate à fraude

na obtenção do subsídio de doença, tendo em conta os reflexos significativos de tais práticas na sustentabilidade financeira do sistema público de segurança social.”

Acrescentando que “na realidade, os montantes envolvidos na efetivação da proteção social na doença pelo subsistema previdencial provêm das contribuições sobre os salários ou sobre os rendimentos de trabalho, quer da responsabilidade dos empregadores quer dos próprios trabalhadores, pelo que se impõe um rigor acrescido no acesso à proteção desta eventualidade que garanta sempre os direitos legalmente reconhecidos ao mesmo tempo que previne as práticas abusivas, socialmente censuráveis e que jamais beneficiam os legítimos titulares.”

A norma em apreciação visa penalizar os atos socialmente censuráveis, contudo não pode colocar em causa os direitos legalmente reconhecidos.

Uma das formas de assegurar/concretizar o direito constitucional à Segurança Social foi a atribuição de um subsídio durante o pedido de incapacidade para o trabalho (doença), ou seja, o direito legalmente reconhecido é o direito a receber um subsídio no caso de estar impossibilitado (por doença) do exercício da profissão.

Assim sendo esse direito só deve cessar se não se verificar a sua causa- incapacidade para o trabalho e não como forma de sanção por violar um dever como o previsto no artigo 28º B alínea b) do mesmo diploma.

Nem se diga que essa sanção é adequada dado que a norma possibilita o seu afastamento no caso de se apresentar uma justificação atendível, não só porque se está diante de um conceito indeterminado como esse facto não retira o carácter sancionatório da norma, o carácter restritivo do direito constitucionalmente consagrado.

Saliente-se mais uma vez que a cessação prevista no n.º 1 do artigo 24.º tem natureza distinta das alíneas a) e b) do n.º 2.

Na hipótese do n.º 1 a situação de incapacidade não existe ou não está verificada, nas situações das alíneas a) e b) do n.º 2 a cessação do subsídio constitui uma sanção para o não cumprimento pelo beneficiário do dever de permanecer no seu domicílio, não se relaciona com a existência ou não da incapacidade, sendo esse o motivo pelo qual o recorrente considera que a norma é inconstitucional. Se o direito à Segurança Social é efetivado com a atribuição de subsídio de doença, “...só quando deixam de se verificar os pressupostos do mesmo é que se torna constitucionalmente possível suprimir o respetivo direito e não a título de penalidade.”

Sem prescindir do exposto,

Mesmo que se considere constitucionalmente legítimo a fixação dessa sanção (em abstrato), conforme supra se desenvolverá a mesma não cumpre os requisitos formais.

Vejamos,

B) Restrições no âmbito do artigo 18.º C.R.P.

Ora, apesar de ser possível estabelecer limitações ao direito constitucional, as limitações, restrições têm de obedecer aos pressupostos do artigo 18.º da C.R.P.

Essa norma constitucional apenas consagra a possibilidade de restrição de um direito constitucional para a hipótese de salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, o que claramente não sucede nos presentes autos.

O n.º 2 do artigo 18º da C.R.P. consagra que *“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”*

Não se vislumbra que direito ou interesse constitucionalmente salvaguardado visa a alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do D.L. n.º 28/2004 proteger.

O seu fundamento é sancionar comportamentos socialmente censuráveis e não salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido.

Acresce ainda que não é censurável socialmente estar a receber o subsídio de doença e se ausentar do seu domicílio, o que é censurável é se essa ausência tiver como finalidade o exercício de atividade laboral.

O n.º 3 refere que *“As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retractor nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”*

O que claramente não sucede com a norma em análise.

C) Inconstitucionalidade orgânica

Por fim, saliente-se que essa limitação ao direito constitucional está consagrada num Decreto-Lei aprovado sem a devida autorização por parte da Assembleia da República para legislar sobre essa matéria nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da C.R.P.

O n.º 1 do artigo 165.º da C.R.P. nas suas alíneas b) e c) menciona que *“É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo Direitos, liberdades e garantias e Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal;”*

O Decreto-Lei n.º 28/2004 de 4 de fevereiro assenta na competência do Governo estabelecido no n.º 1 do artigo 198º C.P.R. Esse artigo refere que *“Compete ao Governo, no exercício de funções legislativas: c) Fazer decretos-leis de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em leis que a eles se circunscrevam.”*

O Governo não tinha autorização para legislar sobre direitos e consequentemente também não estava legitimado para legislar sobras restrições a esses direitos.

Acresce ainda que a norma em análise é uma norma sancionatória, sendo da competência exclusiva na Assembleia da República, salvo autorização do Governo, que também não se verifica nos presentes autos.

O Provedor de Justiça Sr. Dr. JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, no âmbito do antigo regime que também estabelecia que *“o direito ao subsídio de doença cessa igualmente nos casos de ausência do domicílio sem justificação ou, tendo esta sido apresentada, quando não tenha sido considerada atendível”* considerava que a C.R.P. consagrava do direito à segurança social, e como tal *“só quando*

deixam de se verificar os pressupostos do subsídio de doença é que se torna constitucionalmente possível suprimir o respetivo direito e não, portanto, a título de penalidade.”

Por tudo o exposto deve a norma ser considerada inconstitucional face ao artigo 63.º conjugado com o artigo 18.º ambos da C.R.P. ou se assim não se entender face ao artigo 165.º nas alíneas b) e c) também da C.R.P.

CONCLUSÕES

1. O n.º 3 do artigo 63.º da C.R.P. estabelece que *“O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”*.
2. Esta norma constitucional consagra o direito de todos à Segurança social. O legislador constitucional pretendeu assegurar que em situações de vulnerabilidade suscetíveis de comprometer o acesso a rendimentos, os cidadãos não deixassem de ter as condições materiais mínimas compatíveis com uma existência condigna.
3. Contudo a alínea a) do n.º 2 do artigo 24º do Decreto-Lei n.º 28/2004 de 4 de fevereiro refere que *“O direito ao subsídio de doença cessa ainda quando a) O beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa;*
4. Da norma resulta que o direito ao subsídio não cessa quando os pressupostos (nestes autos - da doença - incapacidade para o trabalho) deixam de se verificar, mas cessam quando é violado o dever de permanência da residência, a perda do direito ao subsídio é uma sanção por essa violação.
5. Essa intenção sancionatória está bem presente no preâmbulo do invocado Decreto-Lei, nele consta que *“na realidade, os montantes envolvidos na efetivação da proteção social na doença pelo subsistema previdencial provêm das contribuições sobre os salários ou sobre os rendimentos de trabalho, quer da responsabilidade dos empregadores quer dos próprios trabalhadores, pelo que se impõe um rigor acrescido no acesso à proteção desta eventualidade que garanta sempre os direitos legalmente reconhecidos ao mesmo tempo que previne as práticas abusivas, socialmente censuráveis e que jamais beneficiam os legítimos titulares.”*
6. A norma em apreciação visa penalizar os atos socialmente censuráveis, contudo não pode colocar em causa os direitos legalmente reconhecidos.
7. Uma das formas de assegurar/concretizar o direito constitucional à Segurança Social foi a atribuição de um subsídio durante o pedido de incapacidade para o trabalho (doença), ou seja, o direito legalmente reconhecido é o direito a receber um subsídio no caso de estar impossibilitado (por doença) do exercício da profissão.
8. Assim sendo esse direito só deve cessar se não se verificar a sua causa- incapacidade para o trabalho e não como forma de sanção por violar um dever como o previsto no artigo 28.º alínea b) do mesmo diploma.
9. Nem se diga que a norma não é inconstitucional dado que possibilita a apresentação de uma justificação atendível, não só porque se está diante de um conceito indeterminado como esse facto não retira o carácter sancionatório, restritivo do direito constitucionalmente consagrado.

10. Saliente-se que a cessação prevista no n.º 1 do artigo 24.º tem natureza distinta das alíneas a) e b) do n.º 2.
11. Na hipótese do n.º 1 a situação de incapacidade não existe ou não está verificada, nas situações das alíneas a) e b) do n.º 2 a cessação do subsídio constitui uma sanção para o não cumprimento pelo beneficiário do dever de permanecer no seu domicílio, não se relaciona com a existência ou não da incapacidade, sendo esse o motivo pelo qual o recorrente considera que a norma é inconstitucional.
12. Se o direito à Segurança Social é efetivado com a atribuição de subsídio de doença, “só quando deixam de se verificar os pressupostos do mesmo é que se torna constitucionalmente possível suprimir o respetivo direito e não a título de penalidade”.
13. Sem prescindir do exposto e apesar de ser possível estabelecer limitações ao direito constitucional, as limitações, restrições têm de obedecer aos pressupostos do artigo 18.º da C.R.P.
14. Essa norma constitucional apenas consagra a possibilidade de restrição de um direito constitucional para a hipótese de salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, o que claramente não sucede nos presentes autos.
15. Não se vislumbra que direito ou interesse constitucionalmente protegido visa a alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/2004 proteger.
16. O seu fundamento é sancionar comportamentos socialmente censuráveis e não salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido.
17. Acresce ainda, que, não é censurável socialmente alguém se ausentar do seu domicílio estando a receber o subsídio de doença, o que é condenável é se essa ausência tiver como finalidade o exercício de atividade laboral.
18. Por fim saliente-se que essa limitação ao direito constitucional está consagrada num Decreto-Lei aprovado sem a devida autorização por parte da Assembleia da República para legislar sobre essa matéria nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da C.R.P.
19. O n.º 1 do artigo 165.º da C.R.P. nas suas alíneas b) e c) menciona que *“É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo Direitos, liberdades e garantias e Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal;”*
20. O Decreto-Lei n.º 28/2004 de 4 de fevereiro assenta na competência do Governo estabelecido no n.º 1 do artigo 198.º da C.P.R.
21. Por outro lado, e conforme supra referido, o Governo não tinha autorização para legislar sobre direitos e conseqüentemente também não estava legitimado para legislar sobras restrições a esses direitos.
22. Acresce ainda que, a norma em análise é uma norma sancionatória, sendo da competência exclusiva na Assembleia da República, salvo autorização do Governo, que também não se verifica nos presentes autos
23. O Provedor de Justiça Sr. Dr. JOSÉ MENÉRES PIMENTEL, no âmbito do antigo regime que também estabelecia que “o direito ao subsídio de doença cessa igualmente nos casos de ausência do domicílio sem justificação ou, tendo esta sido apresentada, quando não tenha sido considerada

atendível.” considerava que a C.R.P. consagrava o direito à Segurança Social, e como tal “*só quando deixam de se verificar os pressupostos do subsídio de doença é que se torna constitucionalmente possível suprimir o respetivo direito e não, portanto, a título de penalidade.*”

24. Por tudo o exposto deve a norma ser considerada inconstitucional face ao artigo 63.º conjugado com o artigo 18.º, ambos da C.R.P. ou se assim não se entender face ao artigo 165.º nas alíneas b) e c) também da C.R.P.».

4. Apesar de notificado para o efeito, o recorrido não contra-alegou.

Cumprе apreciar e decidir.

II. FUNDAMENTAÇÃO

5. O presente recurso tem por objeto a norma extraída da «*alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa*». Trata-se de regra inserida na Secção I do Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, que *estabelece o novo regime jurídico de proteção social na eventualidade doença, no âmbito do subsistema previdencial de segurança social, que respeita à duração, acumulação e coordenação das prestações.*

Na parte que releva, o teor do preceito legal de que foi extraída a norma em crise é o seguinte:

«Artigo 24.º

Cessação

1 – (...)

2 – O direito ao subsídio de doença cessa ainda quando:

a) O beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa;

b) (...)

c) (...)

d) (...)

3 – (...).».

A norma sob fiscalização comina com a *cessação* do subsídio de doença a violação do dever dos beneficiários abrangidos pelo regime da proteção na doença consagrado na alínea b) do n.º 1 artigo 28.º do mesmo Decreto-Lei («*Não se ausentar do seu domicílio durante o período de incapacidade fixado, salvo em caso de tratamento ou em caso de autorização médica expressa no documento de certificação de incapacidade temporária para o trabalho nos períodos entre as 11 e as 15 e entre as 18 e as 21 horas*»), subordinando aquele efeito jurídico, no entanto, à *inexistência de justificação atendível da ausência da residência* ou de *autorização médica expressa*.

A regra insere-se no sistema de fiscalização da concessão do subsídio de doença, pois «*esta mesma consequência penalizadora ocorre nos casos de falta do beneficiário aos exames médicos ou de sobreposição ilícita de subsídio e de exercício de atividade profissional*» (ILÍDIO DAS NEVES, *Direito*

da *Segurança Social*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 710). Deste modo, o preâmbulo do ato legislativo atribui à regra fiscalizada o propósito de combater as práticas abusivas na utilização de prestações sociais, tendo em vista a sustentabilidade financeira do sistema público de segurança social:

«Num outro plano, as normas ora criadas visam prevenir e reforçar os mecanismos efetivos de combate à fraude na obtenção do subsídio de doença, tendo em conta os reflexos significativos de tais práticas na sustentabilidade financeira do sistema público de segurança social.

Na realidade, os montantes envolvidos na efetivação da proteção social na doença pelo subsistema previdencial provêm das contribuições sobre os salários ou sobre os rendimentos de trabalho, quer da responsabilidade dos empregadores quer dos próprios trabalhadores, pelo que se impõe um rigor acrescido no acesso à proteção desta eventualidade que garanta sempre os direitos legalmente reconhecidos ao mesmo tempo que previne as práticas abusivas, socialmente censuráveis e que jamais beneficiam os legítimos titulares.»

Ora, tendo o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de janeiro, sido aprovado em «*desenvolvimento da Lei n.º 32/2002, de 20 de Dezembro*», que aprovou as bases da segurança social, deve sublinhar-se que a alínea f) do seu artigo 4.º previa que «*o sistema de segurança social visa promover a eficácia social dos regimes prestacionais e a qualidade da sua gestão, bem como a eficiência e sustentabilidade financeira do sistema*» e que o artigo 24.º determinava que «*[c]ompete ao Estado garantir a boa administração do sistema público de segurança social e do sistema de ação social, bem como assegurar uma adequada e eficaz regulação, supervisão prudencial e fiscalização do sistema complementar*», consagrando-se no n.º 2 do artigo 72.º um dever de cooperação dos beneficiários com as instituições de segurança social.

6. Segundo a argumentação do recorrente, a norma fiscalizada – que estabelece que o *direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa* – padece de inconstitucionalidade material, com fundamento na violação do «*artigo 63.º [n.º 3] conjugado com o artigo 18.º, ambos da C.R.P.*». De acordo com a sua alegação, «*[s]e o direito à Segurança Social é efetivado com a atribuição de subsídio de doença, “...só quando deixam de se verificar os pressupostos do mesmo é que se torna constitucionalmente possível suprimir o respetivo direito e não a título de penalidade.”*» (conclusão 11); o que implicaria que o direito a receber um subsídio no caso de estar impossibilitado (por doença) do exercício da profissão «*só deve cessar se não se verificar a sua causa-incapacidade para o trabalho e não como forma de sanção por violar um dever como o previsto no artigo 28.º B alínea b) do mesmo diploma*» (conclusão 8). Por outro lado, afirma o recorrente que «*apesar de ser possível estabelecer limitações ao direito constitucional, as limitações, restrições têm de obedecer aos pressupostos do artigo 18.º da C.R.P.*» (conclusão 13) e que «*[n]ão se vislumbra que direito ou interesse constitucionalmente salvaguardado visa a alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do D.L. n.º 28/2004 proteger*» (conclusão 15), sendo «*[o] seu fundamento [...] sancionar comportamentos socialmente censuráveis e não salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido*» (conclusão 16), em violação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição.

Em segundo lugar, invoca o recorrente a violação da reserva de lei da Assembleia da República, estatuída nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

7. Começando por esta questão, suscita, pois, a inconstitucionalidade orgânica da norma recorrida – que estabelece que o *direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa* –, com fundamento na violação do «artigo 165.º nas alíneas b) e c) também da C.R.P.». Alega, especificamente, que, estando em causa uma restrição ao direito à segurança social, «essa limitação ao direito constitucional está consagrada num Decreto-Lei aprovado sem a devida autorização por parte da Assembleia da República para legislar sobre essa matéria nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 165.º da C.R.P.».

Importa saber se a norma recorrida trata de matéria enquadrável na previsão do artigo 165.º, n.º 1, alíneas b) e c) da Constituição e se, nessa medida, invade a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República.

Nas disposições fundamentais invocadas, determina-se o seguinte, sob a epígrafe «Reserva relativa de competência legislativa»:

«1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:

[...]

b) Direitos, liberdades e garantias;

c) Definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal».

7.1. Quanto ao primeiro preceito constitucional invocado, esclarecem Gomes Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 327):

«A alínea b) [...] inclui seguramente a regulamentação de todos os direitos enunciados no Título II da Parte I da Constituição e os direitos constantes das normas de direitos fundamentais inseridos no Título I (arts. 20º, 21º, 22º e 23º). No que respeita aos direitos de natureza análoga fora do Título II é questionável que beneficiem do regime orgânico deste artigo [...]».

Sobre o alcance deste preceito constitucional, referiu-se ainda o seguinte no Acórdão n.º 424/2020:

«A reserva de competência legislativa da AR nesta matéria vale não apenas para as restrições (art. 18.º), mas também para toda a intervenção legislativa no âmbito dos direitos, liberdades e garantias” [...].

Trata-se de um entendimento pacificamente consolidado na jurisprudência constitucional, entendendo-se que (tomando de empréstimo as palavras do Acórdão n.º 362/2011):

“[T]odo o regime dos direitos, liberdades e garantias está englobado na reserva relativa de competência da Assembleia da República (art. 165.º, n.º 1, al. b), da CRP). Nestes termos, todas as normas disciplinadoras de um qualquer direito desta natureza carecem de uma autorização prévia da Assembleia da República. Esta exigência ganha particular relevância quando estão em causa compressões ou condicionamentos a um direito.”».

A dimensão do direito à segurança social em causa – o direito a prestações em caso de doença – não beneficia do regime especialmente garantido dos direitos, liberdade e garantias, por não revestir natureza análoga àqueles (sobre este ponto, para mais desenvolvimentos, cf. *infra*, 8).

Aqui se inclui, naturalmente, o regime de reserva relativa de competência da Assembleia da República, sobretudo com o alcance consensualmente reconhecido aos direitos, liberdades e garantias do Título II, quanto a todas as normas disciplinadoras de um qualquer direito desta natureza.

Aliás, admitir o contrário, como propõe o recorrente, não seria sequer coerente em face da disposição da alínea *f*) do mesmo n.º 1 do artigo 165.º da Constituição, que reserva à Assembleia da República, salvo autorização ao Governo, legislar sobre as «*Bases do sistema de segurança social e do serviço nacional de saúde*»: não há uma reserva de lei total da matéria, limitando-se às bases, consagrando as grandes opções a que deve obedecer o sistema de segurança social (Acórdão n.º 289/2015).

Neste quadro, importa recordar que o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, foi aprovado no «*desenvolvimento da Lei n.º 32/2002, de 20 de dezembro*», relativa às bases da segurança social. Foi, justamente, na Lei n.º 32/2002, de 20 de dezembro – entretanto revogada pela Lei n.º 4/2007, de 7 de fevereiro – que o legislador parlamentar estabeleceu: os *princípios gerais* do sistema de segurança social (artigos 6.º a 23.º); o *âmbito pessoal* (artigo 28.º) e o *âmbito material* (artigo 29.º) do sistema previdencial, aqui se especificando a proteção social na doença; as *condições de acesso* ao sistema (artigo 33.º) e condições de *atribuição e determinação* das prestações (artigos 33.º a 35.º). A Lei n.º 32/2002, de 20 de dezembro, acolhia ainda, com especial relevo nos autos, no seu artigo 72.º, n.º 2, como se referiu, um dever de cooperação dos beneficiários com as instituições de segurança social.

Como bem se vê, a norma fiscalizada, extraída da «*alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa*», cabe na competência legislativa do Governo no desenvolvimento do comando previsto no artigo 72.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2002, de 20 de dezembro (reiterado no artigo 71.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro), ao fixar que os beneficiários não só devem ser verdadeiros nas suas declarações e requerimentos, como ficam obrigados à fiscalização das condições que dão lugar à atribuição e manutenção dos direitos previdenciais.

Razão pela qual se impõe a conclusão de que não foi violada a reserva de competência da Assembleia da República estatuída na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

7.2. No que respeita à alegada transgressão da previsão do artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*), da Constituição, que remete para a reserva relativa de competência da Assembleia da República a «*[d]efinição dos crimes, penas, medidas de segurança e respetivos pressupostos, bem como processo criminal*», é inequívoco não ocorrer a violação da reserva. Como esclarecem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*op. cit.*, p. 328), as matérias a que respeita a reserva relativa legislativa da Assembleia conferida pela alínea *c*) respeitam ao direito penal e processual penal, designadamente às matérias reguladas nos artigos 27.º a 32.º da Constituição. De fora, sujeitos apenas a uma reserva de *regime geral*, fica o direito disciplinar e o de mera ordenação social (cf. alínea *d*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição).

No caso dos autos, a norma recorrida, embora prevendo uma sanção, não configura a definição de um crime, pena ou medida de segurança, ou sequer de uma contraordenação (*i.e.*, de um facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima). Trata-se, outrossim,

da modelação, pelo legislador ordinário, do *direito a uma prestação de proteção na doença*, em concretização do direito à segurança social, dispondo, no caso, sobre uma obrigação a que estão sujeitos os beneficiários e a que se associa, em caso de incumprimento (ausência não justificada), a cessação do subsídio.

Assim sendo, conclui-se pela não violação da reserva de competência da Assembleia da República prevista na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição.

8. Analisemos agora a questão substantiva suscitada. O artigo 63.º da Constituição consagra, a abrir o capítulo dos «Direitos Sociais» o *direito à segurança social*, aí se prevendo:

«Artigo 63.º

Segurança social e solidariedade

1. Todos têm direito à segurança social.

2. Incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários.

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

[...]».

A Constituição portuguesa não apenas consagra expressamente o direito à segurança social, como afirma o seu modo de realização. Ora, como se sublinhou no Acórdão n.º 862/2013, uma análise do *direito fundamental à segurança social*, não pode deixar de partir da dupla dimensão que este direito encerra – uma *dimensão objetiva*, enquanto sistema e incumbência do Estado, e uma *dimensão subjetiva*, enquanto direito a prestações sociais –, que se interligam:

«A segurança social, tal como a Constituição a prevê, reveste a finalidade específica de um sistema e objeto de um direito; num outro sentido, pode ser encarada, numa vertente objetiva, como incumbência do Estado, e numa vertente subjetiva, como um complexo de direitos e deveres das pessoas (cf. António da Silva Leal, “O Direito à Segurança Social”, in AA.VV. *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., coord. de Jorge Miranda, pág. 339; Jorge Miranda, “Breve Nota sobre a Segurança Social”, in AA.VV. *Estudos em Memória do Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 228).

A primeira – incumbência do Estado –, consiste na organização do sistema de segurança social (n.º 2 do artigo 63.º), de natureza pública e obrigatória, o qual deve ser *universal*, ou seja, abranger todos os cidadãos, independentemente da sua situação profissional, afastando assim o acolhimento de concepções exclusivamente laborísticas; ser *geral ou integral*, no sentido de incluir todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade de trabalho; e *unificado, descentralizado e participado*. (v., sobre as várias concepções, universalista, assistencialista e laborista, Ilídio das Neves, *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, 1996, págs. 233 e ss).

A configuração constitucional da segurança social perspectiva-a ainda como um *direito social*, de natureza positiva, que tem como corresponsáveis verdadeiras obrigações de *facere* por parte do Estado.

Conforme mais desenvolvidamente se explicitou no Acórdão n.º 187/2013, de 5 de abril, o sistema Português recortou autonomamente um “*direito à segurança social*”.

Como decorre do n.º 3 do artigo 63.º, o conteúdo desse direito pode reconduzir-se, numa perspetiva que não abrange prestações personalizadas e em espécie, ao “*direito que os indivíduos e as famílias têm à segurança económica*”. Direito este que se concretiza fundamentalmente em prestações pecuniárias destinadas a garantir as necessidades de subsistência derivadas de várias situações, como a interrupção, redução ou cessação de rendimentos do trabalho, com o objetivo de garantir, de “*modo tanto quanto possível aproximado, rendimentos de substituição dos rendimentos de trabalho perdidos*” (cf. António da Silva Leal, ob. cit., pág. 344, Ilídio das Neves, ob. cit., pág. 230).

O direito à segurança social constitui uma realidade heterogénea, que inclui no seu âmbito, direitos, poderes e faculdades muito diversos e com força jurídica distinta. Quer dizer: o direito à segurança social, no sentido de “*direito como um todo*”, abrange várias faculdades concretas, designadamente, a proteção através de prestações *pecuniárias* nas situações de reforma, aposentação, invalidez e sobrevivência, mas também prestações em *espécie*, através, por exemplo, da prestação de cuidados (cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais*, Coimbra Editora, 2010, pág. 34).»

A dimensão jusfundamental que o recorrente convoca – o direito a receber um subsídio em caso de doença – não tem, como se referiu, natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, não podendo ser diretamente aplicada (cf., especialmente, os Acórdãos n.ºs 187/2013, 862/2013 e 255/2020). Com efeito, a «*Constituição não fixa, com caráter de regra suscetível de aplicação direta e imediata, o sistema de pensões e demais prestações do sistema de segurança social, assim como os critérios da sua concessão e valor pecuniário. Caberá assim ao legislador ordinário, em função das disponibilidades financeiras e das margens de avaliação e opções políticas decorrentes do princípio democrático, modelar especificamente esses elementos de conteúdo das pensões*» (Acórdão n.º 862/2013): não sendo o conteúdo do direito ao subsídio em virtude de doença suficientemente determinado ao nível constitucional – pelo menos nas dimensões em que se não verifique uma natureza *análoga* a direitos liberdades e garantias, como sucede em certas vertentes do direito à proteção social (cf. Acórdãos n.ºs 411/99 e n.º 432/2007) – a sua realização depende do legislador ordinário, a quem cabe concretizar o seu conteúdo, definindo a sua *medida* (MANUEL AFONSO VAZ, “O enquadramento jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais”, *Juris et de Jure – Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Porto*, 1998, p. 445).

Assim, a Constituição determina ao legislador que desenvolva proteção face aos *riscos sociais* – quer aqueles que são expressamente incluídos no seu âmbito (doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade e desemprego), quer aqueles que possam ser enquadráveis nas «*situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*» a que se refere o n.º 3 do artigo 63.º da Constituição.

Ora, o legislador goza, quanto ao conteúdo dos *direitos positivos* que integram o direito à segurança social, de significativa liberdade de conformação (cf., entre outros, os Acórdãos n.ºs 509/2002, 189/2009, 3/2010, 423/2016, 187/2013, 862/2013, 575/2014 e 255/2020). Não havendo uma *forma única* de realizar o imperativo constitucional, o legislador dispõe de margem conformadora quanto ao conteúdo do direito à segurança social. Disse-se no Acórdão n.º 3/2010:

«Deve, contudo, deixar-se claro que o direito à segurança social, previsto no artigo 63.º, n.º 1, da Constituição, “como um todo”, é um direito de natureza essencialmente económica e social, sendo portanto passível de uma maior margem de livre conformação, por parte do legislador, do que a generalidade dos direitos, liberdades e garantias, uma vez que a sua aplicabilidade direta (não estando excluída), é necessariamente mais limitada como se infere do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição. Não há dúvida de que “os direitos sociais contêm também – ou podem conter – um conteúdo mínimo, nuclear ou, porventura essencial diretamente aplicável” (Rui Medeiros, *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, org. Jorge Miranda/Rui Medeiros, Tomo I, Coimbra Editora, pág. 634). Mas é certo, também, que esse conteúdo mínimo ou nuclear diretamente aplicável tem um âmbito relativamente mais restrito do que nos direitos, liberdades e garantias e que, portanto, o legislador sempre manterá, em matéria de direitos económicos e sociais, uma mais ampla margem de livre conformação.

[...] Sendo o direito à segurança social um direito de carácter essencialmente económico e social, a sua realização depende, sobretudo, de prestações positivas de terceiros, isto é, dos atuais contribuintes para o sistema de segurança social e, em última análise, do Estado. Isso explica que, por regra, o seu conteúdo não se possa definir de forma independente da legislação. É ao legislador que incumbe fazer as necessárias ponderações que garantam a sustentabilidade do sistema e a justiça na afetação de recursos.».

9. Simplesmente, tal não implica que a conformação deste direito pelo legislador seja um espaço imune ao controlo jurisdicional. Não só porque os preceitos constitucionais em causa gozam de força peremptiva, mas também porque, ao erigir as prestações de apoio na doença, o legislador fica sujeito à observância dos princípios constitucionais estruturantes da segurança social.

Neste contexto, assume particular relevância, no caso e em termos que densificaremos, o *princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo*. Como se sublinhou no Acórdão n.º 88/2004, este não se limita aos direitos, liberdades e garantias:

«O princípio da proporcionalidade opera como limitação ao exercício do poder público, funcionando, em sede de direitos, liberdades e garantias, como um limite às restrições admissíveis. Nesta matéria, a exigência de proporcionalidade está expressamente mencionada no n.º 2 do artigo 18º da Constituição, mas, em termos genéricos, como limitação geral ao exercício do poder público, pode considerar-se que tal resulta ineludivelmente do próprio princípio do Estado de Direito, consagrado no artigo 2º da mesma Constituição».

O Tribunal Constitucional vem concluindo que a conformação deste direito, na margem de liberdade do legislador, não pode fazer perigar o *direito a um mínimo de subsistência*, seja ele desvelado do próprio direito à segurança social (como se disse no Acórdão n.º 349/91) ou convocando a intervenção do princípio da dignidade da pessoa humana (Acórdãos n.ºs 318/99 e 177/2002).

10. Do exposto decorre, desde logo, não ter razão o recorrente quando afirma que o *direito a receber um subsídio no caso de estar impossibilitado (por doença) do exercício da profissão*, sendo uma *concretização do direito constitucional à segurança social*, só poderia cessar caso não se verificasse a sua *causa* – isto é, a incapacidade para o trabalho. Na verdade, a afirmação constitucional do direito à proteção social na doença não gera um *direito a uma determinada prestação*; esta só adquire conteúdo

preciso através da legislação ordinária e é normal que lhe andem associados deveres e que a inobservância destes tenha consequências.

Deste modo, o problema de constitucionalidade posto a este Tribunal é o de saber se a norma fiscalizada – que tem como efeito a cessação do pagamento do subsídio de doença quando o seu titular tenha violado o dever de não se ausentar do domicílio e não tenha apresentado justificação atendível – pode ter-se por violadora da Constituição da República Portuguesa, *maxime* por estabelecer uma cominação *desproporcionada* ou *arbitrária*, em termos atentatórios do princípio do Estado de Direito, insito no artigo 2.º da Constituição.

11. Para responder à questão, procederemos em duas etapas: por um lado, avalia-se a (i) legitimidade constitucional da finalidade prosseguida pela medida restritiva; por outro, convocam-se as dimensões do princípio da proibição do excesso, privilegiando, no caso, o teste da exigibilidade ou necessidade.

11.1. Assim, em primeiro lugar, perante uma medida restritiva, importa verificar se a finalidade que prossegue é constitucionalmente legítima, limitando-se «a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa; na jurisprudência do Tribunal, cf., por exemplo, o Acórdão n.º 468/2022, que, neste ponto, convoca o Acórdão n.º 349/2018). Ora, a medida sob fiscalização encontra respaldo constitucional quanto à sua finalidade: como se viu, visa garantir a eficiência e a sustentabilidade financeira do sistema social, tendendo à prevenção e ao combate a práticas abusivas e fraudulentas. Objetivos que decorrem do n.º 2 do artigo 63.º da Constituição (que comete ao Estado a missão de *organizar, coordenar e subsidiar* um sistema de segurança social) e da alínea *f*) do artigo 4.º e do artigo 24.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 32/2002, de 20 de dezembro), que o Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, visa desenvolver e que fixa como finalidades do sistema a sua própria *eficiência e sustentabilidade financeira*, cabendo ao Estado *garantir a boa administração do sistema público de segurança social*.

Tanto basta para concluir pela improcedência do argumento segundo o qual não se vislumbra «*que direito ou interesse constitucionalmente salvaguardado visa a alínea a) do n.º 2 do artigo 24.º do D.L.n.º 28/2004 proteger*» e que o seu fundamento seria apenas o de «*sancionar comportamentos socialmente censuráveis e não salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido*».

11.2. Contudo, a cominação legalmente prevista afigura-se excessiva ou desrazoável, em termos atentatórios do princípio do Estado de Direito. Com efeito, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição do excesso, para além de exigir a legitimidade constitucional do fim prosseguido pela restrição, desdobra-se, tradicionalmente, como tem sido reiteradamente afirmado na jurisprudência deste Tribunal (*vd.* o Acórdão n.º 318/2021, por exemplo), em três *testes* ou *subprincípios*: a adequação ou idoneidade (i), a necessidade ou exigibilidade (ii) e a proporcionalidade em sentido estrito (iii).

O princípio da *idoneidade* ou da *adequação* significa que as medidas legislativas devem ser aptas a realizar o fim prosseguido, ou, mais rigorosamente, devem, de forma sensível, contribuir para o alcançar, sem com isto se avaliar substancialmente a bondade intrínseca ou a oportunidade do meio: uma medida é idónea quando é útil para a consecução de um fim, quando permite a aproximação do resultado pretendido, quaisquer que sejam a medida e o fim e independentemente

dos méritos correspondentes. Ora, neste caso, é patente que, sendo a finalidade última «o combate à fraude na obtenção do subsídio de doença, tendo em conta os reflexos significativos de tais práticas na sustentabilidade financeira do sistema público de segurança social», a cessação do direito ao subsídio de doença quando o beneficiário não tenha apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa (cf. alínea *a*) do n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro) é uma medida idónea à consecução do fim que o legislador se propôs alcançar.

Quanto a saber se para atingir esse objetivo, o meio efetivamente escolhido é o *necessário* ou *exigível*, por não existirem outros meios tão idóneos ou eficazes que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas, já se afigura que a medida legalmente prevista não sobrevive ao teste. Com efeito, não se discutindo a necessidade de uma sanção em caso de incumprimento, o mesmo não se pode dizer quanto à cominação prevista e que assenta no facto de, não se considerando justificada a ausência, se determinar a cessação total do subsídio de doença, logo na primeira situação de inobservância. Neste ponto, são dois os requisitos que devem ser considerados: por um lado, mostrar a existência de medidas alternativas menos onerosas ou ingerentes («alternativas mais amigas dos direitos fundamentais» – *grundrechtsfreundlicheren Alternativen*); por outro, que elas não soçobram quando analisadas na ótica da eficácia para a realização da finalidade prosseguida.

São pensáveis outras medidas, como a perda parcial do montante do subsídio ou a convocação para uma avaliação médica extraordinária, todas menos onerosas do ponto de vista jusfundamental. Aliás, as limitações epistémicas da jurisdição constitucional no que toca à formulação de juízos de prognose são significativamente menos relevantes nesta matéria do que em áreas marcadas por uma hipercomplexidade e forte incerteza. Havendo naturalmente uma irrenunciável margem de escolha político-legislativa, contudo, em geral, só uma falta particularmente grave pode levar à recusa ou à cessação das prestações [cf. na doutrina, no plano da atribuição das prestações, mas com aplicação também neste campo, Anne-Sylvie Dupont, “Art. 21.º”, in Idem/Margit Moser-Szeless (ed.), *Commentaire Romand: Loi sur la partie générale des assurances sociales: Commentaire*, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2018, p. 306]. Poder-se-á ser tentado a objetar que não se garante estarmos perante «alternativas equivalentes» (*gleichwertige Alternativen*), o que aponta para juízos de prognose. Na doutrina, encontramos expressões como «meio igualmente efetivo» (*gleich effektiven Mittels*), «igualmente eficaz» (*gleich wirksam Mittel*) ou com «igual aptidão» (*gleiche Eignung*). Importa precisar que equivalência no que toca às alternativas não significa nem pode significar a mesma e exata medida, o que levantaria especiais problemas e, no limite, conduziria a um esvaziamento do princípio. Não está em causa um mesmo grau de eficácia, mas um grau equivalente, como se comprova lendo, por exemplo, uma conhecida decisão relativa aos coelhos de Páscoa do Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 53, 135). No caso, em vez da proibição de coelhos de Páscoa cobertos de chocolate, mas feitos de arroz, o Tribunal admitiu, como medida menos onerosa, a sua comercialização com um rótulo que avisasse o consumidor, mas que, na prática, não seria lido por todos – cf., na doutrina, T. Steiner/ A. Lang/ M. Kremnitzer, “Comparative and empirical insights into judicial practice: towards an integrative model of proportionality”, in M. Kremnitzer/ T. Steiner/ A. Lang (Eds.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge, Cambridge University

Press, 2020, pp. 581-582, n. 84). O controlo de efetividade exige que as referidas medidas alternativas não só sejam orientadas para a(s) finalidade(s) prosseguida(s), mas sejam equivalentes do ponto de vista da realização dos fins [BVerfGE 105, 17 (36)].

Equivalência não significa que a medida tenha exatamente o mesmo nível de eficácia (Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle: eine rechtsempirische Studie verfassungsrechtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, pp. 150-153). São vários os modos de avaliar a efetividade das medidas, discutindo-se na doutrina, por exemplo, a coerência (nomeadamente, histórica – cf., por todos, Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, p. 171). Este argumento não está despedido de controvérsia, não sendo necessário reconstituir aqui o percurso desde o Regulamento Geral das Caixas Sindicais de Previdência (aprovado pelo Decreto n.º 45266, de 23 de setembro, onde relevava o artigo 179.º) até ao atual quadro normativo. Sempre se notará, contudo, que o Decreto-Lei n.º 132/88, de 20 de abril, revogado pelo diploma de 2004, já estabelecia este regime (cf. artigo 22.º, n.º 2: «O direito ao subsídio de doença cessa igualmente nos casos de ausência do domicílio sem justificação ou, tendo esta sido apresentada, quando não tenha sido considerada atendível»).

No que ora nos importa, uma das formas de aferir a verificação destes requisitos passa por mobilizar o argumento da comparação [Peter Häberle fala de um «quinto elemento da interpretação» – cf. «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode», *Juristenzeitung* (1989), pp. 913-919, p. 916]. Esta ponte entre a eficácia no âmbito da exigibilidade e o quadro juscomparatístico é expressamente sublinhada pela doutrina (cf., por exemplo, Niels Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, *op. cit.*, p. 172; Idem, *Proportionality and judicial activism: fundamental rights adjudication in Canada, Germany and South Africa*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 129, remetendo para jurisprudência alemã e canadiana).

A comparação quanto à ingerência não deve esquecer que, apesar de não estarmos perante uma norma penal ou de ilícito de mera ordenação, ainda assim temos uma norma sancionatória. Na verdade, na análise do quadro jurídico aplicável o debate não se centra na norma de conduta – o dever do beneficiário de não se ausentar do domicílio, sem que haja justificação atendível –, mas na sanção prevista – a cessação do direito ao subsídio de doença. Na avaliação de proporcionalidade, temos, pois, um regime de tudo ou nada, pois se prevê apenas uma sanção: a cessação total da prestação, não se procedendo à sua graduação. Esta norma afigura-se, desnecessária, contrastando, neste ponto, com o que dispunha o artigo 3.º, n.º 2, do Decreto Regulamentar n.º 45/82, de 29 de julho, ao estabelecer a «graduação da sanção depende[ndo] da gravidade dos factos apurados e demais circunstâncias atendíveis, designadamente a reincidência do infrator». Há manifestamente outras medidas alternativas, que permitem prosseguir o legítimo escopo de assegurar a sustentabilidade da segurança social. Um rápido percurso pelo direito comparado ilustra à sociedade a posição aqui sustentada. Inclusivamente, em Itália, a *Corte Costituzionale*, na década de oitenta do século passado, face a uma norma que sancionava a ausência não justificada com uma redução do subsídio de doença para 50% entendeu que tal consequência, logo na sequência de uma primeira visita, era inconstitucional (cf. *Sentenza n. 78 del*

1988). Nela, convocando a desigualdade de tratamento, não deixou de se sublinhar que o «direito reconhecido constitucionalmente é excessivamente comprimido e gravemente lesado» (*diritto costituzionalmente riconosciuto risulta eccessivamente compresso e gravemente lesato*). Assinale-se que na lei italiana o que está em causa é o controlo médico domiciliário. Em resumo, se não se verificarem os pressupostos de justificação da ausência do domicílio, é legítima a imposição de sanções resultantes do incumprimento da obrigação de disponibilidade («obbligo di reperibilità»). É clara a existência de uma obrigação de cooperação e no atual quadro legal só à terceira situação de incumprimento injustificado há lugar à cessação do subsídio, num quadro sancionatório gradativo (no primeiro incumprimento, a sanção não vai além dos 10 dias de subsídio; no segundo, redução em 50% do montante do subsídio). A faixa horária de obrigação de permanência no domicílio é, aliás, mais reduzida em Itália (no caso do setor privado, das 10h às 12h e das 17h às 19h: cf. *D.M. [Decreto Ministeriale] 15 luglio 1986*). Sem prejuízo das limitações do recurso a dados empíricos e tendo presente também diferenças nos quadros normativos na Europa, sempre se regista que – desconsiderando dados mais recentes que, a partir de 2020, não puderam deixar de ter presente a pandemia – um estudo que analisa a média de ausências por doença em 15 países da União Europeia entre 1995 e 2017, alicerçando-se no EUROSTAT, revela que a Itália tem, de forma persistente, a taxa mais reduzida de baixas por doença ao longo do período considerado (cf. o quadro 2 publicado em Marten Palme/Mats Persson, “Sick pay insurance and sickness absence: some European cross-country observations and a review of previous research”, *Journal of Economic Surveys* (2020) Vol. 34, n.º 1, pp. 85-108, p. 89). Portugal, ficando acima da Itália, ainda assim apresenta valores mais baixos do que a Noruega (n.º 1 no que toca ao absentismo médio, a que se segue a Suécia; os seus valores médios são 4 a 5 vezes os dos países com números mais baixos: p. 87) e de outros Estados (além das duas comunidades políticas nórdicas referidas, Países Baixos, Finlândia, França e Bélgica). Na análise, não podem deixar de se considerar outras variáveis das ordens jurídicas, mas deste percurso resulta a existência de medidas alternativas menos interferentes (ponto que densificaremos) aptas a prosseguir com eficácia o fim constitucionalmente legítimo.

Continuando, pois, com a paleta comparativa, mobilizam-se soluções de outras ordens jurídicas para mostrar a existência de alternativas.

Em França, a legislação também contempla janelas horárias de permanência no domicílio (entre as 9h e as 11h, e as 14h e as 16h), no caso de o médico autorizar a ausência e de não se tratar da hipótese de saídas livres, que tem de ser devidamente justificada (artigo R-323-11-1 do *Code de la Sécurité Sociale* – CSS). Em caso de incumprimento das obrigações (com uma paleta que compreende, por exemplo, também a realização de atividades não autorizadas), é permitido o corte parcial ou mesmo total da prestação (art. L 323-6, *Code de la Sécurité Sociale* – CSS).

No Luxemburgo, prevê-se a existência de controlos quer médicos quer administrativos (*Statuts de la Caisse nationale de santé*, artigo 206.º), estando consagrada também a exigência de o beneficiário permanecer no domicílio em determinadas horas. Em caso de ausência não justificada do domicílio, nos termos do artigo 214.º (2) (*Statuts de la Caisse nationale de santé*), a sanção não deve ultrapassar 3/30 da remuneração de referência que serviu de base para o cálculo das prestações [para os trabalhadores independentes, *vd.* o artigo 214.º (3)].

Na vizinha Espanha, à semelhança do que acontece com as caixas de previdência na Alemanha, não recorrem a controlos administrativos domiciliários, antes se assenta o sistema em exames médicos para certificar se se mantém a referida incapacidade para o trabalho (cf. *Ley General de la Seguridad Social*, artigo 82.º, n.º4, alínea d); cf., na doutrina, Inmaculada Ballester Pastor, in Antonio V. Sempere Navarro/ Guillermo L. Barrios Baudor (Dir.), *Comentarios a la Ley de General de la Seguridad Social*, Vol. II, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 198-199; cf. também *Real Decreto 625/2014*, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad, recentemente alterado pelo *Real Decreto 1060/2022*, de 27 de diciembre).

Em Portugal, embora o sistema mantenha este duplo controlo, nota-se que se estabeleceu como meta, no próprio diploma (por via da redação resultante do Decreto-Lei n.º 146/2005, de 26 de agosto), a sua intensificação e a universalização, prevendo-se que a partir de 2008 todas as situações de incapacidade temporária superiores a 30 dias seriam objeto de controlo pelo respetivo sistema de verificação de incapacidades (artigo 36.º, n.º 3). A importância desta dimensão tem sido sublinhada nos Planos de combate à fraude e evasão contributiva e prestacional da Segurança Social (cf. Gabinete de Planeamento e Estratégia/Unidade de Planeamento e Controlo de Gestão, *Relatório de Atividades 2020*, Lisboa: Instituto de Segurança Social, IP, 2021, p. 12; também Idem, *Relatório de Atividades 2021*, Lisboa: Instituto de Segurança Social, IP, 2022, p.12), onde, entre outras medidas, se lê: «Reforçar a ação do Serviço de Verificação de Incapacidades, de modo a que sejam convocados a SVI todos os beneficiários com 30 dias de subsídio por doença, bem como os beneficiários com subsídio por doença há mais de 60 dias após subsistência de incapacidade para o trabalho». Contudo, não se questiona a constitucionalidade da manutenção de controlo administrativo, mas apenas que, face a uma ausência injustificada do domicílio, a sanção seja inelutavelmente a cessação da prestação. No entanto, de acordo com o princípio da divisão de poderes, cabe ao legislador, não ao Tribunal Constitucional, encontrar a solução político-legislativa.

Estamos, pois, perante uma violação do princípio da proibição do excesso, no que toca à exigibilidade ou necessidade da medida. Tendo a sanção soçobrado por violação da necessidade ou da exigibilidade, de acordo com os cânones metodológicos estabelecidos na doutrina, é dispensável uma análise em termos de proporcionalidade em sentido estrito. Contudo, na esteira de jurisprudência do próprio Tribunal, que, por vezes, mobiliza mais de um critério (*vd.*, por exemplo, o Acórdão n.º 486/2018), sempre se acrescentará que, para quem entendesse que a medida sobreviveria ao segundo nível de análise ou exigibilidade, não passaria no crivo da proporcionalidade *stricto sensu*.

Encontrado fundamento da inconstitucionalidade a partir do princípio da proibição do excesso, assinala-se que não se descarta a existência de outros problemas constitucionais (por exemplo, em sede do princípio da igualdade).

Chegados a este resultado da inconstitucionalidade, também fica prejudicada a consideração da invocada indeterminação do conceito de «justificação atendível», que, sublinhe-se, embora indeterminado, não é *indeterminável*, estando sujeito a controlo jurisdicional.

III. DECISÃO

Pelo exposto, decide-se:

a) Julgar inconstitucional a norma constante da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de fevereiro, na interpretação segundo a qual o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa; e, em consequência,

b) Julgar o recurso procedente, determinando-se a reforma da decisão recorrida em conformidade com o presente juízo de inconstitucionalidade.

Sem custas.

Lisboa, 27 de setembro de 2023 - João Carlos Loureiro - Joana Fernandes Costa - Afonso Patrão (vencido, conforme declaração junta) - Carlos Medeiros de Carvalho (vencido, acompanhando e nos termos da declaração de voto do Conselheiro Afonso Patrão) - José João Abrantes

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Vencido. Considero não ser inconstitucional a norma segundo a qual o direito ao subsídio de doença cessa quando o beneficiário não tiver apresentado justificação atendível da ausência da residência, sem autorização médica expressa.

2. Tal como concluiu a maioria, «*A dimensão jusfundamental que o recorrente invoca — o direito a receber um subsídio em caso de doença — não tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, não podendo ser diretamente invocada*». Nessa medida, «*não sendo o conteúdo do direito ao subsídio em virtude de doença suficientemente determinado ao nível constitucional — pelo menos nas dimensões em que se não verifique uma natureza análoga a direitos liberdades e garantias, como sucede em certas vertentes do direito à proteção social (cfr. Acórdãos n.ºs 411/99 e n.º 432/2007) — a sua realização depende do legislador ordinário, a quem cabe concretizar o seu conteúdo, definindo a sua medida*» (ponto 8. da fundamentação). É neste contexto que a Constituição determina ao legislador, em *normas impositivas de legislação*, que desenvolva proteção face aos *riscos sociais* — quer aqueles que são expressamente incluídos no seu âmbito (doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade e desemprego), quer aqueles outros que possam ser enquadráveis nas «*situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*» a que se refere o n.º 3 do artigo 63.º da Constituição.

Assim, o legislador democrático goza, quanto ao conteúdo dos *direitos positivos* que integram o direito à segurança social, de significativa liberdade de conformação, cabendo-lhe, «*em função das disponibilidades financeiras e das margens de avaliação e opção políticas decorrentes do princípio democrático, determinar específica e concretamente, no domínio de cada direito social, o que fica o Estado juridicamente obrigado a fazer e o que pode o particular exigir judicialmente*» (JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais — Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 142).

3. A posição que fez vencimento imputa à norma fiscalizada a violação do princípio da proibição do excesso. Por um lado, por julgar a medida *desnecessária*, entendendo que outras alternativas menos gravosas (como a perda parcial do subsídio; ou a convocação para uma avaliação médica extraordinária; ou a sua aplicação apenas em caso de reincidência) seriam *equivalentes* na prevenção e combate a práticas abusivas e fraudulentas. Por outro lado, por entender que, mesmo que assim não fosse, a norma «*não passaria no crivo da proporcionalidade stricto sensu*» (ponto 11.2. da fundamentação).

Não acompanho esta argumentação.

Em primeiro lugar, porque não é para mim evidente que as medidas alternativas enumeradas no Acórdão sejam *equivalentes* na prevenção da fraude: não é certo que a eventual opção legislativa por uma cominação menos gravosa obtivesse similar efetividade; e não creio que as taxas de baixas por doença de outros países possam contribuir para tal conclusão.

Em segundo lugar, porque, diferentemente do que se conclui na parte final do ponto 11.2., julgo que a medida não pode considerar-se desproporcionada ou desequilibrada. A perda do subsídio de doença apenas ocorre se não for apresentada justificação atendível para a ausência não autorizada da residência; e prevê-se um prazo de cinco dias úteis (contados da data de receção da comunicação de suspensão do pagamento do subsídio ou da data marcada para o exame médico) para o efeito. Ora, a obrigação de apresentação de uma *justificação atendível* para a violação do dever de não se ausentar do domicílio sem autorização não constitui, a meu ver, um ónus *desproporcionado* ou *excessivo*, face aos interesses visados pela medida e à viabilidade de controlo jurisdicional da decisão do Instituto da Segurança Social IP sobre a atendibilidade da justificação.

4. Em meu entender, ao julgar a inconstitucionalidade desta norma, o Acórdão procede a uma ponderação dos direitos e interesses conflituantes (o auxílio na doença e a prevenção da fraude ao sistema de segurança social), preferindo medidas menos onerosas do ponto de vista jusfundamental, ainda que menos eficazes quanto ao fim a que tendem.

Ora, como acima se dizia, tal juízo cabe ao legislador democrático: é ao legislador que deve ser concedida liberdade de escolha político-legislativa na avaliação, definição e concretização do conteúdo e da medida do subsídio de doença. Onde se inclui, necessariamente, margem de ponderação e opção quanto às medidas de combate à fraude e de proteção da eficiência e sustentabilidade financeira da segurança social, enquanto interesses constitucionalmente consagrados.

Afonso Patrão

