

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | CONSTITUCIONAL

Acórdão

Processo

313/2021

Data do documento

13 de maio de 2021

Relator

Cons. Lino Rodrigues Ribeiro

DESCRITORES

Acórdão n.º 313/21

SUMÁRIO

Pelo exposto, decide-se:

- a) Não julgar inconstitucional o segmento da alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, que estabelece como condição do reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção o facto de o requerente «não se encontrar (...) a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação».
- b) Em consequência, negar provimento ao recurso e manter a decisão recorrida.
- c) Condenar o recorrente em custas, fixando-se a taxa e justiça em 25 UC's, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro.

TEXTO INTEGRAL

1. Nos presentes autos, vindos do Tribunal Central Administrativo Norte, em que é recorrente A. e recorrido o Instituto de 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, referida adiante pela sigla «LTC»), do acórdão daquele Tribunal, de 3 de maio de 2019.

2. O ora recorrente, que se encontra a cumprir pena de prisão no Estabelecimento Prisional de Braga, propôs ação administrativa de condenação à prática de ato contra o aqui recorrido, visando a condenação

deste no deferimento do pedido de atribuição do rendimento social de inserção (RSI).

O Tribunal de 1.ª instância, não obstante ter reconhecido que o demandado incorreu em violação do dever de apreciar o requerimento do demandante, julgou a ação improcedente, com fundamento na alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, que estabelece o regime jurídico do RSI, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho. Tal preceito faz depender o reconhecimento do direito ao RSI do facto de o requerente «não se encontrar em prisão preventiva ou a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação».

O demandante interpôs recurso da sentença proferida em 1.ª instância para o Tribunal Central Administrativo Norte, que, através de acórdão prolatado em 3 de maio de 2019 – a decisão ora recorrida –, negou provimento ao recurso.

Pode ler-se em tal aresto:

«[O] Autor requereu a atribuição do RSI e, da análise à documentação entregue e verificação das suas condições, constatou-se a omissão de um dos pressupostos legalmente previstos no artigo 6º da Lei 13/2003, de 21 de maio, alterada pelo DL 133/2012, de 27 de junho, ou seja, constatou-se que se encontra a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional.

Assim, e de acordo com a menção legalmente expressa de que o reconhecimento do direito ao RSI depende da verificação cumulativa de todas as condições de atribuição previstas naquele normativo legal, o requerimento do Autor foi (e bem) indeferido.

O RSI é, desde a sua génese, uma medida de redução da pobreza, em especial nas suas formas mais extremas, protetora dos grupos de maior fragilidade e vulnerabilidade, em situação de pobreza extrema.

Atente-se na filosofia que lhe subjaz:

(O Rendimento Social de Inserção (RSI) é nos dias de hoje um apoio fundamental para as famílias mais carenciadas que não têm outras formas de rendimento. No entanto, o acesso a este apoio social tem vindo a ser mais criterioso, o que se reflete na diminuição do número de beneficiários.).

O RSI é um apoio para os indivíduos e famílias mais pobres sendo constituído por um contrato de inserção para ajudar a integração social e profissional e ainda uma prestação em dinheiro para satisfazer as necessidades básicas. As pessoas que recebem o RSI têm que celebrar e assinar um contrato de inserção, onde consta um conjunto de direitos e deveres com o objetivo de realizar a integração social e profissional.

Têm direito a esta prestação as pessoas ou famílias que necessitam de apoio para melhorar a sua

integração social e profissional, que se encontrem numa fase de carência económica grave e que cumpram as condições de atribuição. (...).

Mas não em situações em que a subsistência do titular da prestação é assegurada pelo Estado, como sejam o cumprimento de prisão em estabelecimento prisional e a institucionalização em equipamentos financiados pelo Estado.

Ora, é evidente que, se o Estado, noutra das suas vertentes, neste caso através de um Estabelecimento Prisional, já assegura (ou tem essa obrigação) a subsistência do Autor, não lhe cabe, por intermédio da Segurança Social, fazê-lo em duplicado.

Seria até atentatório do princípio da igualdade, no sentido de que estaria a beneficiar os reclusos em relação aos outros titulares de RSI.

Mais, é salvaguardada a possibilidade de os cidadãos que se encontrem em cumprimento de pena de prisão poderem requerer a prestação de RSI antes da libertação, iniciando-se o pagamento da prestação no mês da saída, favorecendo, deste modo, a inserção e o regresso à vida ativa.

De facto, não é despiciendo recordar que o RSI constitui uma mera expectativa jurídica, e não um direito adquirido, porque sempre se impõe a emissão de ato administrativo por parte do Réu.

Este aprecia e profere decisão final, consubstanciada em ato administrativo balizado pelos preceitos legais aplicáveis, isto é, não decorre ipso facto de um estado de necessidade ou do reconhecimento da inexistência de rendimentos, o direito do Autor à atribuição das prestações de RSI.

É que, como se disse, o subsídio está sujeito à emissão de ato administrativo, sujeito à aplicação das normas que norteiam a atividade administrativa, como o princípio da legalidade, do qual decorre que o reconhecimento do direito ao RSI está limitado por condições cumulativas (e não meramente alternativas) e objetivas, tratando-se de um poder vinculado da administração, pelo que o eventual direito do Autor só nasce na sua esfera jurídica, após prolação de tal ato.

Indefere-se, pois, a atribuição do apoio social em causa.

Ao aqui Apelante cabe requerer a prestação de RSI antes da libertação, nos termos estabelecidos na parte final da alínea k) do nº 1 do artigo 6º da Lei 13/2003, de 21 de maio “Não se encontrar em prisão preventiva ou a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação” (sublinhado nosso).»

3. Foi interposto recurso para o Tribunal Constitucional, com vista à apreciação da constitucionalidade da

norma que determinou a improcedência do pedido de atribuição do RSI.

O relator convidou as partes a alegarem.

O ora recorrente concluiu a sua alegação do seguinte modo:

«Conclusões

1. O recorrente A. da costa discorda do juízo de não constitucionalidade proferido pelo Tribunal Central Administrativo do Norte e dele veio recorrer ao Tribunal Constitucional uma vez que é seu entendimento, aos olhos da matriz constitucional que: um recluso ao não poder beneficiar do rendimento social de inserção apenas porque está preso viola direitos constitucionais, mais entende que se trata de uma discriminação negativa injustificada face à sua condição social, contrariando claramente os artigos 13º n.º1, 30º n.º4 e 63º n.º1 da constituição da república portuguesa, que garantem que todos os cidadãos são iguais perante a lei, que o cumprimento da pena não afasta a perda de quaisquer direitos (a não ser a liberdade) e que ninguém pode ser discriminado em razão da sua condição social.
2. Diz-se discriminação negativa injustificada porque, como é do conhecimento geral, existem discriminações positivas justificadas, como é exemplo de um cidadão com deficiência, ter isenções ou lugares próprios e respetivas prioridades. Ou seja, a esses é feita uma discriminação positiva justificada em face da sua incapacidade e de (des) igualdade de meios ou de perspetivas e seus alcances, sendo a situação de reclusão acima referida uma discriminação negativa injustificada e desadequada, por todos os princípios que norteiam as finalidades das execuções das penas de prisão do e no nosso tão apregoado Estado de Direito Democrático, apelidado de Estado Ressocializador e de Estado Social.
3. A questão que se coloca é, então, a seguinte: se a dimensão normativa contida no artigo nº 1, k) da Lei nº 13/2003, de 21 de maio, alterada e republicada pelo decreto-lei 133/2012, de 27 de junho, é materialmente inconstitucional por violação dos princípios da adequação, necessidade, proporcionalidade, razoabilidade, igualdade, legalidade, ensino, formação, dignidade da pessoa humana e acesso à Segurança Social, ínsitos nos artigos 1º, 2º, 9º b) e d), 13º nº 1 e 2, 30º nº 4 e 5, e 63º todos da Constituição da República Portuguesa, por proibir o acesso ao RSI só pelo facto de o cidadão estar preso/detido no Estabelecimento Prisional?

Explicando as nossas razões da inconstitucionalidade e do caso em concreto:

4. Durante o tempo que esteve a cumprir pena no EP de Paços de Ferreira, onde se apresentou voluntariamente (entre 2011 a 28-03-2014) nunca foi colocado a trabalhar como “faxina”, o que inviabilizou que auferisse os 60 euros mensais que a Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP) paga a cada recluso trabalhador, sendo que desses 60 euros, quando se trabalha, trinta euros são

para a conta disponível para uso diário na vida do EP e os restantes trinta euros são afetos ao “fundo de reserva” conforme artigos 41º e 42º do Código de Execução de Penas.

5. Por uso diário na vida do EP entenda-se que, o recluso paga o seu próprio papel higiénico, paga os produtos para a limpeza da sua própria cela, paga envelopes para escrever com a família e amigos, paga photocópias para pedir apoio jurídico, paga correspondência para enviar à Segurança Social a pedir esse apoio jurídico, enviar requerimentos manuscritos aos processos nos termos do artigo 98º, n.º 1 do Código Processo Penal, trocar correspondência com os seus advogados, paga as suas chamadas telefónicas, pois o Código de Execução de Penas e o Regulamento Geral são bem claros quando referem, por diversas vezes “a expensas suas” ou a “expensas do recluso”.

6. Os artigos 52º e 54º do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade, fazem referência aos apoios sociais, cada caso de reclusão é distinto de um outro, cada caso é um caso, e como tal é tratado de forma autónoma e independente como refere o artigo 5º do CEP, «Individualização da execução», garantido o artigo 6º do CEP que “o recluso mantém a titularidade dos direitos fundamentais”.

7. Neste caso, o Decreto-Lei que aqui se analisa aos olhos da Constituição, na dimensão normativa identificada, fez uma intolerável discriminação negativa injustificada só pelo facto de estar preso, descuidando-se das prementes necessidades de cada Ser Humano, prejudicando-se inaceitavelmente a reintegração e ressocialização do recluso, como melhor se explicará de seguida.

8. Se outras razões não existissem, que fundamentam o direito a este Rendimento, apenas pela hierarquia de leis vigentes a nível nacional, facilmente se constata que a Lei prevalece sobre o decreto-lei, e em caso de conflito direto, será a primeira que imperará.

9. Ora, neste caso em concreto, falamos do Código de Execução de Penas que assume primazia pelo que, a limitação imposta pelo decreto-lei de 2012 (sendo o CEP de 2009) não poderá permitir o bloqueio de atribuição de Rendimento Social de Inserção do Requerente, pelo estado de prisão.

10. O rendimento social de inserção é o valor necessário e indispensável para a dignidade da pessoa humana do recluso! Ser-se recluso não é nenhuma doença, não se propaga nem contagia, é apenas uma condição social por determinado tempo, mas o recluso, como ser humano que é, tem necessidades básicas que a reclusão não paga.

11. Facilmente se pode concluir que a vedação do rendimento social de inserção ao cidadão que está preso é inconstitucional, por ser desadequado, excessivo, irrazoável e inumano.

12. É tipicamente português falarmos do que se passa no estrangeiro, dizermos que as práticas que eles têm no estrangeiro são muito boas, mas quando nós devemos aplicar as mesmas para combater o flagelo

da criminalidade, assobiamos para o lado e só se olha para a estabilidade do erário público, e ainda naquilo que o povo vai dizer sobre os reclusos receberem apoios económicos.

13. A Estabilidade do Erário Público serve sempre de bode expiatório para toda e qualquer decisão, dando azo a decisões para qualquer sentido, mas quando analisamos o fundo da questão, aos olhos da Justiça Constitucional e da sua razão, não podemos deixar de verificar - e assim concluir - que a questão que nos é colocada é merecedora de uma cuidada atenção, uma atenção redobrada, por se tratar de um tema em que há pessoas presas, em situação de enorme fragilidade, mas com uma vontade de superação incrível.

14. O recluso A., tem DIREITOS conferidos pela Constituição da República Portuguesa (CRP), pelo Código de Execução de Penas e pelo Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (RGEP), este último aprovado pelo Decreto Lei n.º 51/2011 de 11 de abril, os artigos 6º, 7º, 52º e 54º do CEP diziam (e ainda dizem) o seguinte: i) O recluso mantém a titularidade dos seus direitos fundamentais - cfr. Artigo 6º do CEP; ii) Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos - cfr. Artigo 30º n.º 4 da CRP iii) Sendo o Código de Execução de Penas uma LEI de 2009, o artigo 52º n.º 1 salienta que “a situação de reclusão não afeta o direito aos benefícios de segurança social”, mencionado o n.º 2 do mesmo artigo e diploma que “no decurso da execução das penas(...) é prestado apoio social” iv) A execução das penas garante ao recluso o exercício dos direitos sociais, a manter contactos com o exterior, a participar nas atividades de ensino e formação, a apresentar pedidos/reclamações/queixas e recursos e que, cabia aos serviços prisionais (n.º 3 do artigo 7º do CEP) articular com os serviços públicos competentes para serem assegurados os DIREITOS do Código de Execução de Penas e do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais. V). Que o apoio social e económico é prestado segundo os critérios de necessidade, razoabilidade e adequação às finalidades da execução, tendo em conta os meios disponíveis e o dever de gestão responsável pelo recluso dos seus próprios recursos! (artigo 54º n.º 1 do CEP) vi). Que o apoio social visa, designadamente, contribuir para a resolução de problemas pessoais e familiares decorrentes da situação de reclusão (n.º 2 do artigo 54º do CEP) vii). Atenuar necessidades prementes da família do recluso que deste dependa economicamente, nomeadamente através da concessão do rendimento social de inserção! (alínea a) do n.º 3 do artigo 54º do CEP) viii) Facilitar a concretização de contactos com o exterior, em especial de visitas pessoais, para além de troca de correspondência (envelopes custam dinheiro) e através de chamadas telefónicas para o exterior, tudo conforme artigos 70º n.º 1 do CEP, onde se diz que o recluso pode efetuar chamadas telefónicas a expensas suas; o recluso tem o direito a enviar correspondência a expensas suas (artigo 67º n.º 1 do CEP), ou seja, é tudo sempre previsto a expensas do recluso e com a gestão dos seus próprios recursos.

15. Então, chegados aqui, colocam-se três questões essenciais e que entroncam todo o processado em análise:

a) Sendo o Código de Execução de Penas uma LEI de 2009 que previu taxativamente esse apoio social ao

recluso, nomeadamente o rendimento social de inserção, como acima se demonstrou, para fazer face a inúmeras situações que estão em causa quando o recluso está em cumprimento de pena, será que o Decreto-Lei impulsionado pelo Ministério da Justiça datado de 2012 (em pleno período de crise nacional), ao proibir a concessão de rendimento social de inserção aos reclusos é constitucional?

b) Ao recluso A., declarado insolvente por força de sentença judicial, sem auferir qualquer tipo de rendimento do exterior, sem ter qualquer colocação laboral no interior do EP, longe da família que estava (EP de Paços de Ferreira) como é que os seus familiares (de rendimentos residuais) iriam conseguir visita-lo com a frequência desejável e por aqueles pretendida, como é que o A. iria conseguir escrever correspondência na forma desejável, fazer chamadas telefónicas para fortalecer laços familiares e sociais, como é que podia continuar os seus estudos, adquirir os livros para estudar, material de estudo, propinas etc, sem ter o apoio social previsto no Código de Execução de Penas? A resposta foi: não tem esse apoio, problema seu.

c) Porque razão é que o recluso A. nunca teve direito a qualquer tipo de apoio social, nem para despesas de telefonemas, correspondência, manutenção das precárias, subsistência no EP entre 2011 a 2017, nunca teve qualquer ajuda nesse sentido, com maior incidência quando se encontrava no EP de Paços de Ferreira e as viagens de Braga até lá ainda são de quilometragem considerável, fosse para as duas visitas semanais que tinha e ainda a visita intima mensal? Não teve essas ajudas porque o ESTADO SOCIAL falhou, fracassou, não cumpriram a Constituição da República.

16. Lê-se no artigo 13º n.º 1 da CRP que todos os cidadãos, reclusos ou não, têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei e, no n.º 2 foi escrito que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito” em razão da condição social que se encontre.

17. Podemos dizer que a condição de “recluso” é uma condição social.

18. E se a lei diz que ninguém pode ser prejudicado pela sua condição social e que todos são iguais perante a lei, como é que foi possível esse decreto-lei de 2012 ter dito o que disse, fazendo uma verdadeira afronta a vários preceitos constitucionais?

19. O que é certo é que o fez, e vigora, livremente, há 7 anos sem que ninguém tenha suscitado, até agora, a apreciação dessa norma por confronto com os comandos da lei suprema, a Matriz constitucional, a mãe de todas as leis.

20. Reparamos que, quer o artigo 13º n.º 1 da CRP bem como o artigo 63º n.º 1 da CRP usam a expressão vocabular “todos”.

21. Será que o significado da palavra “todos” descrita no artigo 13º tem o mesmo significado que “todos”

no artigo 63º da CRP.

22. Nós dizemos que sim, o artigo nº 1, k) da Lei nº13/2003, de 21 de maio, alterada e republicada pelo decreto-lei 133/2012, de 27 de junho diz que não.

23. Em bom rigor, de 2012 a esta parte, a expressão “todos” passou a ler-se da seguinte maneira: “todos aqueles que não sejam reclusos” têm o direito à segurança social, os reclusos estão excluídos e proibidos de acesso aos apoios, independentemente das suas necessidades, da importância e do impacto positivo que tal medida possa ter na vida do recluso e do país.

24. Diz-se País ou Nação (valente e imortal) enquanto unidade de uma sociedade, porque é do superior interesse nacional que um recluso se recupere, se regenere e que seja mais um no meio de nós, sem cometer qualquer outro delito, mas para tal é preciso apoiá-lo e ajudá-lo a que este se erga do estado de enorme fragilidade que a reclusão provoca, como aliás salientam inúmeros acórdãos dos Tribunais da Relação, bem como, a própria existência da libertação obrigatória pelos cinco sextos da pena abordam as razões de fragilidade e de afastamento da sociedade e da vida em geral que, por serem em demasiado tempo, podem ter um efeito contrário ao pretendido e, com isso, termos um criminoso ad eternum!

25. Os que são reclusos não têm direito ao RSI por força do artigo nº 1, k) da Lei nº13/2003, de 21 de maio, alterada e republicada pelo decreto-lei n.º 133/2012, de 27 de junho.

26. Entendeu (mal, claro está) o Tribunal Central Administrativo do Norte que, conceder RSI aos reclusos “seria atentatório do princípio de igualdade no sentido de que estaria a beneficiar os reclusos em relação aos outros titulares de RSI.”

27. Ora, dizemos desde já que esta afirmação tem tanto de errada como de chocante, pois vejamos, “lá do alto da montanha”, se é assim:

a) As pessoas que estão em liberdade, mesmo que necessitadas de apoios, seja do RSI ou de qualquer outro, têm a possibilidade de “esgravatar” no seu dia a dia, seja através de um trabalho precário, conhecido como “trabalhar ao dia” ou “trabalhar umas horas”, para realizar algum tipo de sustento.

b) Muitos dos beneficiários do RSI também beneficiam, CUMULATIVAMENTE AO RSI, de um apoio à habitação, seja por um quarto pago pela Segurança Social, um Apoio da Habitação, seja também pelo Cheque Alimentos até 150 euros por mês, bem como apoios de instituições e apoios das próprias autarquias.

28. Assim, os cidadãos em liberdade têm mais oportunidades de se regenerarem da sua situação financeira do que aqueles que estão presos, porque estes reclusos não têm qualquer outra alternativa, não têm

qualquer outra hipótese ou “válvula de escape”.

29. Ou tem um apoio de rendimento social de inserção (para ser ajudado a ser inserido mais depressa no normal decorrer da vida em sociedade e no mercado de trabalho) para, com esse apoio, melhorar a sua situação de enorme fragilidade e afastamento da sociedade, ou então um futuro mais negro o espera, talvez mais negro do que aquele que tinha antes de entrar em reclusão.

30. Aliás, ofende o princípio da igualdade, isso sim, não se atribuir ou não conceder RSI aos reclusos invocando-se que ficariam beneficiados em relação aos cidadãos ditos em liberdade.

31. Como se pode falar em benefícios ilegítimos a um cidadão que está preso quando o Código de Execução de Penas prevê esses apoios para a sua reinserção social?

32. Mas não só, tudo isto que aqui se está a dizer tem que ser dito porque a fundamentação do Tribunal Central Administrativo do Norte foi longe demais quando falou, da forma como falou, no princípio da igualdade, atentemos neste exemplo: Os portugueses sentem-se chocados como é que um Juiz do Tribunal Constitucional, ao fim de uma dezena de anos, tem direito a uma reforma vitalícia acima dos 5 mil euros, por duas razões de sentimento de injustiça: a) porque os restantes portugueses têm que trabalhar 40 anos; b) porque para se ter uma reforma acima dos 5 mil euros é preciso uma vida inteira de imensos descontos mensais.

33. Isto não ofende o princípio da igualdade? Esse desequilíbrio entre os Juízes do TC e os restantes trabalhadores do país?

34. Existem portugueses que não têm uma casa própria, outros têm casas acima de um milhão de euros. Uns têm ferraris, outros nem sequer têm uma bicicleta. Isto também é desigualdade, mas é fruto da vida de cada um. Não ofende o artigo 13º da Constituição da República essa desigualdade.

35. Regressando ao tema da reclusão, da condição social de estar preso, entendeu o TCAN que o RSI é para situações de fragilidade, de carência social.

36. Nova questão: um recluso, como é o caso do A., encarcerado por vários anos, não está frágil? Debilitado? Então está o quê? Rijo? Fortalecido? Cheio de riqueza e abundância?

37. A resposta a esta simples questão dará uma forte ajuda à decisão a tomar: se o Estado apostar na reinserção do recluso, em conceder-lhe apoios económicos e financeiros, caso aquele recluso seja um vencedor, assim que sair em liberdade, munido de capacidades para superar o mundo do trabalho, não terá o Estado um retorno favorável e compensatório com os impostos que aquele pagará, no seu dia a dia, impostos de IVA, IRS, IRC, enfim, em vez de ter novamente mais um cidadão a engrossar os números da

reincidência? Então, qual é a definição do Estado Social? De que apoios é que o Código de Execução de Penas está a falar quando diz que é através da Segurança Social que o recluso terá esses apoios DURANTE A RECLUSÃO?

38. Violará o princípio da igualdade a atribuição de RSI a um recluso para o mesmo investir na sua reinserção e reintegração social, como por exemplo concluir os seus estudos? Estar mais próximo da sua família e amigos?

39. Mas já não há problema nem desigualdade quando se concede o RSI a pessoas em liberdade, quando se sabe que essas pessoas usam parte ou mesmo o seu todo para manter os seus consumos de estupefacentes, bem conhecidos, em grande parte dos casos, da própria Segurança Social? Não há outra forma de se dizer isto que não seja a de se espelhar a realidade.

40. Por último, e para finalizar, atentemos na seguinte realidade que ocorre nos nossos Serviços Prisionais:

41. Temos reclusos que, com idades compreendidas entre os 30, 34, 36 e 40 anos estão reformados por invalidez e recebem uma reforma entre 400 a 600 euros, mensalmente, e temos outros tantos reclusos com 55 anos e mais até que estão presos e recebem reforma de 1.000 (mil) euros, 1.200 euros, e mais ainda.

42. Alguns deles ainda recebem, cumulativamente à sua reforma, um subsídio especial para ajudas na medicação e, alguns, uns subsídios extra.

43. Posto isto, verificamos então que, aqueles reclusos reformados, uns mais novos, outros mais idosos, encontram-se a ser alimentados pelo Estado (no EP), e a medicação que tomam é-lhes ministrada e custeada pelos Serviços Prisionais. No entanto, recebem, a sua reforma por inteiro, e ainda os mesmos subsídios que tinham no Exterior (Liberdade), não lhes sendo descontado, por exemplo, 20% sobre aquele valor, pelo facto de estarem presos e estarem a comer “de borla” - como diz o povo!!!

44. Em jeito de ironia prisional, os reclusos mais novos costumam verbalizar aos mais idosos, por quem se costuma ter um carinho especial por força da idade e estarem em reclusão, que eles estão melhor na cadeia do que num lar. E porque razão é que os reclusos dizem isto? Porque, a um recluso com 80 anos, é melhor tratado numa prisão do que num lar, sendo que não paga qualquer tipo de “avença” mensal, têm o carinho de todos os restantes reclusos, jogam cartas, até ganham saúde com tantas pessoas novas à volta dele.

45. Assim, a questão que se coloca é esta: se aqueles reclusos que recebem reforma, e que estão presos, que muitos deles usam parte desse dinheiro para continuar a pagar a renda da sua habitação no exterior para quando saírem da prisão terem um teto onde residir (Direito à Habitação, também ele previsto na

Constituição), a nossa pergunta é: se esses reclusos podem receber essas pensões de reforma sem que lhes seja retirado um qualquer valor monetário para contribuir para a alimentação que lhes é fornecida pelo Estado (Fruto da Reclusão) porque razão é que, em pé de igualdade com o que se acabou de ler, o recluso A. também não pode ter apoio económico-financeiro pelo Instituto de Segurança Social quando está previsto no Código de Execução de Penas? A resposta a esta pergunta dará o desfecho final à temática constitucional apresentada.

Termos em que, no mais alto da Vossa Sabedoria, com base nas Alegações e Conclusões apresentadas, aplicando-se a vontade da Constituição da República deve ser declarada inconstitucional a dimensão normativa contida no artigo nº 1, k) da Lei nº 13/2003, de 21 de maio, alterada e republicada pelo decreto-lei 133/2012, de 27 de junho, por violação dos princípios da adequação, necessidade, proporcionalidade, razoabilidade, igualdade, legalidade, ensino, formação, dignidade da pessoa humana e acesso à Segurança Social, ínsitos nos artigos 1º, 2º, 9º b) e d), 13º nº 1 e 2, 30º nº 4 e 5 e 63º todos da Constituição da República Portuguesa , o que se requer,

Assim se fazendo inteira Justiça!»

4. O recorrido não contra-alegou.

Cumpre apreciar e decidir.

II. Fundamentação

5. A norma que constitui a ratio decidendi do acórdão recorrido e objeto do recurso de constitucionalidade está contida na alínea k) do nº 1 do artigo 6º da Lei nº 13/2003, de 21 de maio, com a redação dada por último pelo Decreto-Lei nº 90/2017, de 28 de julho, diploma criou o rendimento social de inserção (RSI).

O preceito estabelece que o reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção depende de o requerente, à data da apresentação do requerimento, cumprir cumulativamente determinadas condições, entre as quais «não se encontrar em prisão preventiva ou a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação».

O enunciado legal contém dois segmentos normativos, dos quais apenas um foi aplicado na decisão recorrida e sindicado pelo ora recorrente: aquele que estabelece como condição do reconhecimento do direito ao RSI o facto de o requerente não se encontrar a cumprir pena de prisão, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação.

O recorrente invoca que esta norma está em desconformidade com (i) o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à segurança social, consagrados nos artigos 1º e 63º da CRP; (ii) o princípio da

igualdade, constante dos artigos 13.º, n.º 1 e 63.º, n.º 1 da CRP, na medida em que discrimina negativamente, de forma injustificada, desadequada, excessiva e desrazoável, os reclusos em razão da sua condição social; (iii) e com a proibição de efeitos automáticos das penas, prevista no artigo 30.º, n.º 5, da CRP, na medida em que afasta o recluso do direito ao rendimento social de inserção.

Importa, antes de mais, enquadrar o «rendimento social de inserção» no sistema público de segurança social.

6. A Lei n.º 13/2003, de 21 de maio (LRSI) - que revogou a Lei n.º 19-A/96, de 29 de junho, substituindo o «rendimento mínimo garantido» pelo «rendimento social de inserção» - prescreve no seu artigo 1.º que o RSI consiste numa prestação incluída no subsistema de solidariedade da segurança social.

O sistema de segurança social – tal como definido na Lei de Bases Gerais do Sistema de Segurança Social - Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro (referida adiante pela sigla «LBSS») - contempla três «sistemas»: (i) o sistema de proteção social de cidadania, de natureza não contributiva, «tem por objetivos garantir direitos básicos dos cidadãos e a igualdade de oportunidades, bem como promover o bem-estar e a coesão sociais» (artigo 26.º, n.º 1), compreendendo três «subsistemas» – ação social, solidariedade e proteção familiar (artigo 28.º); (ii) o sistema previdencial «visa garantir, assente no princípio de solidariedade de base profissional, prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos de trabalho perdido em consequência da verificação das eventualidades legalmente definidas» (artigo 50.º), como a doença, o desemprego, a invalidez ou a velhice; é «fundamentalmente autofinanciado», através das contribuições dos beneficiários e empregadores, «tendo por base uma relação sinalagmática direta» (artigo 54.º), ainda que o montante da prestação não dependa somente do valor das contribuições, mas ainda da projeção redistributiva do princípio geral da solidariedade (alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º; (iii) e o sistema complementar, por último, «compreende um regime público de capitalização e regimes complementares de iniciativa coletiva e de iniciativa individual» (artigo 81.º, n.º 1).

Ora, um dos objetivos do sistema de proteção social de cidadania é a «efetivação do direito a mínimos vitais dos cidadãos em situação de carência económica» (alínea b) do n.º 2 do artigo 26.º, o qual se realiza através do subsistema de ação social, cujos objetivos fundamentais são «a prevenção e reparação de situações de carência e desigualdades socioeconómicas, de dependência, de disfunção, exclusão ou vulnerabilidade sociais, bem como a interação e promoção comunitária das pessoas e o desenvolvimento das respetivas capacidades» (n.º 1 do artigo 29.º); assegurando ainda «especial proteção aos grupos mais vulneráveis, nomeadamente crianças, jovens, pessoas com deficiência e idosos, bem como a outras pessoas em situação de carência económica ou social» (n.º 2 do artigo 29.º), através de prestações materiais, pecuniárias e em espécie (artigo 30.º).

Outro dos objetivos do sistema de proteção social de cidadania é «prevenção e erradicação de situações de pobreza e de exclusão» (alínea c) do n.º 2 do artigo 26.º, o qual se realiza através do subsistema de

solidariedade, financiado essencialmente através de receitas fiscais, destinado a «assegurar, com base na solidariedade de toda a comunidade, direitos essenciais por forma a prevenir e a erradicar situações de pobreza e de exclusão, bem como a garantir prestações em situações de comprovada necessidade pessoal ou familiar, não incluídas no sistema previdencial» (artigo 36.º, n.º 1). Uma das «eventualidades» cobertas é a «falta ou insuficiência de recursos económicos dos indivíduos e dos agregados familiares para a satisfação das suas necessidades essenciais e para a promoção da sua inserção social e profissional» (alínea a) do n.º 1 do artigo 38.º), concretizando-se a proteção através das prestações de rendimento social de inserção (alínea a) do n.º 1 do artigo 41.º).

A LBSS, uma lei de valor reforçado, devolve ao legislador ordinário a regulação das condições de atribuição das prestações, nomeadamente «a assunção, por parte dos beneficiários, de um compromisso contratualizado de inserção e do seu efetivo cumprimento» (artigo 43.º). O RSI foi grandemente desenvolvido pela Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, que o define como uma prestação destinada a «assegurar às pessoas e seus agregados familiares recursos que contribuam para a satisfação das suas necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social, laboral e comunitária» (artigo 1.º da LRSI).

A prestação é pecuniária, variando o seu valor «em função do rendimento e da composição do agregado familiar do requerente» (artigo 2.º). O valor de base ou unitário da prestação, atribuído ao requerente, corresponde a uma percentagem, fixada por portaria, do indexante de apoios sociais (artigo 9.º), a que se somam 70% desse valor por cada indivíduo maior e 50% por cada menor que integra o agregado familiar (artigo 10.º, n.º 2); o valor em 2019 era de 189,66 euros, nos termos da Portaria n.º 22/2019, de 17 de janeiro. O montante da prestação é o resultado da diferença entre o valor apurado para o agregado familiar e a soma dos rendimentos (nas espécies e termos regulados no artigo 15.º) dos vários elementos que o integram (artigo 10.º, n.º 1). O conceito de agregado familiar, para todos estes efeitos, é o dado no Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, que no n.º 1 do seu artigo 4.º estabelece o elenco de pessoas relevante – v.g., cônjuges, parentes, afins, adotantes, tutores, adotados e tutelados –, no pressuposto de que vivam com o requerente em economia comum, ou seja, em «comunhão de mesa e habitação» num contexto doméstico de «entreajuda e partilha de recursos» (artigo 4.º, n.º 2).

O indexante de apoios sociais (IAS), que serve de base para o valor unitário do RSI, é definido na Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro, que o criou, como o «referencial determinante da fixação, cálculo e atualização dos apoios e outras despesas e das receitas» das entidades públicas (artigo 2.º). O seu valor é fixado por portaria, tendo tido como ponto de partida – em 2007 – a retribuição mínima mensal garantida em vigor em 2006, corrigida pelo índice de preços do consumidor disponível no penúltimo mês desse ano (artigo 3.º). O valor é atualizado anualmente em função da taxa de crescimento real do produto interno (artigos 4.º e 5º), sendo a atualização das pensões regulada por critérios adicionais (artigo 6.º). A indexação das pensões e outras prestações sociais contempla um valor mínimo que se expressa por um coeficiente do IAS (artigo 7.º), constante do Anexo ao diploma, o qual é de 44,5 % no caso do RSI.

No artigo 6.º desse diploma estabelece-se várias condições de atribuição do RSI. A disposição é a manifestação mais saliente da natureza condicional do RSI, em dois sentidos diversos, se bem que interligados, do termo «condição». Por um lado, trata-se de uma prestação sob condição de recursos, reservada a pessoas que se encontram numa situação de carência de meios de subsistência; daí que, para além da dedução dos rendimentos do agregado familiar ao valor da prestação apurado, a alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º defina a condição de que, «[o] valor do património mobiliário do requerente e do seu agregado familiar não [seja] superior a 60 vezes o valor do indexante de apoios sociais (IAS)». Por outro lado, e com as ressalvas previstas no artigo 6.º-A, trata-se de uma prestação sob condição de disponibilidade ativa para o trabalho, consubstanciada sobretudo na celebração de um contrato de inserção social (alínea f) do n.º 1 do artigo 6.º), através do qual o requerente e outros elementos do agregado familiar se vinculam perante a entidade gestora a praticar um conjunto de «medidas de inserção», designadamente «aceitação de trabalho ou de formação profissional», «frequência de sistema educativo ou de aprendizagem», «participação em programas de ocupação», «ações de orientação vocacional e de formação profissional» e «ações de reabilitação profissional» (alíneas a) a e) do n.º 6 do artigo 18.º).

A modificação, suspensão ou cessação destas condições essenciais – carência de recursos de subsistência e cumprimento dos deveres de inserção – implica a revisão, suspensão ou cessação da prestação, segundo o disposto nos artigos 21.º-A a 24.º da LRSI; operam como garantias principais da verificação efetiva destas condições os deveres de comunicação do requerente (artigo 21.º, n.º 5), os poderes de fiscalização da entidade gestora (artigos 25.º e 26.º) e o regime sancionatório (artigos 27.º a 31.º). A lei refere-se ao RSI como uma prestação de «natureza transitória» (artigo 2.º), porque não obstante a sua renovação periódica a cada 12 meses não tenha nenhum limite absoluto (artigo 21.º), todo o regime repousa na ideia de que, na generalidade dos casos, o cumprimento do contrato coloca os beneficiários vinculados aos deveres de inserção, mais cedo ou mais tarde, na posição de auferirem rendimentos suficientes para suprir a carência que reclama a atribuição da prestação.

O Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, veio acrescentar ao elenco das condições cumulativas de atribuição do RSI, estabelecido no artigo 6.º da LRSI, uma alínea k) com seguinte teor: «não se encontrar em prisão preventiva ou a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional ou institucionalizado em equipamentos financiados pelo Estado». Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 90/2017, de 28 de julho, salvaguardou a possibilidade de os cidadãos em cumprimento de pena de prisão requerem a prestação de RSI antes da libertação, iniciando-se o pagamento da prestação no mês da saída, dando à referida alínea k) a seguinte redação: «[o requerente] não se encontrar em prisão preventiva ou a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação».

Note-se que, apesar de o Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 133/2012 dar a entender que se trata de uma inovação, a LRSI já previa, desde a sua versão originária, uma causa de cessação do direito de alcance

semelhante ao segmento da disposição aplicado nos presentes autos. Com efeito, a alínea f) do artigo 22.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, determinava a cessação do direito «após o trânsito em julgado de decisão judicial condenatória do titular que determine a privação da sua liberdade», norma que passou a constar da alínea g) com a aprovação do Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho. Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho – o diploma que introduziu a norma sindicada no presente recurso –, a causa de cessação passou a constar da alínea h), com a seguinte redação: «cumprimento de pena de prisão em estabelecimento prisional».

Na atual versão da LRSI, a que resulta das alterações efetuadas pela Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, trata-se da alínea i) do artigo 22.º. Assim, apesar de o Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, ter inovado ao explicitar o não cumprimento de pena de prisão como condição para aquisição do direito ao RSI, o gozo da prestação pelos indivíduos nessas circunstâncias era efetivamente negado em todas as versões anteriores do diploma. A única inovação substancial foi a que se traduziu no segmento da disposição que estende a exclusão do acesso aos casos em que o requerente se encontra em prisão preventiva.

Nos presentes autos, o recorrente viu indeferido o pedido de RSI com fundamento no facto de se encontrar a cumprir pena de prisão. A decisão recorrida aplicou exclusivamente, como se impõe no quadro legal vigente, a primeira parte da alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da LRSI.

Ora, a questão que primeiramente se deve colocar no recurso é a de saber se esta condição negativa de acesso – o requerente não estar preso – é inconstitucional, designadamente por violar o segmento do n.º 3 do artigo 63.º da Constituição que determina dever o sistema de segurança social proteger os cidadãos em «situações de falta ou diminuição de meios de subsistência». Com efeito, caso se conclua que o direito ao rendimento social se inserção é objeto de tutela constitucional, então a sua violação pelo legislador torna desnecessária a averiguação dos princípios da igualdade e do caráter não automático das penas.

7. O recorrente invoca como critério de fiscalização da constitucionalidade o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à segurança social, sem especificar o direito ou a pretensão concreta que o «rendimento social de inserção» se destina a assegurar. Sabe-se, porém, que o direito das pessoas a recursos e prestações indispensáveis a viver conforme a dignidade humana – o denominado «direito ao mínimo para uma existência condigna» – há décadas que foi autonomizado pela jurisprudência constitucional como direito fundamental que não se dissolve noutros direitos fundamentais.

A Constituição não prevê no seu texto o direito a um mínimo para uma existência condigna – na revisão de 2001 foi proposta a consagração de um direito desse tipo, mas sem êxito –, embora haja afloramento de tal ideia na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 59.º, quando se consagra o direito à paridade retributiva «de forma a garantir uma existência condigna». Não obstante, a jurisprudência constitucional reconheceu-o e desenvolveu-o autonomamente a partir do princípio da dignidade humana em conjugação com o direito à segurança social em situações de carência, o que tem suscitado relevantes questões jusfundamentais

quanto ao seu conteúdo, objeto e força jurídica.

O Tribunal começou por afirmar o novo direito fundamental para justificar restrições legislativas a outros princípios constitucionais, ao justificar a imposição às seguradoras da atualização retrospectiva de pensões por morte causada por acidente de trabalho com o respeito incondicional pela dignidade da pessoa humana, que «exige, antes de mais, a garantia de um mínimo de sobrevivência» (Acórdão n.º 232/1991); e ao sacrificar o direito do credor em ver realizado o seu crédito, através da impenhorabilidade de determinado montante das prestações pagas pelas instituições de segurança social, para cumprimento efetivo da «função inilidível de garantia de uma sobrevivência minimamente condigna do pensionista» (Acórdãos n.ºs 349/1991 e 411/1993).

Num segundo momento, no âmbito da observância do dever estatal de respeito, o Tribunal já reconhece a existência de um direito subjetivo a não ser privado do mínimo de existência condigna, julgando inconstitucionais, por violação do princípio da dignidade humana, normas processuais que admitiam a penhora de prestações sociais, salários ou indemnizações, de que resultasse para o executado o recebimento de quantias inferiores ao salário mínimo nacional, considerando que o encurtamento através da penhora dessa espécie de prestações «constitui um sacrifício excessivo e desproporcionado do direito do devedor e pensionista, na medida em que este vê o seu nível de subsistência básico descer abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com a dignidade humana que a Constituição garante» (Acórdãos n.ºs 318/1999, 177/2002, 62/2002, 96/2004); de igual modo, o direito a não ser privado pelo Estado daquilo que é indispensável a uma existência condigna continuou a ser reafirmado para delimitar a parcela do rendimento – equivalente ao rendimento social de inserção – que não pode ser afetada ao pagamento de prestações de alimentos devidos a filhos menores (Acórdãos n.ºs 306/2005 e 312/2007), e mais recentemente, para impedir a perda total ou parcial do direito à pensão de funcionários e agentes aposentados em substituição da pena de demissão, pela prática de infração disciplinar (Acórdão n.ºs 858/2014, 61/2016, 660/2019 e 392/2020).

Numa terceira fase – a mais relevante neste processo, porque motivada pelo regime jurídico do rendimento social de inserção –, o Acórdão n.º 509/02 vai mais longe, ao admitir expressamente o “direito de exigir do Estado” o mínimo de existência condigna, através de prestações sociais. Este acórdão foi prolatado a propósito de uma alteração legislativa ao regime do rendimento mínimo garantido, que passou a designar-se por «rendimento social de inserção». O universo das pessoas abrangidas pela prestação social foi circunscrito às pessoas maiores de 25 anos, contrariamente ao regime anterior, que abrangia os maiores de 18 anos. A norma em causa foi considerada inconstitucional, em sede de fiscalização preventiva, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade da pessoa humana. O Tribunal socorreu-se da jurisprudência e doutrina alemãs, que retiram do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social, o direito de os cidadãos acederem a prestações que lhes garantam a subsistência, assumindo expressamente a diferença qualitativa em relação aos anteriores restos, ao sublinhar que importa “distinguir entre o reconhecimento de um direito a não ser

privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, ... e um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações". O Acórdão marca o reconhecimento explícito de uma dimensão objetiva e positiva do direito a uma existência condigna, caracterizando as prestações sociais destinadas a assegurar um rendimento mínimo como "uma dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna", intimamente ligada ao "princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda aflorado no artigo 63.º, n.os 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna".

8. Não obstante a Constituição consagrar no artigo 63.º um direito à segurança social, cuja realização exige o fornecimento de prestações por parte do Estado – um típico direito social de natureza positiva –, o direito a um mínimo para uma existência condigna foi extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, contido no princípio do Estado de direito (artigos 1.º e 2.º da CRP), mas também "aflorado" naquela norma constitucional. Este enquadramento confere-lhe estatuto próprio em relação aos demais direitos sociais, na medida em que é concebido como direito autónomo, construído a partir da conjugação do princípio do respeito da dignidade humana com o direito à segurança social. A autonomização do direito a partir do princípio fundante dos direitos fundamentais encontra justificação na necessidade de assinalar, de forma inequívoca, a inadmissibilidade constitucional de medidas que afetem o mínimo para uma existência condigna. Há violação da dignidade da pessoa humana se uma pessoa for involuntariamente colocada ou mantida numa situação de carência de bens materiais que a privam de qualquer possibilidade de autodeterminação real sobre a própria vida. Por isso, apesar do mínimo para uma existência condigna constituir um bem protegido pelo direito constitucional à segurança social, a sua violação é tão grave que se justifica invocar o princípio da dignidade humana. De facto, nas situações em que se nega ou não se presta à pessoa necessitada ajudas mínimas para uma sobrevivência condigna, desaparece a possibilidade de autodeterminação pessoal. Daí que a imposição ao Estado da obrigação de criar as condições mínimas para uma existência condigna a quem delas careça seja vista, como refere Vieira de Andrade, «como um auxílio para a autonomia – "uma ajuda para a autoajuda" – partindo do pressuposto de que a dignidade só se realiza plenamente na autonomia e na liberdade» ("O direito ao mínimo de existência condigna" como direito fundamental a prestações positivas – Uma decisão Singular: Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02", in, *Justiça Constitucional*, 1, 2004, p. 25).

Mas é, sobretudo, enquanto critério de delimitação do conteúdo mínimo dos direitos sociais, nas várias dimensões em que projetam a sua força normativa, que o princípio da dignidade da pessoa humana assume maior relevância. No Acórdão n.º 509/02 identifica-se o «conteúdo mínimo» do direito ao mínimo para uma existência condigna como sendo a expressão essencial da dignidade humana: «a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em

primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana». Logo, dá-se a entender que o âmbito constitucionalmente protegido pelo direito fundamental é conformado pela ideia de dignidade da pessoa humana e que, por isso mesmo, beneficia de uma proteção absoluta.

Porém, este é um domínio de controvérsia doutrinária, seja porque se questiona a natureza jurídico-constitucional do direito – direito de liberdade ou direito social -, seja porque é quanto à determinação do conteúdo constitucionalmente protegido, em termos de se impor positivamente ao legislador e de ser judicialmente exigível, que se levantam as maiores dúvidas dogmáticas. Com efeito, inexistindo uma norma constitucional específica que assegure o mínimo de existência condigna, não é possível delimitar a partir dos artigos 1.º, 2.º e 63.º da CRP um conteúdo suficientemente preciso que permita concluir qual o tipo, a medida e o alcance concreto da prestação a que o Estado está juridicamente obrigado ou o que dele se pode exigir. Deparamo-nos aqui com a impossibilidade de a Constituição pré-determinar um conteúdo que o cidadão possa exigir judicialmente do Estado, pois a prestação material depende de fatores, como o nível de desenvolvimento social e económico e as disponibilidades financeiras, que o Estado pode não controlar.

Na doutrina portuguesa são essencialmente duas as posições que procuram determinar o alcance do direito ao mínimo para uma existência condigna com apelo à dignidade da pessoa humana: uma, identifica o direito com a garantia de conteúdo mínimo dos direitos sociais (Vieira de Andrade); a outra, delimita o conteúdo mínimo a partir do princípio da proibição do défice de proteção da dimensão positiva dos direitos sociais (Reis Novais). Cada uma destas posições reflete diferentes teorias sobre a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, de que resultam diferentes propostas de delimitação do conteúdo normativo que o Estado está constitucionalmente obrigado a assegurar aos cidadãos. Todavia, mesmo quando o conteúdo do direito é determinado pelas exigências do princípio da proibição do défice, que vincula o legislador à realização de um mínimo social, é ainda ideia de dignidade da pessoa humana que permite delimitar, com alcance absoluto, o mínimo de realização obrigatória.

A primeira posição considera o direito fundamental às condições mínimas de existência condigna uma «decorrência normativa da garantia do conteúdo mínimo dos direitos sociais» e que, na sua dimensão negativa – direito a não ser privado daquilo que é indispensável a uma existência condigna -, aproxima-se dos direitos, liberdades e garantias. Mas também pode assumir uma dimensão positiva, quando concebido como direito a prestações estaduais positivas em situação de necessidade, caso em que, por estarem em causa condições materiais para uma existência compatível com a dignidade da pessoa humana, se admite «uma maior vinculação do legislador democrático, comprimindo a ideia da reserva do possível, mesmo em termos financeiros, que só tem verdadeiramente sentido no que excede esse mínimo». Segundo esta teoria – relevância dos direitos sociais a partir da ideia da garantia necessária de um mínimo -, os efeitos jurídicos que podem extrair-se de uma norma que consagra direitos sociais reduzem-se à garantia ou promoção de um mínimo de prestações fácticas, a que acedem os que, por incapacidade própria ou por outras circunstâncias, não dispõem do necessário a uma sobrevivência condigna. Não obstante a delimitação do

mínimo existencial exclusivamente a partir da ideia de dignidade da pessoa humana, que apela à fixação do conteúdo mínimo do direito de modo absoluto e imponderável, entende-se que continua «a haver espaço para conformação legislativa, por não haver uma medida certa nem uma forma única de cumprimento do imperativo constitucional, que não é concreto – é dizer, por não haver um conteúdo fixo do direito a um mínimo para uma existência condigna» (Vieira de Andrade, ob. cit. pp. 26 e 27).

A segunda posição considera que o mínimo de realização exigido, no domínio da dimensão positiva dos direitos sociais, deve ser concretamente determinado a partir da ideia da proibição do défice de proteção, critério que permite averiguar se uma conduta do Estado está abaixo de um nível constitucionalmente exigido. Entende-se que a identificação do mínimo social com o conteúdo mínimo dos direitos sociais, se bem que funcione em “casos extremos” – normalmente resolúveis pela “luta política” ou através da invocação de princípios estruturantes do Estado de direito, tornando redundante a positivação dos direitos –, acaba por debilitar a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, reduzindo toda a sua força jurídica à garantia do mínimo existencial. Já através do princípio da proibição do défice – entendido com sentido autónomo, que se traduz na vinculatividade de realização de um mínimo, e não como “reverso” do princípio da proibição excesso, na dimensão negativa dos direitos fundamentais –, o mínimo adequado à proteção efetiva de um direito social é delimitado em função das circunstâncias e contextos do caso concreto, permitindo assim expandir esse mínimo para além do mínimo absoluto inerente à dignidade da pessoa humana. Ou seja, é a realização de um mínimo, com um alcance relativo, que marca a fronteira entre proteção adequado e proteção insuficiente. Quando o Estado, no cumprimento de um dever de prestação decorrente de norma constitucional, ficar “aquém” daquilo a que está obrigado, está a violar o princípio da proibição do défice.

Todavia, o “mínimo social” determinado por esta teoria – relevância da dimensão positiva dos direitos fundamentais a partir da ideia de proibição do défice de proteção – também começa por ser apurado pelas exigências de garantia da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Reis Novais «o mais longe que se pode ir na delimitação abstrata e definitiva de um mínimo de realização obrigatória é o resultado da associação deste princípio com a dignidade da pessoa humana, na dimensão deste último segundo a qual há violação da dignidade da pessoa humana quando, tendo condições para o evitar, o Estado deixa que alguém seja involuntariamente colocado ou mantido numa situação de penúria material que não lhe permite as condições de autodeterminação pessoal». Portanto, há violação do princípio da proibição do défice sempre que o Estado não garanta as condições fácticas e jurídicas de liberdade necessárias para um exercício autodeterminado dos direitos sociais, pelo menos num patamar de garantia mínima exigido pela dignidade da pessoa humana.

Simplesmente, um tal entendimento do mínimo exigível é «simultaneamente absoluto (no sentido de que se entende que estas exigências de dignidade da pessoa humana não cedem perante quaisquer outros valores), mas também condicionado e relativizado pelos níveis de desenvolvimento económico e moral de determinada sociedade, já que com eles variam as exigências concretas que se entende serem impostas ao

Estado como decorrência imperativa daquele princípio». Ou seja, uma determinação do conteúdo mínimo a partir do princípio da dignidade humana, mas que acolhe «neste princípio uma dimensão de abertura à evolução das conceções sociais e da ideia de justiça que conduz a uma dedução contextualizada e evolutiva das suas exigências jurídicas». Porém, a delimitação do mínimo que vá para além das condições mínimas de subsistência humana deve ainda ser complementada pelo subprincípio da razoabilidade, igualmente integrador da ideia de proibição do défice, que atende às consequências da omissão de prestação estatal na esfera jurídica dos afetados. Assim, «há um défice constitucional de prestação quando a omissão estatal deixa os cidadãos afetados numa situação pessoal intolerável, desrazoável, à luz dos padrões de um Estado de Direito social» (Reis Novais, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, 1.ª ed. Coimbra Editora, pp. 304 a 310).

Na definição do âmbito nuclear da proteção conferida pelos direitos sociais utilizam-se expressões, como «mínimo para uma existência condigna», «mínimo existencial ou vital», «mínimo social», «mínimo de sobrevivência» ou «mínimo de subsistência», que podem não exprimir o mesmo nível de vinculatividade jurídica ou igual garantia de justiciabilidade. O «mínimo de subsistência», «mínimo sobrevivência» ou «mínimo existencial ou vital» traduzem o “mínimo dos mínimos” (Vieira de Andrade), o “último reduto” ou a “garantia mínima de existência fisiológica” (Reis Novais), ou seja, as condições de subsistência indispensáveis a uma vida minimamente digna e que garantem o próprio direito à vida - alimentação, roupa, cuidados de saúde e alojamento - com sujeição do legislador a vinculação estrita e a amplo controlo judicial; já a expressão «mínimo para uma existência condigna», não se refere apenas à mera sobrevivência fisiológica e psíquica, alarga-se também à integração da pessoa na sociedade, à sua existência num contexto sociocultural e às condições reais de uma existência digna em função desse contexto, em que o legislador, não sendo livre, tem maior espaço para definir esse mínimo, e consequentemente mais limitado será o padrão do controlo judicial; por fim, o «mínimo social», que Reis Novais distingue do «mínimo existencial», tem em conta as necessidades coletivas, incluindo as disponibilidades financeiras do Estado, e as necessidades individuais dos particulares, nas suas situações de carência concretas e específicas, sendo apurado através de ponderações e avaliações políticas e financeiras, que reduzem significativamente a possibilidade de escrutínio judicial.

Como se vê, o mínimo para uma existência condigna não é suficientemente determinado no plano constitucional, e por isso, a sua realização jurídica, através de deveres de prestação estaduais e dos correlativos direitos ou pretensões, pressupõe um espaço de conformação legislativa. Como já referido, mesmo para quem o aproxima dos direitos de liberdade, entendido como direito análogo, não deixa de reconhecer que é ao legislador ordinário que, para concretizar o direito, cabe «fazer as opções técnicas e políticas, que devem ser avaliadas em função de um princípio de realidade ou de substancialidade» (Vieira de Andrade, ob. cit. p. 27). O legislador - lê-se no Acórdão n.º 509/2002 - «goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir “quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio”, sem prejuízo de dever assegurar sempre o “mínimo indispensável”. Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que [deem] significado ao pluralismo e à

alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1.º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições. Significa isto que, nesta perspetiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios».

É que, a Constituição não garante, na esfera jurídica do titular do direito fundamental a um mínimo de rendimento, um quantum que possa ser exigido judicialmente do Estado. A criação e manutenção de prestações materiais estatutárias depende de vicissitudes e fatores mutáveis que o Estado pode não controlar ou dominar antecipadamente. Não é, pois, possível obter indicações constitucionais precisas sobre a quantidade juridicamente determinável de acesso ao mínimo para uma existência condigna. Só no plano infraconstitucional, na modelação das concretas prestações juridicamente devidas, pode ser possível atender a fatores, como o nível de desenvolvimento social e económico do país, as disponibilidades financeiras, as opções orçamentais e de afetação de recursos, os modos e formas de organização da segurança social e da solidariedade da comunidade, e a opção por diversos instrumentos alternativos que assegurem, com um mínimo de eficácia, o direito a um rendimento mínimo.

Portanto, o legislador tem, em princípio, uma liberdade de conformação muito ampla quando se trata de escolher os meios de cumprimento de deveres constitucionais de conteúdo positivo, nomeadamente os modelos ou regimes de proteção social dos cidadãos mais carenciados. Cabe-lhe, assim, escolher a espécie de prestação que satisfaça as exigências decorrentes do direito a um mínimo para uma existência condigna e a fixação das condições para o gozo do benefício (v.g. sujeição a manifestação de disponibilidade para o trabalho, formação profissional, etc.), sem que lhes seja negada «a faculdade de determinação de eventuais diversidades de regime, desde logo no contexto de um princípio de diferenciação racionalmente fundado» (Vieira de Andrade, ob. cit., p. 27).

9. Importa, pois, conhecer se a norma da alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, com a redação dada por último pelo Decreto-Lei n.º 90/2017, de 28 de julho, que exclui os reclusos do âmbito do RSI, não garante materialmente a esse grupo de cidadãos um mínimo para uma existência condigna ou um mínimo considerado necessário e adequado ao exercício autodeterminado do direito à segurança social.

À luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, não há dúvida que o Estado tem o dever fundamental de assegurar aos reclusos condições de vida condigna, provendo às suas necessidades básicas e garantindo o exercício dos direitos fundamentais não atingidos pela condenação. Os dados normativos pertinentes – constitucionais, internacionais e regionais – convergem inequivocamente nesse sentido.

O n.º 5 do artigo 30.º da Constituição determina que, «[o]s condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução».

Têm idêntico alcance os princípios gerais enunciados nas Regras-Padrão Mínimas para o Tratamento dos Presos, também denominadas «The Nelson Mandela Rules», aprovadas pela Resolução A/RES/70/175 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 17 de dezembro de 2015, concretizadas através de numerosos preceitos. É de particular importância a seguinte conjugação do disposto nos n.ºs 1 e 2 da Regra 4 (tradução nossa): «Os fins da pena de prisão...são primariamente a proteção da sociedade contra o crime e a redução da reincidência. Tendo isso em vista, as administrações penitenciárias e outras autoridades competentes devem prestar educação, formação profissional e trabalho, assim como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, nomeadamente de natureza reparadora, moral, espiritual, social e desportiva. Tais programas, atividades e serviços devem ser prestados de acordo com as necessidades individuais dos reclusos.»

No âmbito do Conselho da Europa, as Regras Penitenciárias Europeias, aprovadas pela Recomendação Rec(2006)2 do Comité de Ministros, de 11 de janeiro de 2006, preceituam que (tradução oficial), «[a]s pessoas privadas de liberdade conservam todos os direitos que lhes não tenham sido retirados, de harmonia com a lei, por decisão que as condene a pena de prisão ou lhes aplique a medida de prisão preventiva» (artigo 2.º) e «[a]s restrições impostas às pessoas privadas de liberdade devem ser limitadas ao que for estritamente necessário e proporcionadas aos objetivos legítimos que as ditaram» (artigo 3.º). Estes princípios gerais são concretizados através de recomendações em matéria de alojamento (artigos 17.º e 18.º), higiene (artigo 19.º), vestuário (artigo 20.º), alimentação (artigo 22.º), assistência jurídica (artigo 23.º), contactos com o exterior (artigo 24.º), regime penitenciário (artigo 25.º), trabalho (artigos 26.º e 105.º), exercício físico e atividades recreativas (artigo 27.º), educação (artigos 28.º e 106.º), liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 29.º), informação (artigo 30.º), transporte (artigo 32.º), parentalidade (artigo 36.º), saúde (artigos 39.º a 48.º) e ordem e segurança (artigos 49.º a 70.º), para além de disposições específicas a respeito de mulheres (artigo 34.º), menores (artigo 35.º), estrangeiros (artigo 37.º) e minorias étnicas ou linguísticas (artigo 38.º).

No direito ordinário interno, vigora o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (referido adiante pela sigla «CEP»), aprovado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro, na redação dada pela Lei n.º 27/2019, de 28 de março. Os «princípios orientadores» enunciados no artigo 3.º coincidem integralmente com os prescritos ou recomendados nos instrumentos internacionais e regionais, e concretizam o n.º 5 do artigo 30.º da Constituição. Importa destacar, para efeitos da questão que se coloca no presente recurso, os seguintes preceitos: a «execução das penas e medidas privativas da liberdade assegura o respeito pela dignidade da pessoa humana» (n.º 1); a «execução respeita a personalidade do recluso e os seus direitos e interesses jurídicos não afetados pela sentença condenatória» (n.º 2); a «execução respeita os princípios da especialização e da individualização do tratamento prisional do

recluso» (n.º 4); a «execução, na medida do possível, evita as consequências nocivas da privação da liberdade e aproxima-se das condições benéficas da vida em comunidade» (n.º 5); e a «execução promove o sentido de responsabilidade do recluso, estimulando-o a participar no planeamento e na execução do seu tratamento prisional e no seu processo de reinserção social, nomeadamente através de ensino, formação, trabalho e programas» (n.º 6).

O elenco dos direitos do recluso consta das várias alíneas do n.º 1 do artigo 7.º, incluindo-se, entre muitos outros, a «proteção da vida, saúde e integridade pessoal», o «exercício dos direitos civis, políticos, sociais, económicos e culturais», a «proteção da vida privada e familiar e [a] inviolabilidade do sigilo da correspondência e outros meios de comunicação privada» e o «acesso ao Serviço Nacional de Saúde em condições idênticas às que são asseguradas a todos os cidadãos».

A concretização dos princípios gerais e dos direitos dos reclusos, no que diz respeito a alojamento, higiene, vestuário, alimentação, saúde, educação e formação profissional, é objeto dos artigos 26.º a 40.º do CEP. Contempla-se ainda, nos artigos 41.º a 46.º, a possibilidade de o recluso prestar trabalho remunerado, fora ou dentro do estabelecimento prisional, destinando-se a remuneração, em partes iguais, a uso pessoal no período de reclusão, a um fundo de reinserção social para uso após a libertação, ao cumprimento de obrigações emergentes da condenação e ao pagamento de débitos alimentares (n.º 1); no caso de não existirem dívidas, a remuneração é repartida, em partes iguais, entre os fundos de uso pessoal e de reinserção social (n.º 2). O diploma prevê também «programas específicos que permitam a aquisição ou o reforço de competências pessoais e sociais» (artigo 47.º, n.º 1); «atividades socioculturais e recreativas» destinadas a promover o «bem-estar físico e psíquico do recluso» e «favorecer o espírito de convivência social ordenada» (artigo 49.º); e determina que seja «assegurada ao recluso a possibilidade de se manter informado sobre os acontecimentos públicos relevantes, nomeadamente através de acesso a jornais, revistas, livros, emissões de rádio e de televisão». (artigo 73.º).

E quanto a «medidas de apoio social e económico», o CEP dedica-lhe todo o seu Título IX começando por consagrar o princípio geral de que a «situação de reclusão não afeta o direito aos benefícios de segurança social previstos na lei» e acrescentando que, «[n]o decurso da execução das penas e medidas privativas da liberdade é prestado apoio social e económico ao recluso e ao seu agregado familiar que dele careçam para promover e manter os vínculos sociais e familiares e reforçar as condições de reinserção social» (n.os 1 e 2 do artigo 52.º).

Entrando no regime, encontramos o artigo 54.º, com o seguinte teor:

Artigo 54.º

Apoio Social e Económico

1 - O apoio social e económico é prestado segundo critérios de necessidade, razoabilidade e adequação às finalidades da execução, tendo em conta os meios disponíveis e o dever de gestão responsável pelo recluso dos seus recursos próprios.

2 - O apoio social visa, designadamente, contribuir para a resolução de problemas pessoais ou familiares decorrentes da situação de reclusão e o atendimento, informação e encaminhamento para outras entidades públicas e particulares.

3 - O apoio económico consiste na atribuição de prestações pecuniárias ou em espécie, com a finalidade de:

- a). Atenuar necessidades prementes da família do recluso que deste dependa economicamente, nomeadamente através da concessão do rendimento social de inserção;
- b). Facilitar a concretização de contactos com o exterior, em especial de visitas pessoais;
- c). Contribuir para as despesas com transportes e manutenção, quando sejam concedidas licenças de saída jurisdicionais e administrativas de curta duração e de preparação para a liberdade;
- d). Contribuir para as despesas imediatas com transportes e manutenção logo após a libertação do recluso;
- e). Apoiar o desenvolvimento de projetos profissionais do recluso após a sua libertação, designadamente de autoemprego.

4 - O apoio social e económico previsto no presente artigo é prestado nos termos a definir pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas da justiça, do trabalho e da segurança social.

O n.º 2 do artigo 1.º do CEP prevê a sua regulamentação por decreto-lei, o que veio a acontecer com a aprovação do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais (referido adiante pela sigla «REP») pelo Decreto-Lei n.º 51/2011, de 11 de abril, em vigor na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 70/2019, de 24 de maio. O REP contém disposições detalhadas sobre os vários aspetos da vida prisional, nomeadamente, os procedimentos de ingresso no estabelecimento prisional, a transferência de reclusos entre estabelecimentos prisionais, saídas e transporte, os equipamentos e objetos existentes nos espaços de alojamento e as condições da sua utilização, as condições de utilização das instalações para atividades da vida diária, o tipo, quantidade e conservação do vestuário, o tipo, quantidade, acondicionamento e frequência da receção de alimentos do exterior, as condições das visitas a reclusos e as condições de receção e expedição de encomendas, bem como o que respeita à satisfação das necessidades básicas e à efetivação dos direitos sociais dos reclusos, tais como alojamento, educação, saúde, trabalho e segurança social.

No domínio dos apoios sociais e económicos referidos no artigo 54.º do CEP – relativamente aos quais ainda não existe a regulamentação prevista no seu n.º 4 –, o n.º 1 do artigo 97.º do REP impõe aos serviços prisionais o dever de acompanhar os reclusos «com vista especialmente a detetar as situações em que estes não auferem qualquer tipo de rendimentos»; e o n.º 2 dispõe que, «[o]s serviços responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena promovem e propõem ao diretor do estabelecimento prisional as medidas de apoio social e económico que incumbem ao estabelecimento prisional, nos termos definidos de acordo com o previsto no n.º 4 do artigo 54.º do Código». Além dessas medidas, os serviços «informam o recluso sobre as entidades, públicas ou privadas, competentes ou vocacionadas para prestar o apoio social e económico de que necessite ou a que tenha direito, bem como os tipos e características dos apoios disponíveis» (n.º 1 do artigo 98.º); assim como transmitem a essas entidades «os elementos relevantes para a prestação de apoio social e económico que por elas sejam solicitados» (n.º 2 do artigo 98.º).

10. Como se vê, no contexto prisional, a pessoa privada de liberdade é um cidadão que mantém os direitos fundamentais que são reconhecidos aos demais cidadãos. Apesar da incontornável limitação da liberdade, o recluso não se encontra num estado de sujeição impeditivo de invocar direitos e garantias constitucionais, numa espécie de «relação especial poder» desvinculada da lei e da Constituição. Como refere Anabela Rodrigues, não constitui hoje fonte de dúvida que «abandonada a teoria clássica que situava certas relações de vida – designadamente, e pelo que aqui nos interessa, no que se refere aos reclusos – no domínio do «não-direito» e (ou) rejeitada a tese de que os cidadãos que são regidos por estatutos especiais renunciam aos direitos fundamentais ou ficam numa situação de sujeição que implica uma qualquer *capitis deminutio*, surge definitivamente delineada no horizonte jurídico a unanimidade de posições que vêm o recluso como sujeito de direitos, mantendo relações jurídicas – de onde emergem direitos e deveres – com a administração» (A Posição Jurídica do Recluso Na Execução da Pena Privativa de Liberdade, Coimbra, 1982, p. 170).

Todavia, a perda de liberdade e de autonomia – que são os elementos essenciais que fundamentam as penas privativas da liberdade – não deixa de modelar os termos de proteção de alguns direitos fundamentais. Com efeito, quanto ao gozo de certos direitos fundamentais, os reclusos não podem ser tratados como a generalidade dos cidadãos, porque os estabelecimentos prisionais são «instituições» de vigilância, controlo e coerção, enquanto instrumentos de ressocialização, num ambiente em que a segurança e a ordem justificam a imposição de certas limitações. Como refere Vieira de Andrade «deve admitir-se que a ordenação de certos setores de relações especiais entre os indivíduos e o poder possa justificar restrições, também especiais, de alguns dos direitos» (Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2012, 5.º ed., Almedina, p. 293). Assim, a situação especial em que se encontram os reclusos justifica restrições de direitos «inerentes ao sentido da condenação», como é o caso da privação da liberdade ou de deslocação, ou por «exigências próprias da respetiva execução», como acontece com os limites à liberdade de reunião, manifestação, correspondência, contactos com o exterior, etc. (n.º 5 do artigo 30.º da CRP).

O princípio geral de que os reclusos mantêm todos os direitos fundamentais, salvo as limitações inerentes à própria pena de prisão e às exigências da própria execução da pena, dá relevo a um estatuto específico definidor dos limites que traçam a fronteira de intervenção nos direitos fundamentais – e que se traduz na posição jurídica do recluso. Situado no plano constitucional, a conformação do estatuto, em função das especificidades e finalidades do serviço penitenciário, tem que ser realizada por via legislativa e obedecer às demais regras e princípios de limitação de direitos estabelecidas no artigo 18.º da Constituição: não pode afetar o conteúdo essencial dos direitos, deixando intocado o limite absoluto constituído pela dignidade humana; e ter em conta os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, só sendo legítimo sacrificar ou limitar direitos fundamentais se (e só na medida) em que for indispensável à realização dos fins em nome dos quais foi jurídico-constitucionalmente credenciado o estatuto especial do recluso.

Para além dos direitos nucleares no contexto de privação da liberdade (vida, integridade física, liberdade de consciência, proibição da tortura e tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, etc.) e dos direitos associados à dinâmica da vida na prisão (ser tratado pelo nome, manter contactos com o exterior, ser informado sobre direitos e deveres, etc.), a alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º do CEP, em concretizando daquela norma constitucional, garante aos reclusos o exercício dos «direitos sociais, económicos e culturais».

Significa isto, em primeiro lugar, que o estatuto jurídico do recluso integra o corpus nuclear dos direitos sociais como um todo: um direito a um mínimo para uma existência condigna (independentemente de se considerar como direito autónomo ou como pretensão integrada no direito à vida – «mínimo vital» – ou na segurança social – «mínimo social»); um direito à proteção da saúde; um direito a um espaço de alojamento condigno; um direito à segurança social (ou à assistência social); um direito ao trabalho e participação em atividades ocupacionais; e um direito ao ensino (à educação ou à formação). Por outro lado, no que respeita a cada um destes direitos sociais, cujo âmbito normativo é idêntico ao dos outros cidadãos – o recluso continua a ser um cidadão –, há, relativamente ao conjunto abrangente de faculdades, pretensões e garantias que os integram – previstas e reguladas nos vários Títulos do CEP e no REP –, substanciais limitações, umas inerentes à própria pena de prisão e outras justificadas pela própria execução. Para além disso, a integração dos direitos sociais no estatuto jurídico positivo do recluso impõe à administração penitenciária o correlativo dever de realização das correspondentes prestações fácticas destinadas a promover o acesso a esses bens económicos, sociais e culturais.

Dada a particular situação de necessidade em que se encontram os reclusos, emergente de uma relação jurídica duradoura, institucional, de dependência ou perda de autonomia, assume grande importância o cumprimento dos deveres estatutários de prestação. A intensidade dos deveres de prestação estatutários correlativos dos direitos sociais dos reclusos não é certamente inferior aos deveres que existem para com os cidadãos em geral na situação de carência, tanto mais que foi o Estado quem ordenou a reclusão para

satisfazer interesses próprios – a reinserção do recluso na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo “socialmente responsável”, a “proteção de bens jurídicos” e a “defesa da sociedade” (n.º 1 do artigo 1.º do CEP). De facto, a execução da pena privativa da liberdade orientada pela finalidade de socialização pressupõe que o Estado preste o auxílio necessário para que a vida na prisão espelhe, tanto quanto possível, a vida em sociedade, pois, durante o cumprimento da pena, o recluso não pode deixar de ser considerado como fazendo parte da sociedade. Nesse sentido, dispõe o n.º 3 do artigo 5.º do CPE que, no cumprimento dos deveres proteção e promoção dos direitos fundamentais do recluso, a administração penitenciária deve permitir e garantir a normalidade do que é a vida em sociedade.

11. Se é certo que direito a prestações estaduais – com o sentido que se explicitou – faz parte do estatuto positivo de integração social do recluso, resta averiguar se a exclusão das pessoas em cumprimento de pena de prisão do acesso ao «rendimento social de inserção» viola o direito fundamental a um mínimo para uma existência condigna.

A decisão recorrida dá por adquirido que a norma sindicada não tem nenhum efeito restritivo sobre as condições de existência condigna:

«O RSI é, desde a sua génese, uma medida de redução da pobreza, em especial nas suas formas mais extremas, protetora dos grupos de maior fragilidade e vulnerabilidade, em situação de pobreza extrema.

(...)

Mas não em situações em que a subsistência do titular da prestação é assegurada pelo Estado, como sejam o cumprimento de prisão em estabelecimento prisional e a institucionalização em equipamentos financiados pelo Estado.

Ora, é evidente que, se o Estado, noutra das suas vertentes, neste caso através de um Estabelecimento Prisional, já assegura (ou tem essa obrigação) a subsistência do Autor, não lhe cabe, por intermédio da Segurança Social, fazê-lo em duplicado.

Seria até atentatório do princípio da igualdade, no sentido de que estaria a beneficiar os reclusos em relação aos outros titulares de RSI.»

Da leitura do CEP e do REP depreende-se que, pelo menos no plano legal – o único que releva para efeitos de apreciação da constitucionalidade de normas –, as necessidades correspondentes a uma existência condigna são satisfeitas pelos estabelecimentos prisionais, no cumprimento dos deveres especiais de proteção dos reclusos que impendem sobre o Estado. O regime cobre, não apenas aquelas necessidades mais diretamente associadas à sobrevivência, entre as quais o vestuário, o alojamento, a higiene e a alimentação, como um universo alargado de interesses, compreendendo, entre outros bens, a educação, a

formação profissional e atividades recreativas, tudo com o propósito expresso de salvaguardar, na medida do possível, a inserção do recluso na vida da comunidade e de promover a sua plena reinserção social após o cumprimento da pena.

Ou seja, a reclusão penitenciária não implica a privação de bens necessários à sobrevivência e subsistência - o «mínimo existencial ou vital» -, nem de prestações materiais que assegurem o desenvolvimento da personalidade, da participação e integração comunitária - o «mínimo existencial sociocultural». Não são, sequer, razões de sobrevivência física, moral ou de participação na vida em sociedade que justificam o estatuto especial do recluso. São, sobretudo, exigências de socialização que impõem ao Estado o dever de ajuda e solidariedade para com os reclusos, oferecendo-lhes o máximo de condições para prosseguirem a vida sem praticarem crimes. Para evitar a dessocialização dos reclusos - o primeiro objetivo da prisão - , as condições gerais da vida prisional devem aproximar-se, tanto quanto possível, das que caracterizam a vida em liberdade; e naturalmente que um passo importante para adequar a execução da prisão a esta dimensão de socialização está na efetiva garantia de um mínimo para uma existência condigna. Por isso, o sentido socializador da execução da pena de prisão impõe ao Estado deveres de prestação que permitem a realização dos direitos sociais, desde logo, a garantia de um nível mínimo de condições materiais de sobrevivência, sem as quais os reclusos serão incapazes de verdadeira autodeterminação.

Nestas circunstâncias, isto é, garantindo o CEP aos reclusos um mínimo para uma existência condigna, a alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, não pode ser interpretada no sentido de restringir àquela categoria de cidadãos o direito fundamental a um mínimo existencial. Na perspetiva que interessa - a da proteção dos direitos fundamentais - , a norma avulsa contida naquela alínea como restritiva do «rendimento social de inserção» tem que ser interpretada sistematicamente com o conjunto normativo dos direitos e deveres contidos no estatuto jurídico do recluso. Desde logo, chega-se à conclusão que a decisão normativa de excluir os reclusos do âmbito do RSI justifica-se por exigências de conformação do estatuto jurídico do recluso que aconselham a preferência por outro tipo de apoios económicos e sociais; mas também pela impossibilidade do recluso cumprir as condições gerais de atribuição da prestação do RSI, designadamente o «contrato de inserção».

Daí que, não obstante as controvérsias que, após o Acórdão n.º 509/02, se desenvolveram sobre o “conteúdo mínimo” do direito ao mínimo para uma existência condigna, a atribuição do RSI aos reclusos constituiria uma redundância, extravasando a função dessa prestação como meio de suprimento de situações de carência de condições de vida condigna, pelo que a norma sindicada não restringe o direito fundamental.

12. No entanto, pode questionar-se se o subsídio do tipo RSI, pelas suas características, não será o único instrumento de proteção social capaz de assegurar, com um mínimo de eficácia, o direito dos reclusos necessitados a um mínimo de existência condigna.

É que há uma importante diferença entre a prestação do RSI e o tipo de apoios económicos e sociais que podem ser concedidos aos reclusos em situação de necessidade durante a execução da pena de prisão: enquanto o RSI consubstancia uma prestação pecuniária, as prestações realizadas pelos estabelecimentos prisionais destinadas a garantir o mínimo de subsistência são, em grande parte, prestações em espécie. Ora, do ponto de vista do direito fundamental a um rendimento de existência condigna, cujo objeto não se esgota na satisfação das necessidades básicas de sobrevivência, abrangendo as condições para o desenvolvimento da personalidade e a integração comunitária do indivíduo, aquela diferença pode ter alguma relevância. De facto, o dinheiro – como meio universal de trocas, medida comum de preços e reserva de valor económico – concede ao sujeito a maior liberdade de escolha para poder expressar a sua individualidade através de um objeto; pela indeterminação objetiva e abertura de possibilidades que tem, o dinheiro ajusta-se com a maior das facilidades a toda a forma e fim que lhe sejam atribuídos pela vontade, permitindo ao sujeito gerir com autonomia a própria vida.

Fica, então, patente a necessidade de uma parte das prestações através das quais se realiza o direito a um rendimento de existência condigna ser de natureza pecuniária. O Estado pode (e no caso dos reclusos não pode deixar de) prover em espécie a várias das necessidades que integram o objeto do direito – neste sentido, BVerfG, decisão do Primeiro Senado, de 9 de fevereiro de 2010 [Hartz IV], § 138 –, reduzindo-se a necessidade material e o correspondente dever jurídico de realizar uma prestação pecuniária; mas o direito a um mínimo para uma existência condigna também deve suprir, dentro do possível, a carência de meios especificamente pecuniários, indispensáveis para o exercício efetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No contexto da realidade prisional, há necessidades dos reclusos que se incluem nesse âmbito, desde o consumo individual de bens que excedem os providos regularmente pela administração penitenciária – v.g., alimentos fora das refeições, certos produtos de higiene pessoal, tabaco e objetos relacionados com o seu consumo, publicações não acessíveis na biblioteca –, até opções educativas, culturais e recreativas que não integram a oferta gratuita e padronizada do estabelecimento prisional e são compatíveis com regime de reclusão, ou ainda despesas incorridas no gozo de licenças de saída. Quando o recluso não trabalhe, em virtude da idade, invalidade ou da falta de oferta de trabalhou, ou quando não seja possível remunerar as atividades ocupacionais, a carência de meios pecuniários para tais necessidades só pode ser suprida através de medidas adequadas de apoio económico.

Em princípio, nada há de surpreendente que os apoios económicos aos reclusos sejam de espécie diferente da prestação de RSI, destinada a favorecer a inserção social, laboral e comunitária das pessoas carentes de rendimentos. As medidas de apoio social e económico previstas nos artigos 52.º a 55.º do CEP e 97.º a 100.º do REP inserem-se no âmbito de uma execução da pena privativa da liberdade orientada pela finalidade de socialização, que tem como pressuposto um tratamento prisional individualizado e progressivo. Com base na «avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso», é elaborado um «plano individual de readaptação» que deve conter os apoios a prestar ao recluso na resolução de

questões pessoais, familiares e profissionais (artigos 5.º, 19.º e 21.º do CEP). Por isso, o sentido socializador da execução da pena de prisão aponta para medidas de proteção social adequadas a satisfazer as necessidades mínimas do recluso no decurso da prisão e a apoiar atividades e programas de reinserção social que visam preparar o recluso para a liberdade.

As medidas de apoio social e económico não se concretizam exclusivamente através das prestações em espécie acima referidas. O CEP e o REP preveem a atribuição ao recluso de «prestações pecuniárias» para diferentes finalidades: (i) subsídio de incentivo ao ensino (n.º 1 do artigo 39.º); (ii) prémios de aproveitamento escolar (n.º 2 do artigo 39.º) (iii) bolsa de formação profissional (n.º 4 do artigo 40.º); (iv) contribuição para despesas de transporte e manutenção no exterior (alíneas c) e d) do n.º 3 do artigo 54.º; (v) e a concessão de «rendimento social de inserção», para atenuar necessidades prementes da família que dependa economicamente do recluso (alínea a) do n.º 3 do artigo 54.º. Os termos e montantes destas prestações, conforme for o caso, são definidos por portaria do membro do Governo responsável pela justiça, por portaria conjunta desse membro com os membros responsáveis pelas áreas da justiça e segurança social ou pelo diretor do estabelecimento prisional (artigos 39.º, n.º 1, 54.º, n.º 4 do CEP e artigo 73.º, n.ºs 4 e 5 do REP). É verdade que os apoios económicos referidos no n.º 3 do artigo 54.º do CEP ainda não foram regulamentados, o que pode dificultar a sua execução; porém, sem prejuízo do recurso ao meio contencioso previsto no artigo 77.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Mas, desse ponto de vista, o défice de proteção não é imputável ao legislador, mas ao executivo, e a questão não é de justiça constitucional, antes se inscrevendo na esfera própria da justiça administrativa.

Para os reclusos que não auferem qualquer tipo de rendimentos, o CEP substituiu o anterior «dinheiro de bolso», previsto no artigo 76.º do CEP de 1979 (Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto) - uma quantia a atribuir ao recluso para «pequenos gastos» quando, em virtude da sua idade ou invalidez, não podia trabalhar (n.º 1), ou quando não era possível remunerar as atividades ergoterápicas (n.º 2) - por mecanismos de apoio económico encontrados no âmbito da segurança social (artigo 52.º do CEP), em entidades públicas ou privadas vocacionadas para prestar apoio social e económico (artigo 98.º do REP) ou dentro do próprio estabelecimento prisional. Neste caso, um dos critérios a ter em conta na colocação laboral, cuja retribuição do trabalho permite suprir aquele tipo de necessidades, é a «manifesta carência económica ou inexistência de apoio sociofamiliar» (alínea h) do n.º 1 do artigo 80.º do REP; e nos casos de incapacidade pessoal, incompatibilidade com as condições de reclusão ou inexistência de postos de trabalho ou atividades ocupacionais remuneradas, que não sejam resolvidos pela segurança social, o diretor do estabelecimento tem o dever de providenciar pela satisfação das necessidades mínimas do recluso (n.º 2 do artigo 97.º do CEP). Contudo, a circunstância desta situação de necessidade não estar coberta pelo «subsistema da solidariedade», incluído no sistema de proteção social de cidadania do sistema da segurança social - onde se inclui a prestação de rendimento social de inserção - não a afasta do «subsistema de ação social», mais vocacionado para atribuir prestações pecuniárias, de caráter eventual e em condições de excepcionalidade, a pessoas em situação de carência económica ou social (artigos 29.º e 30.º da LBSS).

Naturalmente que, para as pessoas carenciadas, as necessidades sentidas no quotidiano da vida prisional situam-se num patamar inferior às que emergem da vida em sociedade. Para além de o Estado assegurar os bens necessários a uma sobrevivência digna, a autonomia do recluso para consumir bens e gerir dinheiro encontra-se muito limitada, em nome da ordem e segurança do estabelecimento prisional. Com efeito, não é permitida a posse de dinheiro (n.º 10 do artigo 37.º do REP); no ingresso do recluso é criada uma «conta corrente» e um «cartão de utente» destinado à aquisição de bens e produtos disponibilizados no serviço de cantina (artigos 14.º e 15.º do REP); as remunerações e receitas auferidas pela prestação de trabalho e atividade ocupacional são repartidas partes iguais por quatro fundos, podendo apenas ser utilizado um deles - o «fundo de uso pessoal» - para despesas da vida diária (artigo 46.º do CEP); apenas podem ser requisitados e distribuídos alimentos, produtos e objetos úteis constantes de lista aprovada pelo diretor-geral, em dias marcados pelo diretor do estabelecimento, e mediante débito direto e imediato no saldo do cartão de utente (n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 50.º do REP); o diretor-geral fixa o saldo máximo do cartão de utente e o valor máximo que o recluso pode despender, quinzenalmente nas aquisições de cantina (n.º 7 do artigo 50.º do REP); alguns produtos - café, água, produtos de pastelaria e tabaco - podem ser disponibilizados em serviço de venda direta ou em máquinas automáticas, nos horários e condições fixados pelo diretor do estabelecimento prisional (artigo 51.º do REP).

Neste contexto, em que as necessidades básicas do recluso são custeadas pelo Estado e as despesas da via diária na prisão são muito limitadas, justifica-se a opção do legislador por proteger os reclusos numa situação de especial vulnerabilidade através de instrumentos mais próprios da ação social do estabelecimento prisional, da segurança social ou de entidades, públicas ou privadas, vocacionadas para apoios sociais e económicos, do que através de prestações do subsistema de solidariedade - como é o caso do RSI -, destinadas, sobretudo, a prevenir e a erradicar situações de pobreza e exclusão dos indivíduos e dos agregados familiares carenciados de recursos económicos, com vista à sua inserção social e profissional. Nesse sentido, concretizando o n.º 2 do artigo 29.º da LBSS, prescreve o n.º 2 do artigo 52.º do CEP que no decurso da execução das penas privativas da liberdade «é prestado apoio social e económico ao recluso e ao seu agregado familiar que dele careçam para promover e manter os vínculos sociais e familiares e reforçar as condições de reinserção social».

Não resulta da Constituição, muito menos do seu artigo 63.º, que o direito a um mínimo de existência condigna tenha que ser necessariamente realizado através das prestações do RSI, nos termos definidos na Lei n.º 13/2003, de 21 de maio. Como refere Vieira de Andrade «não há uma norma constitucional específica que imponha um subsídio deste tipo - relembrar-se que foi proposta, sem êxito, no processo de revisão de 2001, a consagração da garantia do RMG -, nem há uma imposição suficientemente precisa e concreta de prestação incondicional para todos os casos de necessidade. O RSI ou subsídio equivalente não é uma concretização necessária para tornar exequível a norma que estabelece o direito à segurança social, nem é o único meio de assegurar o mínimo de existência condigna» («O Direito ao mínimo ...», Ob. cit., pág. 28).

De modo algum, o direito a um rendimento de existência condigna, mesmo na sua dimensão prestacional, deve ser confundido com o RSI. Este constitui apenas o principal instrumento legal, na ordem jurídica portuguesa, de realização daquele. Nada obsta, do ponto de vista constitucional, a que legislação futura venha a alterar o regime do RSI ou mesmo a substituí-lo por uma prestação social com características diversas, desde que ao fazê-lo respeite as exigências que decorrem do direito a um rendimento de existência condigna. O legislador tem, em princípio, uma liberdade de conformação muito ampla quando se trata da escolha dos meios de cumprimento de deveres constitucionais de conteúdo positivo, nomeadamente os modelos ou regimes de proteção social dos cidadãos mais carenciados. Nesta como noutras matérias, a força normativa da Constituição dita que a legislação ordinária passa, o direito fundamental fica.

Ora, ainda que se imponha a devida regulamentação, os instrumentos jurídicos atualmente existentes – CEP e REP –, destinados especificamente a promover a socialização dos reclusos, asseguram razoavelmente aos que se encontram numa situação de especial necessidade os apoios económicos necessários e capazes de garantir o mínimo para uma existência condigna. Por conseguinte, a norma de exclusão impugnada não padece de inconstitucionalidade, seja por violação do direito ao mínimo para uma existência condigna, seja por défice de realização do direito à segurança social.

13. O recorrente sustenta ainda que, através da norma da alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, o legislador criou uma «discriminação negativa injustificada face à sua condição social», em desconformidade com o n.º 1 do artigo 13.º e n.º 1 do artigo 63.º da CRP; ao utilizar a “condição social” de recluso como critério de diferenciação negativa na atribuição do RSI, quando as normas constitucionais referem que «todos» são iguais perante a lei e que «todos» têm direito à segurança social, desprotegeu, de forma arbitrária, injusta e desrazoável, um determinado grupo de cidadãos.

Sendo seguro que, por força do artigo 30.º, n.º 5 da CRP, que se limita a concretizar o princípio da universalidade consagrado no artigo 12.º, os reclusos mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, trata-se agora de saber em que medida os reclusos os podem exercer. É que a universalidade dos direitos não significa que todas as pessoas, quaisquer que sejam as circunstâncias e qualidades, possam gozar todos os direitos fundamentais. A própria norma constitucional admite diferenciações de tratamento relativamente a «limitações inerentes ao sentido da condenação» e a «exigências próprias da respetiva execução». Tal como os direitos de liberdade, os direitos sociais são de «todos», mas isso não quer dizer que o dever estadual de os realizar não possa ser diferenciado consoante as necessidades dos particulares e outras circunstâncias, como as disponibilidades financeiras estatais. Nesse sentido, Reis Novais refere que os direitos sociais são direitos de todos, «mas os respetivos deveres de prestação estatal só surgem relativamente a alguém que se encontre abrangido pela respetiva previsão normativa»; por isso, «(s)e todos têm direito à prestação de um mínimo existencial quando se encontram em situação de penúria extrema, um tal direito é universal, mas, obviamente só vai ser aplicado a quem preencher os requisitos

previstos» (Direitos Sociais, ob. cit. p. 48). Portanto, a universalidade dos direitos fundamentais, só por si, não é adequada e suficiente a proibir diferenciações em função da situação e das necessidades das pessoas. Como assinala Vieira de Andrade «(a) universalidade típica dos direitos fundamentais vale apenas enquanto expressão da sua qualificação axiológica como direitos de igualdade, de modo que não pode pretender-se basear na universalidade outras exigências normativas para além daquelas que podem ser feitas ao legislador em função do respeito devido ao princípio da igualdade de tratamento» (“O direito ao mínimo...”, ob. cit. p. 26).

A norma de exclusão contida na alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, diferencia cidadãos reclusos de cidadãos livres tendo como termo de comparação a situação de necessidade em que os dois grupos se encontram. Considera o recorrente que os reclusos integram uma das “categorias suspeitas” enunciadas no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição e, por isso, não devem ser discriminados negativamente em relação à generalidade dos cidadãos.

Se assim for, o padrão de controlo da igualdade não pode ser apenas de mero controlo do arbítrio, averiguando se a exclusão do acesso ao RSI de pessoas condenadas em pena de prisão é racionalmente fundada; impõe-se ir mais além, e escrutinar se há razões capazes de ilidir a presunção da arbitrariedade dessa opção. À partida, a legislação que utilize categorias suspeitas presume-se arbitrária e injustificada. Por isso, a demonstração de que há motivos que justificam a discriminação passa por um controlo judicial de maior densidade, destinado a apurar se há razões não discriminatória que justificam a “exata medida” da diferença de tratamento (Acórdão n.º 308/2018).

O problema que, desde logo, se coloca é o de saber se a condição de recluso constitui uma classificação suspeita. Note-se que o facto de esta categoria específica de pessoas não constar do n.º 2 do artigo 13.º não pode, por várias razões, tomar-se como um dado decisivo. Em primeiro lugar, porque essa disposição não esgota o universo das classificações suspeitas com apoio direto no texto constitucional; depois, porque alguns dos conceitos usados no preceito constitucional são deliberadamente elásticos, casos de «situação económica» e «condição social», de modo a comportarem realidades difíceis de antecipar ou classificar; nada obsta, de resto, a que se considere o estatuto de recluso uma «condição social»; por fim, há de tomar-se o elenco como exemplificativo, reunindo as classificações suspeitas mais relevantes do ponto de vista histórico, tendo em conta que seria manifestamente absurdo proibirem-se apenas algumas razões discriminatórias. O que se mostra decisivo, assim, é o que se pode retirar da ordem constitucional como um todo.

Pode bem dizer-se, com o conforto textual dado pelos artigos 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º e 32.º, que a Constituição concede uma atenção particular aos direitos fundamentais dos visados pelo processo criminal, a lei penal e o direito penitenciário, a qual se manifesta, no que especificamente respeita aos condenados a cumprir pena de prisão, sobretudo nos n.ºs 1, 4 e 5 do artigo 30.º. O facto de este último preceito explicitar um corolário do princípio da universalidade, como que dissipando as dúvidas que pudessem surgir,

evidencia uma preocupação especialíssima com o tratamento dos condenados e reclusos. A preocupação é materialmente fundada. Como acima se referiu, não vai longe o tempo em que os reclusos eram parte de uma «relação jurídica especial» que afastava a possibilidade de invocação de direitos e garantias constitucionais. A condenação penal continua a ser um fator ancestral e poderoso de estigmatização social e a reclusão penitenciária limita grandemente as possibilidades reais de participação na vida democrática; quando não são assediados pelo populismo, os presos tendem a ser esquecidos e por norma não se fazem ouvir.

Todavia, a aceitação de que a norma sindicada faz uso de uma categoria suspeita – a condição de recluso – não significa que a diferenciação verificada com a exclusão desse grupo do âmbito do RSI não esteja suportada por uma fundamentação racional, razoável e objetiva, capaz de justificar a exata medida da diferença de tratamento dos reclusos em situação de necessidade relativamente aos cidadãos que em liberdade se encontram na mesma situação.

Com efeito, no diploma que introduziu na ordem jurídica a norma sindicada, o legislador apresenta a seguinte justificação:

«A situação económica e financeira do País exige uma reavaliação dos regimes jurídicos das prestações do sistema de segurança social, quer do sistema previdencial quer do sistema de proteção social de cidadania, de forma a garantir que a proteção social seja efetivamente assegurada aos cidadãos mais carenciados sem colocar em causa a sustentabilidade financeira do sistema de segurança social.

(...)

No que respeita ao rendimento social de inserção, o Governo procede a uma revisão global do seu regime jurídico, em consonância com os objetivos constantes do seu Programa, reforçando o caráter transitório e a natureza contratual da prestação, constitutiva de direitos e obrigações para os seus beneficiários, enquanto instrumento de inserção e de coesão social.

(...)

Alargam-se as situações de cessação da prestação de rendimento social de inserção, passando a ser causa de cessação, entre outras, a falta de comparência injustificada a quaisquer convocatórias efetuadas pelos serviços gestores da prestação, bem como situações em que a subsistência do titular da prestação é assegurada pelo Estado, como sejam o cumprimento de prisão em estabelecimento prisional e a institucionalização em equipamentos financiados pelo Estado.»

Esta motivação não deixa margem para grandes dúvidas de que o pensamento legislativo não foi o de suprimir direitos, mas o de eliminar, no âmbito de um esforço de consolidação orçamental, o que se supôs constituir um privilégio injustificado. De resto, tendo em conta que o cumprimento de pena de prisão constitui uma causa de cessação do direito ao RSI desde a origem desta prestação, mais do que retirar um

benefício, a lei veio explicitar a sua inacessibilidade pelos visados.

O legislador terá entendido que não faz sentido atribuir aos reclusos, cuja subsistência é assegurada pelo erário público, a mesma prestação que é atribuída a pessoas que não têm outra forma de satisfazerm as suas necessidades materiais. Acresce o facto de aqueles não estarem em condições de assumir uma parte substancial dos deveres a que a generalidade dos requerentes do RSI se vincula através da celebração do «contrato de inserção social», não se podendo quanto a eles, dadas as limitações e escassez do trabalho acessível à população prisional, falar com propriedade no caráter transitório da prestação. Deste modo, os indivíduos em cumprimento de pena de prisão acabariam, se pudessem aceder ao RSI, por gozar de uma proteção social claramente mais generosa do que os demais beneficiários, em resultado, quer da acumulação integral da prestação pecuniária com as prestações em espécie realizadas nos estabelecimentos prisionais, quer da quase completa inexistência quanto a eles das contrapartidas – aliás reforçadas no novo quadro legal – impostas ao comum dos requerentes.

Compreende-se, assim, a razão pela qual os reclusos foram desde o início excluídos do subsídio do RSI. Tendo como referencial («tertium comparationis») a necessidade de ajuda estadual, logo se verifica que o grupo-alvo (cidadãos reclusos) não tem a mesma necessidade de ajuda, por via do RSI, que o par comparativo (cidadãos livres). Isto porque, naquele grupo, é o Estado quem presta a maior parte dos bens necessários para uma existência condigna. Com efeito, tendo em conta a finalidade dos estabelecimentos prisionais, tudo aquilo que se inclui no mínimo existencial ou vital (alimentação, roupa, cuidados de saúde, alojamento), sem cuja existência a dignidade da pessoa humana estaria ameaçada, é prestado pelo Estado durante a execução da pena privativa da liberdade. E se assim é, então a medida da necessidade de cada um dos grupos é diferente: enquanto os reclusos em situação de carência económica têm sempre assegurado pelo Estado a efetivação dos direitos mínimos vitais, através de prestações materiais diversas do RSI, os cidadãos em liberdade só os podem garantir com a atribuição daquele subsídio. Por isso, os deveres de prestação estadual podem e devem ser diferenciados em função da situação e da necessidade de cada grupo. Não surpreende, pois, que as modalidades concretas das prestações e a forma como se repercutem em cada grupo, estejam essencialmente ligadas à necessidade, diferente, de ajuda estatal que cada um apresente. Assim, por força do princípio constitucional da igualdade, o dever de ajuda estatal correlativo do direito a um mínimo necessário para uma existência condigna pode e deve ser exercido de forma diferenciado, consoante as necessidades das pessoas que integram cada um dos grupos.

Como vimos, a propósito do anterior parâmetro, os reclusos encontram-se numa situação especial de relação jurídica com a administração penitenciária que, contrariamente aos cidadãos livres, pode justificar restrições do gozo alguns direitos, fundadas em exigências da própria execução da pena. Estão em causa exigências de conformação do estatuto jurídico negativo e positivo do recluso que o colocam numa relação de desigualdade com a generalidade dos cidadãos. É esse estatuto especial que justifica, em grande parte, a opção legislativa de excluir os reclusos do âmbito do RSI. De facto, face à obrigação estadual de prestar ao recluso, por exigências de execução da pena, os bens necessários a uma existência condigna, impõe-se

prosseguir a igualdade pela diferenciação com quem não tem acesso a esses bens, tratando desigualmente os desiguais. Apesar de associada a uma categoria suspeita, há razões que justificam, de forma adequada, indispensável e justa, o diferente modo de manifestar a solidariedade de toda a comunidade: os cidadãos livres, através das prestações do RSI, próprias do subsistema de solidariedade; os cidadãos reclusos, por via das prestações inerentes à execução da pena e de medidas adequadas do subsistema de ação social, especialmente dirigidas a reclusos. Por outro lado, apesar de não ser crível que a medida de exclusão do acesso tenha impacto orçamental significativo, é compreensível a preocupação do legislador com a justiça na distribuição dos sacrifícios de políticas de contenção e sustentabilidade, dando-se prioridade à eliminação ou prevenção de desperdícios, redundâncias e privilégios. Trata-se de racionalizar a despesa pública, visando-se o desígnio – legítimo – de promover a equidade na proteção social.

Tanto basta para concluir que a diferenciação é constitucionalmente legítima, mesmo quando verificada em domínios suspeitos, e em consequência, a norma contida na alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, não viola o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição.

14. Por último, o recorrente questiona a constitucionalidade da exclusão do subsídio de RSI com fundamento na violação do n.º 4 do artigo 30.º da CRP, que dispõe que «(n)enhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos».

No seu entender, a exclusão do acesso ao RSI por quem se encontra a cumprir pena de prisão consubstancia um efeito sancionatório automático – a supressão de um direito – baseado no juízo do legislador sobre o demérito dos indivíduos condenados a cumprir uma pena de prisão; já a decisão recorrida, ao contrário, considera que a norma sindicada não extingue um direito já constituído na esfera jurídica do interessado, antes estabelecendo uma condição para a respetiva aquisição, de modo que não se trata aqui de perda de direitos, mas de frustração de expectativas.

Porém, não se afigura que o recorrente tenha razão.

Desde logo, o teor literal da alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, não permite associar a condição negativa aí contida a um efeito necessário de certas penas ou à condenação por determinados crimes. A norma que dela se extrai limita-se a estabelecer como condição do reconhecimento do direito ao RSI o facto do requerente não se encontrar a «cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional». Portanto, é derivado à execução da pena – à reclusão –, e não propriamente ao crime e respetiva condenação, que o legislador impede o recluso de aceder à prestação de RSI. De forma alguma resulta do texto daquela alínea que a condição de caráter negativo se integra num sistema de punição, em que à prática de determinado crime (ou à condenação em certa pena) corresponde automaticamente, sem a mediação do juiz, outra sanção para além da pena principal.

Depois, reiterando tudo o que se disse, o sentido normativo extraível daquela disposição não é o de

restringir o direito dos reclusos a um mínimo para uma existência condiga, mas apenas não conceder a prestação de RSI a uma categoria de cidadãos que, em virtude de um estatuto especial, o exercem de forma diferente. Por isso, não se trata de “perda de direitos” já constituídos na esfera jurídica do interessado, pela meridiana razão de que não se pode perder o que não se possui, nem sequer de frustração de “expectativas jurídicas” (a entender-se que também estão abrangidas pela proibição da norma constitucional, como parece sugerir o Acórdão n.º 331/2018), porque a existência de prestações alternativas correlativas do mesmo direito impede que elas se formem.

É certo que a reclusão é um facto impeditivo do acesso ao subsídio do RSI; mas não é constitucionalmente proibido que à condenação em pena de prisão se sigam, necessariamente, certas consequências. O que se veda é que uma certa condenação penal produza automaticamente, por mero efeito da lei, a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos. Na verdade, o que recorrente parece pretender extrair do disposto no n.º 4 do artigo 30.º é algo que nada tem a ver com a problemática da automaticidade dos efeitos da aplicação de certas penas ou da condenação por certos crimes. A proibição dos chamados “efeitos necessários das penas” assenta no facto de esses efeitos representarem um obstáculo à realização de um fim essencial das penas - o da ressocialização do delinquente -, mas também, e sobretudo, no caráter infamante e estigmatizante que tais efeitos inelutavelmente implicam. Por isso, o legislador não pode configurar a perda de direitos, como um efeito ope legis, aquando da aplicação de uma dada pena, em detrimento de uma decisão que pondere as circunstâncias concretas de cada caso (Acórdãos n.ºs 203/2000, 376/2018 e 145/2021). Ora, a norma que exclui os reclusos do regime do RSI não representa um obstáculo à realização daquele objetivo, não provoca no recluso efeitos estigmatizantes, nem convoca ponderações adicionais ao facto ilícito e culposo que determinou a aplicação da pena privativa da liberdade.

Por fim, a exclusão do acesso ao RSI não se encontra no domínio de incidência da proibição constitucional, porque não tem finalidade punitiva ou censória (Acórdão n.º 376/2018). A norma não tem por base um juízo do legislador sobre o demérito dos indivíduos condenados a cumprir pena de prisão, um juízo sobre o mérito cívico ou qualidades de caráter que, valorando a conduta passada – ajuizar da virtude –, entende não merecerem a solidariedade da comunidade; de resto, semelhante desígnio colidiria com a proibição de automaticidade dos efeitos das penas e com o princípio do respeito pela dignidade humana, princípio da culpa e princípio da necessidade da pena, figurando o condenado como um proscrito. Conforme resulta da jurisprudência constitucional, os efeitos da pena estão submetidos ao princípio da proporcionalidade, «no sentido de que qualquer “efeito (acessório) da pena” pressupõe, por um lado, uma certa gravidade do facto praticado e, por outro, uma fundada conexão entre o efeito (o direito que deve ser declarado perdido) que se quer determinar e o facto criminoso praticado» (Acórdãos n.ºs 327/1999, 176/2000, 154/04, 331/2016). Ora, a “perda do direito” à prestação do RSI por quem se encontra a cumprir pena de prisão não tem um efeito sancionatório conexionado com anterior prática de crime e consequente aplicação de pena de prisão, como logo demonstra o facto da perda desse tipo de subsídio também se verificar relativamente a quem se encontra em «prisão preventiva», situação em que só existem “fortes indícios” de crime, ou

«institucionalizado em equipamentos financiados pelo Estado» (alíneas k) e l) do artigo 6.º da Lei 13/2003, de 21 de maio), casos em que a perda do direito nunca poderia constituir um efeito automático consequente da aplicação de uma pena. Como vimos, a norma de exclusão extraível daquele preceito funda-se no facto da solidariedade de toda a comunidade - já existente à data da introdução do RSI - dever ser efetivada no âmbito de aplicação do estatuto especial a que estão sujeitos os cidadãos em cumprimento de pena de prisão ou institucionalizados em equipamentos financiados pelo Estado.

Não se trata, pois, de um efeito necessário da condenação pela prática de um crime coberto pela proibição do n.º 5 do artigo 34.º da CRP.

III - Decisão

Pelo exposto, decide-se:

- a) Não julgar inconstitucional o segmento da alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, que estabelece como condição do reconhecimento do direito ao rendimento social de inserção o facto de o requerente «não se encontrar (...) a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação».
- b) Em consequência, negar provimento ao recurso e manter a decisão recorrida.
- c) Condenar o recorrente em custas, fixando-se a taxa e justiça em 25 UC's, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 303/98, de 7 de outubro.

Lisboa, 13 de maio de 2021 - Lino Rodrigues Ribeiro - Maria José Rangel de Mesquita - Joana Fernandes Costa (vencida, nos termos da declaração anexa) - Gonçalo de Almeida Ribeiro (vencido, nos termos da declaração anexa) - João Pedro Caupers

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencida.

1. Ao contrário da posição que fez vencimento, considero que a norma constante do artigo na alínea k) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, no segmento em que exige como condição do reconhecimento do direito ao RSI que o requerente não se encontre «a cumprir pena de prisão em estabelecimento prisional, salvo nos 45 dias anteriores à data previsível de libertação», é inconstitucional, por violação do direito a um mínimo de existência condigna, extraído dos artigos 1.º e 63.º, n.º 3, da Constituição, na sua dimensão positiva ou prestacional. Nas palavras do Acórdão n.º 509/2002, do «direito

a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna», que tem como correlativo o dever do Estado «garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais» os «pressupostos mínimos» para «uma existência humanamente digna» (BverfGE, 82, 60 (85)) e comete «ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho». Trata-se de um direito dos cidadãos - de «todos» os cidadãos (idem) - a prestações positivas de natureza fáctica, cuja efetivação é, em regra, assegurada pelo sistema de proteção social de cidadania, (alínea b) do n.º 2 do artigo 26.º da LBSS), ao qual cabe cobrir a eventual «falta ou insuficiência de recursos económicos dos indivíduos e dos agregados familiares para a satisfação das suas necessidades essenciais e para a promoção da sua inserção social e profissional» (alínea a) do n.º 1 do artigo 38.º da LBSS) através das prestações de rendimento social de inserção (alínea a) do n.º 1 do artigo 41.º da LBSS).

2. É sabido que, em matéria de cumprimento dos imperativos constitucionais de tutela, o legislador dispõe de uma ampla margem de liberdade de conformação, sendo a ele que em definitivo cabe a definição do tipo de proteção que deve ser realizada. Esta liberdade de conformação é, no entanto, exercida no interior de uma espécie de moldura, que tem como limite máximo a proibição do excesso e cujo limite mínimo - o único que aqui releva - coincide com a proibição da proteção deficitária ou insuficiente.

É sabido também que a proibição do défice de proteção não impõe ao legislador a colocação do direito ordinário no ponto ótimo da proteção constitucionalmente devida, mas apenas o impede de descer abaixo de um certo mínimo de proteção. Uma vez que exigência formulada pela proibição do défice de proteção é apenas a de que o direito infraconstitucional ofereça, no seu conjunto, através da soma articulada dos seus elementos, uma proteção suficientemente eficiente de determinado direito fundamental, o legislador não está impedido de reduzir (ou, eventualmente, até mesmo eliminar) um padrão de proteção já alcançado; o que não pode é colocar com isso a ordem jurídica aquém do nível mínimo de proteção imposto pela Constituição.

Partindo destas premissas, a questão que se coloca no presente recurso é, a meu ver, a de saber se, ao converter o cumprimento da pena em estabelecimento prisional numa condição negativa de acesso ao RSI, o legislador não só fez baixar o nível de proteção do direito daquela categoria de condenados a um mínimo de existência condigna, como, ao não fazer acompanhar essa conversão da garantia de acesso a um qualquer meio pecuniário de suprimento de uma eventual carência de recursos, colocou o direito infraconstitucional, no seu conjunto, num ponto vedado pelo princípio da proibição da insuficiência.

A resposta é, quanto a mim, claramente afirmativa, em parte pelas razões que são apontadas no presente Acórdão.

3. A primeira dessas razões prende-se com o objeto do direito a um mínimo de existência condigna. Sendo «ainda a ideia de dignidade da pessoa humana» que, como refere o Acórdão, «permite delimitar, com

alcance absoluto, o mínimo de realização obrigatória» (ponto 8.), tenho por certo que a determinação do que seja esse mínimo só pode fazer-se com base na conceção da pessoa como sujeito moral e autónomo, o que lhe atribui, logo à partida, um significado qualitativamente diverso do sentido sugerido por «mínimo existencial ou vital» ou «mínimo de sobrevivência».

Do ponto de vista da realização do imperativo constitucional de tutela, decorre daqui uma importante consequência: se o objeto do direito é um rendimento de existência humana ou condigna, a prestação que lhe corresponde não há de poder esgotar-se na satisfação direta das necessidades básicas de sobrevivência dos cidadãos carenciados, designadamente através de prestações em espécie asseguradas pelo Estado; na medida em que leva pressuposta a condição de ser-pessoa e esta postula o reconhecimento de uma inalienável dimensão de autodeterminação pessoal, o direito a um rendimento de existência condigna há de contemplar, ao menos em parte, a prestação de meios especificamente pecuniários, sem os quais não é possível garantir aquele mínimo de liberdade de decisão e de escolha indispensável ao exercício efetivo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A segunda razão diz respeito ao estatuto dos condenados em pena de prisão.

De acordo com n.º 5 do artigo 30.º da Constituição, estes «mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução». As limitações expressamente autorizadas pela Constituição são apenas as que derivam - rectius, as que não podem deixar de derivar - da privação de liberdade determinada pelo ingresso do condenado em meio prisional e da realização dos objetivos e finalidades institucionais que tal ingresso estão associados. Como nota Figueiredo Dias, «[a] visão do recluso, promovida de certo modo pela cláusula da estadualidade de direito social, é agora a de uma pessoa sujeita a um mero 'estatuto especial', jurídico-constitucionalmente credenciado (...) e que deixa permanecer naquela a titularidade de todos os direitos fundamentais; à exceção daqueles que seja indispensável sacrificar ou limitar (e só na medida em que o seja) para realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico-constitucional credenciou o estatuto especial respetivo» (Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 111-112).

Conservando os reclusos a sua condição de ser-pessoa, as limitações que decorrem daquele estatuto especial não importam (e, sobretudo, não autorizam) a supressão de todas as dimensões em que se projeta e exerce a liberdade de autodeterminação pessoal, em especial até ao ponto que seria necessário para poder afirmar-se que o Estado, na medida em que provê em espécie à satisfação das necessidades da população prisional, assegura de forma suficientemente efetiva àquela categoria de cidadãos o direito ao mínimo de existência condigna. Este pressupõe a prestação, em alguma medida, de meios aptos a permitir que, em caso de falta ou insuficiência de recursos, o recluso não seja efetivamente privado do poder de, dentro das limitações inerentes à privação da liberdade ambulatória, continuar a conformar-se a si próprio, prevalecendo-se da pequena dimensão que desse poder conserva após o ingresso em meio prisional.

4. A posição que fez vencimento considera que, através do regime constante no CEP e respetiva regulamentação, o legislador assegurou, em termos suficientemente eficientes, o direito dos reclusos carenciados a um mínimo de existência condigna, já que vinculou o Estado ao dever de providenciar pela satisfação das respetivas necessidades em matéria de alojamento, higiene, vestuário, alimentação, saúde, educação e formação profissional (artigos 26.º a 40.º do CEP), de lhes facultar a possibilidade de prestação de trabalho remunerado, fora ou dentro do estabelecimento prisional (artigos 41.º a 46.º do CPE) e, por último, de concretizar, através de regulamentação própria, as medidas de apoio económico destinadas ao «recluso e ao seu agregado familiar que dele careçam para promover e manter os vínculos sociais e familiares e reforçar as condições de reinserção social» (artigo 54.º do CEP).

Embora aceite que o direito a «um mínimo para uma existência condigna também deve suprir, dentro do possível, a carência de meios especificamente pecuniários» que tenderá a verificar-se «quando o recluso não trabalhe, em virtude da idade, invalidade ou da falta de oferta de trabalho, ou quando não seja possível remunerar as atividades ocupacionais» (ponto 12.) entende, todavia, a maioria que, ao prever a possibilidade de o apoio económico vir a ser nestes casos prestado através da «atribuição de prestações pecuniárias ou em espécie» para alguma das finalidades previstas nas alíneas a) a e) do n.º 3 do artigo 54.º do CEP, a par de outras como o subsídio de incentivo ao ensino (artigo 39.º, n.º 1), prémios de aproveitamento escolar (artigo 39.º, n.º 2) e bolsa de formação profissional (artigo 40.º, n.º 4), o legislador cumpriu, relativamente àquela categoria de sujeitos, o nível mínimo de proteção que lhe é imposto pelos artigos 1.º e 63.º, n.º 3, da Constituição.

5. A minha divergência reside essencialmente nesta conclusão.

Aceitando-se que o direito ao mínimo de existência condigna pressupõe a atribuição de prestações pecuniárias pela razão de que «estas se ajustam com a maior das facilidades a toda a forma e fim que lhe sejam atribuídos pela vontade, permitindo ao sujeito gerir com autonomia a própria vida», não é possível sustentar simultaneamente, pelo menos sem risco de contradição, que a atribuição de prestações apenas eventualmente pecuniárias, ou a atribuição de prestações pecuniárias para a realização de finalidades específicas pré-determinadas, pode constituir, do ponto de vista da realização daquele direito, um equivalente ou sucedâneo funcional do chamado «dinheiro de bolso», que se encontrava previsto no artigo 76.º do CEP de 1979 (Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto) ^{3/4} uma quantia a atribuir ao recluso para «pequenos gastos» quando, em virtude da sua idade ou invalidez, não podia trabalhar (n.º 1), ou quando não era possível remunerar as atividades ergoterápicas (n.º 2). É que, enquanto este constitui um efetivo instrumento de realização da margem mínima de liberdade de decisão e de escolha pessoal que remanesce após a reclusão, aquelas prestações, seja porque não são necessariamente pecuniárias, seja porque, sendo pecuniárias, se encontram necessariamente adstritas à realização de finalidades selecionadas pelo legislador, relevam de uma visão heterónoma e tutelar das necessidades de autodesignação do condenado, que é contrária à ideia de autodeterminação individual na base da qual

deve ser perspetivado e conformado, de um ponto de vista qualitativo, o mínimo de existência condigna.

É por isso que, ao vedar aos reclusos carenciados o acesso ao IRS sem simultaneamente lhes assegurar, ainda que segundo um modelo de atribuição e quantificação próprio, uma qualquer prestação de natureza pecuniária alternativa, o legislador colocou o direito infraconstitucional, no seu conjunto, aquém do limite mínimo de proteção do direito ao mínimo de existência condigna imposto pela proibição da insuficiência.

6. Apenas duas notas finais.

A primeira para notar que, situando-nos no âmbito do controlo jurisdicional do cumprimento do dever de proteção do direito a um mínimo de existência condigna, a especial vulnerabilidade inerente ao estatuto especial do recluso assume um peso não desprezável. A impossibilidade de o recluso obter por si os meios necessários a assegurar uma existência condigna e o grau de dependência perante terceiros em que se vê dessa forma colocado reforçam a importância do cumprimento pelo legislador do dever de assegurar a atribuição de algum tipo de prestação pecuniária, na medida indispensável a tornar suficientemente efetivo, e não meramente aparente, aquele importante reduto de autodeterminação individual que não é atingido pela privação da liberdade.

A segunda nota serve para sublinhar que, estando em causa a privação de uma certa categoria de pessoas $\frac{3}{4}$ os reclusos $\frac{3}{4}$ do acesso a qualquer tipo de prestação pecuniária, a conclusão aqui defendida não é invalidável através de argumentos relacionados com a subordinação da dimensão prestacional dos direitos económicos, sociais e culturais, à chamada reserva do financeiramente possível.

Joana Fernandes Costa

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido, com base nas seguintes razões, largamente extraídas do projeto de acórdão que apresentei na qualidade de titular primitivo do processo.

1. A questão que se coloca no recurso é a de saber se esta condição negativa de acesso – o requerente não estar preso – é constitucional, designadamente por violar o segmento do n.º 3 do artigo 63.º da Constituição que determina dever o sistema de segurança social proteger os cidadãos em «situações de falta ou diminuição de meios de subsistência».

O Acórdão n.º 509/02 é o ponto de partida necessário para apreciar a questão. Nesse aresto, o Tribunal começou por rejeitar a ideia de uma proibição geral de retrocesso social, distinguindo entre as situações em que da interpretação constitucional resulta uma «ordem de legislar suficientemente precisa e concreta» em matéria de direitos sociais – como aquela sobre a qual incidiu o Acórdão n.º 39/84, em que foi

declarada a inconstitucionalidade de uma norma revogatória da quase totalidade do diploma que estabelecia as bases do Serviço Nacional de Saúde –, casos em que «a margem do legislador para retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima», daquelas situações, de resto mais comuns, em que, não havendo determinação constitucional do nível de proteção social e dos meios da sua realização, «a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais. Como os tais «casos-limite» são aqueles em que é atingido o «conteúdo mínimo» do «direito a um mínimo de existência condigna», é esse direito – e não uma proibição geral de retrocesso social – o verdadeiro fundamento de um eventual juízo de inconstitucionalidade.

O Tribunal procurou desta forma uma via média entre a proibição do retrocesso social e a ineficácia normativa dos direitos sociais. O legislador – lê-se na decisão – «goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir “quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio”, sem prejuízo de dever assegurar sempre o “mínimo indispensável”. Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que [deem] significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições.» Uma vez verificado que, «não existem hoje (...) instrumentos alternativos ao rendimento social de inserção que possam garantir, em todos os casos, para os jovens entre os 18 e os 25 anos por ele não abrangidos, o direito a um mínimo de existência condigna», a proteção constitucional de um «conteúdo mínimo» constituiu razão suficiente para o Tribunal se pronunciar pela inconstitucionalidade da norma então submetida a apreciação. Coloca-se, porém, o problema de fundo de saber se a ordem constitucional salva guarda apenas o conteúdo mínimo da dimensão positiva do direito a um rendimento de existência condigna ou se, pelo contrário, protege este direito na sua totalidade. Ora, a esta noção de «conteúdo mínimo» do direito a um rendimento de existência condigna podem dirigir-se duas objeções decisivas.

Em primeiro lugar, ela pressupõe a determinação a priori, sem recurso a ponderações ou dados de conjuntura, de um núcleo invariável e impostergável do direito, o mesmo é dizer, de um nível absolutamente necessário de rendimento mínimo. Acontece que isso é impossível. Para além das conhecidas dificuldades inerentes à definição do «conteúdo essencial» dos direitos de liberdade, cabe sublinhar que a realização da dimensão positiva dos direitos sociais, e de forma ainda mais evidente de um direito a um rendimento de existência condigna, está sujeita a uma reserva conjuntural de possibilidade ou sustentabilidade financeira, cuja avaliação não dispensa o protagonismo do legislador. Significa isto que a tentativa de distinguir entre um «mínimo» impermeável a considerações de conjuntura e mediações legislativas e uma «auréola» em que o legislador tem rédea mais ou menos solta, ressalvados princípios estruturantes como o da igualdade, está destinada a fracassar nos seus propósitos de definição das margens de intervenção judicial e política na generalidade das situações. Imagine-se que o legislador, ao

substituir o rendimento mínimo garantido pelo rendimento social de inserção, tinha decidido, em vez de excluir os indivíduos entre os 18 e os 25 anos do acesso à prestação, atribuir-lhes metade do rendimento-padrão – respeitaria tal opção o «conteúdo mínimo» do direito? Acresce que, perante a impossibilidade de determinação a priori de um rendimento mínimo, o caminho previsível é o de definir o núcleo do direito através de noção de «sobrevivência», o que, para além de remeter o problema para a indeterminação desse conceito, degrada o objeto do direito fundamental e descaracteriza a sua identidade axiológica.

Em segundo lugar, a redução da tutela constitucional ao respeito por um «conteúdo mínimo», ainda que se admitisse que este pode ser determinado, implica a impossibilidade do controlo judicial das opções legislativas situadas para além desse domínio. A divisão de competência entre o legislador e o juiz seria estabelecida segundo um critério extensivo: ao juiz o «conteúdo mínimo», ao legislador o «resto do direito». Ora, não é este o paradigma constitucional de controlo judicial das restrições ou limitações legislativas aos direitos fundamentais. A ordem constitucional não acolhe apenas o «conteúdo mínimo» da liberdade de expressão, do direito de reserva de intimidade da vida privada, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da presunção de inocência, do direito à saúde ou do direito à educação; os direitos fundamentais integram-na plenamente. Ao mesmo tempo, reconhece-se a necessidade de restrição dos direitos «para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (n.º 2 do artigo 18.º da Constituição), confiando-se essa função ao legislador e sujeitando-se as opções deste a controlo judicial. A repartição de competência entre os dois, para além do facto estrutural de a função jurisdicional ser passiva, resulta essencialmente da intensidade do escrutínio judicial da proporcionalidade das medidas legislativas; quanto mais robusto o controlo, menor é a margem do legislador, fundada no princípio democrático e na separação de poderes, para fazer prevalecer a sua própria ponderação. Mas a questão da extensão do controlo é independente da questão da sua intensidade: todas as restrições, ligeiras ou severas, admitem escrutínio judicial, podendo este ser mais ou menos robusto.

2. Em vez do paradigma do conteúdo mínimo, justifica-se assim a noção de que a proteção constitucional abrange todo o direito fundamental a um rendimento de existência condigna, nas suas dimensões negativa e positiva, sem prejuízo da possibilidade de restrições nos termos gerais, nomeadamente com respeito pelo princípio da proporcionalidade, que podem ser submetidas a controlo judicial de intensidade variável consoante as implicações concretas do princípio democrático e da separação de poderes. Esta é a forma mais adequada de se evitarem os extremos da proibição geral do retrocesso social e da ineficácia normativa dos direitos sociais. A questão de constitucionalidade dos presentes autos pode ser reformulada, a esta luz, como a de saber se a norma que estabelece a exclusão das pessoas em cumprimento de pena de prisão do acesso ao RSI constitui uma restrição do direito fundamental a um rendimento de existência condigna, compreendido na vertente assistencial do direito à segurança social, e, em caso de resposta afirmativa, se essa restrição é legítima e proporcional.

2. É inegável que, ao contrário do que sucede com a generalidade dos direitos de liberdade, como o direito

à vida ou a liberdade de expressão, o objeto dos direitos sociais é um artefacto jurídico. Porém, o facto de a existência do objeto depender da legislação não significa que a essência do objeto esteja na disposição do legislador. Para além dos casos de definição constitucional explícita de algumas dimensões do objeto do direito – servem de exemplos, a propósito do direito à segurança social (artigo 63.º), o carácter «unificado e descentralizado» do sistema (n.º 1), a especificação das principais eventualidades cobertas (n.º 2) e o dever de contabilização de «todo o tempo de trabalho» (n.º 3) –, a obra legislativa é guiada, mesmo no que diz respeito a um direito largamente não-escrito, como é o direito a um rendimento de existência condigna, pela teleologia da proteção constitucional.

Foi desse modo que, no seu acórdão de 9 de fevereiro de 2010 sobre a Hartz IV Gesetz, que dispõe sobre o equivalente germânico do RSI, o Tribunal Constitucional Federal, interpretando uma constituição formal omissa em matéria de direitos sociais, definiu as seguintes condições de conformidade constitucional da legislação em matéria de suprimento de situações de carência de meios, atendendo ao direito fundamental a um rendimento de existência condigna: (i) propósito expresso e manifesto do legislador de assegurar um rendimento de existência condigna; (ii) definição, no âmbito da sua margem de conformação (Gestaltungsspielraum), de um método de cálculo apropriado para a determinação de um rendimento mínimo; (iii) ponderação correta e completa dos factos essencialmente relevantes para esse efeito; (iv) aplicação consistente e transparente do método de cálculo adotado, sem desvios infundados ou inexplicados (BVerfG, decisão do Primeiro Senado, de 9 de fevereiro de 2010 [Hartz IV], §143). O Tribunal entendeu nessa ocasião que, apesar de o «método estatístico» adotado pelo legislador ser globalmente adequado, o facto de a lei não prever a possibilidade de benefícios adicionais para «necessidades especiais irrefutáveis» (unabweisbarer besonderer Bedarf) não cobertas pela prestação periódica viola o direito fundamental a um rendimento de existência condigna.

A jurisprudência constitucional alemã demonstra que, apesar de o objeto do direito social ser um artefacto jurídico, é perfeitamente possível confrontar o objeto positivo imputável ao legislador com o objeto ideal a nível constitucional, sem prejuízo da abertura deste a um universo mais ou menos amplo de concretizações. A objeção tradicional da «indeterminação», pode dizer-se, subestima o alcance das normas constitucionais no domínio dos direitos sociais, ao mesmo tempo que exagera a determinação das normas relativas aos direitos de liberdade, desconsiderando o facto de que a identificação e a delimitação do objeto do direito, ainda que este se encontre constituído na realidade, reclama critérios jurídicos. De resto, o problema não se coloca exclusivamente neste domínio; alguns direitos de liberdade incidem sobre objetos artificiais, sem que se coloque em causa a possibilidade de submeter a obra legislativa ao confronto com a norma constitucional. Um exemplo importante é dado pela garantia do juiz natural, consagrada no n.º 9 do artigo 32.º da Constituição, cujo objeto é «configurado ou conformado normativamente – isto é, pelas regras de determinação do juiz “natural”, ou “legal”» e cujo conteúdo compreende «uma dimensão positiva, consistente no dever de criação de regras, suficientemente determinadas, que permitam a definição do tribunal competente segundo características gerais e abstratas» (Acórdão n.º 614/2003).

3. Ainda que se conceda que os direitos sociais não são indeterminados ao ponto de estar «em geral» excluída a força paramétrica das normas que os consagram, pode pensar-se que, na sua dimensão positiva, correlativa de deveres estatais de facere, a sua eventual violação consubstancia uma inconstitucionalidade por omissão, cuja verificação depende de um processo próprio em que os poderes da jurisdição constitucional são, tendo em conta a sua natureza de «legislador negativo», francamente limitados.

Esta objeção é procedente quando se trata de garantir judicialmente um dever de facere integralmente por cumprir, em virtude da inéria histórica do legislador, ou cumprido de modo defeituoso no momento da concretização legislativa, em virtude do grau insuficiente da proteção concedida. Em tais situações, o objeto da apreciação judicial é efetivamente uma omissão: absoluta, no primeiro, porque não há sequer uma norma submetida a controlo judicial; relativa, no segundo, porque se trata de determinar a diferença entre o nível de proteção legal e o constitucionalmente exigido. Não é assim, todavia, quando se trata de apreciar a constitucionalidade de uma ação do legislador que tem por efeito a exclusão de certa categoria de pessoas do acesso ao bem social ou a redução do nível de proteção social anteriormente concedido pela lei; nesses casos, o controlo judicial incide sobre uma norma, e a questão que se coloca é a de saber se a exclusão ou regressão, consoante os casos, constitui uma restrição desproporcionada do direito social relevante.

O fenómeno não é exclusivo dos direitos sociais, encontrando lugares paralelos no universo dos direitos de liberdade. Dando mais uma vez como exemplo a garantia do juiz natural, note-se que, uma vez cumprido o dever constitucional de criação legislativa de regras gerais, abstratas e determinadas que assegurem a aleatoriedade da distribuição e proíbam o desaforamento de processos, o legislador tem o dever de se abster de excluir certa categoria de pessoas do gozo da garantia ou de, através de legislação nova, pôr em causa a garantia dada pela legislação anterior; e qualquer ação legislativa nesse sentido, necessariamente consubstanciada em normas, pode ser objeto de controlo judicial que reveste a forma habitual de «legislação negativa».

É certo que há uma diferença assinalável entre esse exemplo e os casos de limitação do âmbito ou redução do nível de proteção social. O dever positivo de legislar compreendido na garantia do juiz natural, como na generalidade das liberdades «artificiais», entre as quais a propriedade privada e o processo equitativo, é um dever de execução instantânea, que se esgota na criação de um regime jurídico; quanto a eles, pois, tem pleno cabimento afirmar que, uma vez cumprido o dever de agir, o direito fundamental surge nas vestes de um direito de defesa. Pelo contrário, os deveres positivos correlativos dos direitos sociais são, em geral, deveres de execução continuada, realizados através da função administrativa em domínios como a prestação de cuidados de saúde, a administração da segurança social e a gestão do sistema de educação; o dever estatal continua a ser, a título principal, um dever de prestação positiva, o dever de proporcionar aos cidadãos o acesso ao bem social. Porém, pode aqui rigorosamente falar-se de um dever acessório de

não limitar ou destruir a habilitação legal indispensável para a administração de um nível de proteção social constitucionalmente adequado, um dever negativo cujo cumprimento, ainda que por referência ao dever principal de carácter positivo, pode ser controlado pela jurisdição constitucional nos termos habituais – através da apreciação da conformidade constitucional e da eventual impossibilidade de aplicação de uma norma.

4. Pode ainda objetar-se que o artigo 18.º, n.º 2, o parâmetro constitucional relevante para efeitos de controlo da proporcionalidade de normas restritivas, se aplica apenas aos direitos, liberdades e garantias e, pela via do artigo 17.º, aos direitos fundamentais de natureza análoga. Ora, o direito a um rendimento de existência condigna é um direito eminentemente social, de resto subsumível no segmento final do n.º 3 do artigo 63.º da Constituição. Será porventura um «direito fundamental de natureza análoga»?

Impõe-se reconhecer uma diferença estrutural no universo dos direitos fundamentais, aquela que distingue direitos negativos, que salvaguardam da agressão estatal bens que se encontram em poder do titular, de direitos positivos, que dependem da atividade de prestação dos poderes públicos. A existência de um regime específico dos direitos de liberdade tem em atenção o facto de que estes são os direitos defensivos por excelência, o que os torna, pelo menos na medida em que tenham por objeto bens naturais, cuja existência não depende do legislador, suscetíveis de aplicabilidade direta.

É claro que nem todas as dimensões ou faculdades dos direitos de liberdade têm natureza defensiva – visto que compreendem direitos a proteção estatal de bens de liberdade, como a vida ou a privacidade – e nem todas as dimensões ou faculdades dos direitos sociais têm natureza positiva – visto que compreendem os direitos de defesa de bens sociais, como a saúde ou a habitação, a que o titular tenha acesso por meios próprios. O mais que se pode dizer, e é isso que os artigos 17.º e 18.º comunicam, é que predomina nos direitos de liberdade a função defensiva e nos direitos sociais a função prestadora, de modo que o «regime dos direitos, liberdades e garantias» aplica-se normalmente aos direitos de liberdade e excepcionalmente aos direitos sociais. Parece então ser de concluir que o direito a um rendimento de existência condigna é um direito de natureza análoga, para os efeitos do artigo 17.º, apenas quando se trata da sua dimensão negativa, como direito de defesa contra ablações patrimoniais promovidas pelo poder público.

Não é exatamente assim.

Os direitos fundamentais constituem uma unidade axiológica e gozam todos da proteção jurídica inerente ao estalão constitucional. A exclusão dos direitos positivos ou a prestações do âmbito do artigo 18.º baseia-se exclusivamente no reconhecimento de que estes não têm as características estruturais em virtude das quais lhes são aplicáveis todos os aspetos em que se desdobra o regime aí estabelecido; trata-se aqui, no sentido mais acessível e próprio da expressão, de uma imposição da «natureza das coisas». Precisamente por isso, nada impede que se apliquem aos direitos positivos as parcelas daquele regime global que se mostrem compatíveis com a sua natureza; seria arbitrário fazer depender a aplicação de uma das partes

da possibilidade de se aplicar tudo, quando é certo que não há nenhuma relação necessária, conceptual ou axiológica, entre, por exemplo, a regulação das restrições no n.º 2 e a aplicabilidade direta ou o efeito horizontal referidos no n.º 1. A dimensão positiva do direito a um rendimento de existência condigna tem, desta forma, natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias para efeitos de aplicação do regime das restrições, porque não há nenhum obstáculo substancial a essa possibilidade sempre que se trata de sindicar uma norma que tem um efeito de exclusão ou regressão, constitucionalmente relevante, do nível de proteção social concedido pela lei. O regime das restrições do n.º 2 do artigo 18.º deve aplicar-se, nesses casos, pela razão fundamental – aquela mesma que o artigo 17.º elege como decisiva – de que é compatível com a natureza do direito.

5. Reitere-se que a questão de constitucionalidade que se coloca nos presentes autos vem a de saber se a exclusão das pessoas em cumprimento de pena de prisão do acesso ao RSI viola o direito fundamental a um rendimento de existência condigna. Para responder a tal questão, cabe determinar se a norma sindicada tem carácter restritivo; tendo-o, importa saber se a restrição prossegue uma finalidade legítima e, sendo esse o caso, se constitui um meio adequado, necessário e proporcional.

O Estado tem o dever fundamental de assegurar aos reclusos condições de vida condigna, provendo às suas necessidades básicas e garantindo o exercício dos direitos fundamentais não atingidos pela condenação. Dos textos legais depreende-se que as necessidades correspondentes a uma existência condigna devem ser satisfeitas pelos estabelecimentos prisionais, no cumprimento dos deveres especiais de proteção dos reclusos. O regime vigente abrange, não apenas aquelas necessidades mais diretamente associadas à sobrevivência, entre as quais o vestuário, o alojamento, a higiene e a alimentação, como um universo alargado de interesses, compreendendo, entre outros bens, a educação, a formação profissional e atividades recreativas, tudo com o propósito expresso de salvaguardar, na medida do possível, a inserção do recluso na vida da comunidade e de promover a sua plena reinserção social após o cumprimento da pena. Parece, assim, que a atribuição do RSI a reclusos constituiria uma redundância, extravasando a função dessa prestação como meio de suprimento de situações de carência de condições de vida condigna, pelo que a norma sindicada não restringe o direito fundamental.

Há, porém, uma diferença decisiva.

Ao passo que o RSI consubstancia uma prestação pecuniária, as prestações realizadas pelos estabelecimentos prisionais nos termos das disposições que temos vindo a examinar são prestações em espécie. Ao contrário do que sucede com os beneficiários do RSI, no caso dos reclusos é o próprio legislador que interpreta as necessidades do beneficiário e dispõe no sentido de que sejam satisfeitas. É certo que o artigo 5.º do CEP, sob a epígrafe «individualização da execução», prescreve que o «tratamento prisional...tem por base a avaliação das necessidades e riscos próprios de cada recluso»; mas não só é evidente a difícil exequibilidade deste princípio em virtude de constrangimentos administrativos e financeiros, como se mantém a diferença decisiva entre um regime que se destina a suprir a carência de

meios e outro que se preocupa em satisfazer diretamente os fins – entre uma forma «liberal» e outra «tutelar» de resolução do problema. Do ponto de vista do direito fundamental a um rendimento de existência condigna, não é uma diferença de somenos: o facto de o objeto do direito não se esgotar na satisfação das necessidades básicas de sobrevivência, abrangendo as condições para o desenvolvimento da personalidade e a integração comunitária do indivíduo, implica uma certa margem de liberdade de escolha que só pode ser assegurada através de meios pecuniários, porque só o dinheiro – como meio universal de trocas, medida comum de preços e reserva de valor económico – tem a indeterminação objetiva que serve a plena realização da autonomia pessoal.

O que daqui se retira é a necessidade de uma parte das prestações através das quais se realiza o direito a um rendimento de existência condigna ser de natureza pecuniária. Quanto aos reclusos, incluem-se neste âmbito, desde o consumo individual de bens que excedem os providos regularmente pela administração penitenciária – v.g., alimentos fora das refeições, certos produtos de higiene pessoal, tabaco e objetos relacionados com o seu consumo, publicações não acessíveis na biblioteca –, alguns dos quais podem ser adquiridos no «serviço de cantina» através de um cartão de utente cujo valor é debitado ao fundo pessoal (artigo 50.º do REP), até opções educativas, culturais e recreativas que não integram a oferta gratuita e padronizada do estabelecimento prisional e são compatíveis com regime de reclusão, ou ainda despesas incorridas no gozo de licenças de saída. Estas necessidades podem, como é evidente, ser satisfeitas através da retribuição de trabalho prestado fora ou dentro do estabelecimento prisional, e nada obsta a que, ressalvados os casos de incapacidade pessoal ou incompatibilidade com as condições de reclusão, a prestação pecuniária seja atribuída sob condição de disponibilidade para trabalhar, nos termos gerais previstos no regime jurídico do RSI ou outros que considerem as especificidades da vida prisional; não havendo oferta de trabalho suficiente, porém, a carência de meios pecuniários só pode ser suprida através de medidas adequadas de apoio económico.

O CEP dedica todo o seu Título IX a «medidas de apoio económico e social», que revestem duas formas: concessão do rendimento social de inserção «para atenuar necessidades prementes da família do recluso» e apoio «pecuniário ou em espécie» prestado para certas finalidades específicas em termos a definir pelo Governo. Acontece que o acesso ao RSI das pessoas que se encontram a cumprir pena se prisão é excluído pelo regime jurídico desta prestação, sem prejuízo dos direitos dos membros do agregado familiar do recluso, que, não vivendo com este em economia comum, podem naturalmente requerer a concessão da prestação. Quanto ao apoio referido no n.º 4 do artigo 54.º, aliás de contornos e alcance fortemente indeterminados, não foi regulamentado. O n.º 2 do artigo 97.º do REP dispõe que, «[o]s serviços responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena promovem e propõem ao director do estabelecimento prisional as medidas de apoio social e económico que incumbem ao estabelecimento prisional, nos termos definidos de acordo com o previsto no n.º 4 do artigo 54.º do Código». Porém, sem a definição prévia dos exatos contornos da prestação através de diploma próprio, este preceito é inexequível.

É claro que se pode colocar a questão de saber se a ausência de regulamentação não pode ser suprida através do meio contencioso previsto no artigo 77.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. A maioria entende ser esse o caso. Desse ponto de vista – dir-se-ia –, o défice de proteção não é imputável ao legislador, mas ao executivo, e a questão não é de justiça constitucional, antes se inscrevendo na esfera própria da justiça administrativa. Só que o apoio económico previsto no CEP, ainda que viesse a ser regulamentado, ficaria aquém do que é exigível segundo o direito a um rendimento de existência condigna, essencialmente por três razões: primeiro, porque as prestações em que se traduz podem ser pecuniárias ou em espécie; segundo, porque o apoio se destina exclusivamente às finalidades, aliás bastante estreitas, previstas nas alíneas b) a e) do n.º 3 do artigo 54.º; terceiro, porque a forma como o n.º 2 do artigo 97.º do REP prevê a atribuição do apoio manifesta o carácter tutelar da medida. Todas estas características apontam inequivocamente no sentido de que este tipo de apoio económico não é aquele tipo de apoio pecuniário através do qual o recluso carente de recursos próprios adquire os meios indispensáveis à sua autodeterminação. Assim sendo, é de concluir – ao contrário do juízo da maioria – que a norma sindicada nos presentes autos constitui uma restrição do direito a um rendimento de existência condigna.

6. Cabe agora determinar se a restrição obedece a uma finalidade legítima, destinando-se a salvaguardar «outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Ao invocar o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição, que proíbe a perda de direitos civis, profissionais e políticos como efeito necessário das penas, o recorrente questiona abertamente a legitimidade da opção legislativa. No seu entender, a exclusão do acesso ao RSI por quem se encontra a cumprir pena de prisão consubstancia um efeito sancionatório automático – a supressão de um direito – baseado no juízo do legislador sobre o demérito dos indivíduos condenados a cumprir uma pena de prisão.

Claro que se pode dizer, como na decisão recorrida, que a norma sindicada não extingue um direito já constituído na esfera jurídica do interessado, antes estabelecendo uma condição para a respetiva aquisição, de modo que não se trata aqui de perda de direitos, mas de frustração de expectativas. Acontece que, sem entrar na discussão sobre a possibilidade de a noção de «direitos» nesta disposição poder abranger certo tipo de expectativas jurídicas (o entendimento que parece ter sido perfilhado no Acórdão n.º 331/2016), sempre seria de reconhecer que a norma, ao restringir um direito fundamental, se encontra a fortiori no domínio de incidência da proibição constitucional, no pressuposto de que se trata efetivamente de uma consequência automática da pena de prisão. (No Acórdão n.º 376/2018, por exemplo, estando em causa uma norma que impedia o acesso a uma atividade profissional de quem tivesse sido condenado pela prática de crime doloso, excluiu-se a aplicação do n.º 4 do artigo 30.º, não por se ter considerado que a norma não implicava a perda de direitos, bastando nesse sentido o facto de constituir uma restrição da liberdade de escolha de profissão, garantida pelo n.º 1 do artigo 47.º, mas por a sua finalidade não ser punitiva ou censória). Mesmo que se entendesse o contrário, caberia aplicar o n.º 5 do artigo 30.º, no sentido de que, «[o]s condenados a quem sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais», preceito que se limita a concretizar o princípio

da universalidade consagrado no artigo 12.º.

Estas disposições repousam no mais profundo dos compromissos constitucionais: a ideia de que a dignidade pessoal e as consequências jurídicas que dela decorrem – os direitos fundamentais – não honram a excelência cívica de algumas pessoas, antes radicam na humanidade de que todas participam igualmente. Na democracia constitucional, ao contrário de um regime aristocrático ou timocrático, a dignidade é um atributo da pessoa enquanto tal, não do cidadão ilustre ou exemplar. Sendo a humanidade condição suficiente para o reconhecimento de todos os direitos fundamentais, impõe-se a proibição categórica de que estes sejam suprimidos, suspensos ou restringidos com base num juízo sobre o mérito cívico ou as qualidades de carácter do sujeito. O legislador não pode, por isso, restringir a dimensão positiva do direito fundamental a um rendimento de existência condigna das pessoas que se encontram a cumprir pena de prisão por entender que estas não merecem a solidariedade da comunidade; semelhante desígnio não preenche as exigências de legitimidade que o n.º 2 do artigo 18.º coloca a normas restritivas de direitos fundamentais, além de colidir frontalmente com o princípio da universalidade.

Todos os cidadãos são titulares do direito a um rendimento de existência condigna, porque só desse modo estão em condições de gozar plenamente o conjunto das liberdades fundamentais de que são titulares pelo facto único da sua humanidade; e isso implica que, numa situação de carência de meios, têm a possibilidade de exigir do Estado um rendimento adequado. «A reivindicação correspondente [a uma existência condigna] – afirma o Tribunal Constitucional Federal na sua mais recente pronúncia sobre a matéria – funda-se na dignidade da pessoa humana, uma condição basicamente indisponível e inalienável em função de comportamentos putativamente “indignos”; não pode ser negada nem mesmo aos culpados das mais graves infrações.» (BVerfG, decisão do Primeiro Senado, de 5 de novembro de 2019 [Sanktionen im Sozialrecht], § 120). A lei pode impor certas diligências razoáveis como contrapartida da solidariedade geral, mas não pode valorar a conduta passada do interessado – ajuizar da sua virtude – para decidir sobre a atribuição de um benefício que é objeto de um direito fundamental; a responsabilidade penal pode apenas atingir direitos, como dispõe o n.º 5 do artigo 35.º da Constituição, «nos limites inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respetiva execução».

Ora, não se duvida que o pensamento legislativo não foi o de suprimir direitos, mas o de eliminar, no âmbito de um esforço de consolidação orçamental, o que se supôs constituir um privilégio injustificado. De resto, tendo em conta que o cumprimento de pena de prisão constitui uma causa de cessação do direito ao RSI desde a origem desta prestação, mais do que retirar um benefício, a lei veio explicitar a sua inacessibilidade pelos visados. O legislador terá entendido que não faz sentido atribuir aos reclusos, cuja subsistência é assegurada pelo erário público, a mesma prestação que é atribuída a pessoas que não têm outra forma de satisfazerem as suas necessidades materiais. Acresce o facto de aqueles não estarem em condições de assumir uma parte substancial dos deveres a que a generalidade dos requerentes do RSI se vincula através da celebração do «contrato de inserção social», não se podendo quanto a eles, dadas as limitações e escassez do trabalho acessível à população prisional, falar com propriedade no carácter

transitório da prestação. Deste modo, os indivíduos em cumprimento de pena de prisão acabariam, se pudessem aceder ao RSI, por gozar de uma proteção social claramente mais generosa do que os demais beneficiários, em resultado, quer da acumulação integral da prestação pecuniária com as prestações em espécie realizadas nos estabelecimentos prisionais, quer da quase completa inexistência quanto a eles das contrapartidas – aliás reforçadas no novo quadro legal – impostas ao comum dos requerentes. Trata-se de racionalizar a despesa pública, visando-se o desígnio – legítimo – de promover a equidade na proteção social.

Sucede que, ao adotar a medida da pura e simples exclusão do acesso ao RSI, o legislador privou os reclusos carentes de recursos de quaisquer meios pecuniários. Tal constitui – pelas razões anteriormente aduzidas – uma restrição do direito fundamental a um rendimento de existência condigna. Coloca-se, pois, a questão de saber se a norma sindicada, consubstanciando uma medida restritiva orientada a uma finalidade legítima, respeita o princípio da proporcionalidade.

7. Importa começar por determinar a norma de controlo judicial.

Em princípio, as questões de justiça distributiva que dividem razoavelmente os membros de uma sociedade pluralista são domínio próprio do processo político democrático, cabendo ao juiz constitucional um controlo de mera evidência. Só assim não será quando os grupos sociais mais atingidos pela lei – excluídos do acesso a um benefício ou onerados com um encargo especial – constituem, segundo uma noção desenvolvida e disseminada pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, uma «minoria individualizada e insularizada» (discrete and insular minority), historicamente vitimada pela perseguição, discriminação, exclusão ou estigma social, e limitada na sua participação, por razões de direito ou de facto, nos processos de formação da vontade coletiva (United States v. Caroline Products Company 304 U.S. 134 [1938], nota 4). Nessas circunstâncias, enfraquece-se a autoridade democrática da lei, recondutível aos direitos fundamentais de participação política dos cidadãos, e reforça-se a legitimidade do juiz constitucional, em virtude das características essenciais – independência, imparcialidade, colegialidade e argumentatividade – do processo de decisão que protagoniza. A modificação da força constitucional relativa dos dois poderes repercute-se naturalmente no dever judicial de escrutínio intensificado das opções legislativas, até ao limite superior de um controlo estrito ou severo. O paradigma é dado pela apreciação da constitucionalidade de normas que fazem uso daquelas «classificações suspeitas» – como as que constam do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição – que se presumem discriminatórias.

O facto de a proibição da discriminação e o elenco das classificações suspeitas constarem, no texto constitucional português, de uma disposição integrada no princípio da igualdade, não depõe de modo algum a favor da limitação da sua aplicabilidade a esse âmbito. É indiscutível a relevância da disposição em toda a matéria dos direitos fundamentais, como ilustram o artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (neste último caso, com a força acrescida concedida pelo n.º 2 do artigo 16.º da Constituição). Trata-se de uma evidência. Se o

legislador não pode discriminar quando o objeto da lei está submetido ao seu poder de disposição, por maioria de razão não o pode fazer quando se trata de normas restritivas de direitos fundamentais. E se o uso de classificações suspeitas justifica, no âmbito do controlo do respeito pelo princípio da igualdade, a substituição da proibição do arbítrio pela justa medida ou igualdade proporcional, por maioria de razão justifica o controlo judicial estrito ou severo da proporcionalidade de restrições a direitos fundamentais. Por outras palavras, quando uma norma restritiva atinge especificamente um grupo social correspondente a uma classificação suspeita, impõe-se o controlo mais severo da opção do legislador.

Resta determinar se a condição de recluso constitui uma classificação suspeita.

O facto de esta categoria específica de pessoas não constar do n.º 2 do artigo 13.º não pode, por várias razões, tomar-se como um dado decisivo. Em primeiro lugar, porque essa disposição não esgota o universo das classificações suspeitas com apoio direto no texto constitucional, como demonstra, por exemplo, a proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, estabelecida no n.º 4 do artigo 36.º Acresce que alguns dos conceitos usados no preceito constitucional são deliberadamente elásticos, casos de «situação económica» e «condição social», de modo a comportarem realidades difíceis de antecipar ou classificar; nada obsta, de resto, a que se considere o estatuto de recluso uma «condição social». Finalmente, há-de tomar-se o elenco como exemplificativo, reunindo as classificações suspeitas mais relevantes do ponto de vista histórico, tendo em conta que seria manifestamente absurdo proibirem-se apenas algumas razões discriminatórias. O que se mostra decisivo, assim, é o que se pode retirar da ordem constitucional como um todo.

Pode bem dizer-se, com o conforto textual dado pelos artigos 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º e 32.º, que a Constituição concede uma atenção particular aos direitos fundamentais dos visados pelo processo criminal, a lei penal e o direito penitenciário, a qual se manifesta, no que especificamente respeita aos condenados a cumprir pena de prisão, sobretudo nos n.ºs 1, 4 e 5 do artigo 30.º. O facto de este último preceito explicitar um corolário do princípio da universalidade, como que dissipando as dúvidas que pudessem surgir, evidencia uma preocupação especialíssima com o tratamento dos condenados e reclusos. A preocupação é materialmente fundada. A condenação penal é um fator ancestral e poderoso de estigmatização social e a reclusão penitenciária limita grandemente as possibilidades reais de participação na vida democrática; quando não são assediados pelo populismo, os presos tendem a ser esquecidos e por norma não se fazem ouvir. Mesmo em democracias consolidadas com uma tradição robusta de defesa das liberdades, não é invulgar a lei fazer tábua rasa dos direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados (veja-se, a propósito da proibição do exercício do direito de sufrágio ativo pelos reclusos, o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Hirst v United Kingdom* [No. 2] (2005) ECHR 681). Há que concluir, por isso, que se justifica plenamente um escrutínio judicial intensificado.

8. Cabe agora submeter a norma ao controlo de proporcionalidade.

Reitere-se que a norma sindicada restringe o direito a um rendimento de existência condigna, mormente ao privar os presos carentes de recursos de meios pecuniários, com o fito de promover a equidade na proteção social. Ao excluir os indivíduos em cumprimento de pena de prisão do acesso ao RSI, o legislador recusou-lhes o que julgou ser um privilégio injustificado, distribuindo de uma forma mais justa e racional recursos financeiros escassos, tendo em conta que os reclusos não preenchem, ao contrário da generalidade dos requerentes, as duas condições características desta prestação social: por um lado, a condição de recursos, visto que as suas necessidades básicas são satisfeitas através de prestações em espécie; por outro, a assunção dos deveres de inserção, de que se destacam os deveres de procura ativa de emprego, dadas as grandes limitações inerentes à condição de reclusão penitenciária.

Vejamos então se o meio é adequado, necessário e proporcional a esse fim.

É duvidoso, desde logo, que a norma supere o teste da adequação. Sendo inegável que através dela se corrige um desequilíbrio potencial no sistema de proteção social, não é menos certo que se gera um desequilíbrio de sentido inverso. O meio escolhido pelo legislador, pode dizer-se, tem dois efeitos - a eliminação de um privilégio e a criação de uma desvantagem - que se anulam mutuamente. Está longe de ser evidente, assim, que a opção legislativa tenha promovido uma maior equidade do que a existiria se a lei não contivesse a norma de exclusão, o que só por si depõe - sobretudo tratando-se de um escrutínio intensificado - no sentido da sua inadequação ao objetivo visado.

Ainda que se dê ao legislador o benefício da dúvida a respeito da idoneidade da medida, pode dizer-se, com toda a segurança, que a norma não supera o teste da necessidade. Não é difícil conceber alternativas menos lesivas do que a exclusão pura e simples do acesso pelos presos ao RSI, ou seja, formas de corrigir o desequilíbrio na afetação de bens sociais que não deixassem os reclusos carentes de recursos inteiramente privados de meios pecuniários. Estas tanto poderiam ter passado pela aprovação de regras especiais em matéria de concessão do RSI aos indivíduos em cumprimento de pena de prisão, refletindo a necessidade de atender às especificidades relevantes da sua situação, como pela exclusão do acesso ao RSI acompanhada da criação, no domínio da legislação penitenciária, de medidas efetivas de apoio pecuniário.

Um exemplo do último tipo é dado pelo direito alemão.

Embora os presos não tenham acesso aos benefícios concedidos no âmbito do Segundo Livro do Código Social (Zweites Buch Sozialgesetzbuch [SGB II] - a legislação Hartz IV) - certamente que por força daquelas mesmas razões de equidade que motivaram o legislador português - , o § 46 da Lei de Execução Penal (Strafvollzugsgesetz - StVollzG) prevê a possibilidade, sujeita a condição de recursos, de atribuição de «dinheiro de bolso» (Taschengeld) para a aquisição de bens de consumo próprio (nos termos do § 22), nos casos em que, por razões que lhe não sejam imputáveis, mormente o incumprimento do dever de trabalhar estabelecido pelo § 41, o recluso não aufira um salário ou receba um subsídio de formação. O legislador

germânico logrou, desta forma simples, salvaguardar simultaneamente a equidade na proteção social e o respeito pelo direito dos presos a um rendimento de existência condigna. Tanto basta para demonstrar a desnecessidade da opção do legislador português.

Enfim, vale a pena acrescentar que, mesmo abstraindo dos testes anteriores, nunca a norma sindicada passaria no derradeiro teste da proporcionalidade em sentido estrito. Há muito que a jurisprudência constitucional em matéria de limites à penhorabilidade das prestações sociais do devedor vem atribuindo ao direito a um rendimento de existência condigna – geralmente determinado, para estes efeitos, pela medida do rendimento mínimo garantido ou do rendimento social de inserção – um peso superior a todo o género de considerações de sentido contrário, desde o interesse geral na satisfação dos créditos (v. os Acórdãos n.ºs 349/91, 411/93 e 62/2002) até ao direito a alimentos (v. os Acórdãos n.ºs 306/2005, 312/2007 e 394/2014). No Acórdão n.º 306/2005 – que iniciou uma corrente jurisprudencial –, entendeu-se que o rendimento social de inserção é o «referencial do rendimento intangível adequado ao balanceamento dos interesses em conflito», o que, conjugado com o facto de os interesses do menor serem salvaguardados através do Fundo de Garantia de Alimentos, conduziu ao juízo de inconstitucionalidade de norma que permitia «a dedução, para satisfação de prestação alimentar a filho menor, de uma parcela da pensão social de invalidez do progenitor que prive este do rendimento necessário para satisfazer as suas necessidades essenciais.» O peso atribuído ao direito a um rendimento de existência condigna é tal que o Tribunal Constitucional tem julgado inconstitucionais até mesmo as normas que atribuem ao juiz o poder de, com base num juízo de ponderação, isentar da penhora uma certa quota ou valor dos rendimentos do devedor, por entender que a intangibilidade deve resultar diretamente da lei.

O facto de estas decisões respeitarem à dimensão defensiva do direito a um rendimento de existência condigna, quando nestes autos está em causa a sua dimensão prestacional, não tem a menor relevância. O direito não é mais ou menos ponderoso em virtude da propriedade acidental de surgir na sua encarnação negativa ou positiva. De resto, é digno de nota que o critério para a determinação do rendimento de existência condigna na jurisprudência que respeita à defesa do indivíduo contra o poder público ablativo tem sido a própria prestação social – o RSI – através da qual se realiza, no quadro legal em vigor, a dimensão positiva daquele. O que é relevante, para efeitos do juízo de ponderação, é o facto de esta jurisprudência afirmar reiteradamente a intangibilidade do rendimento de existência condigna, subentendendo-se que só direitos ou interesses excepcionalmente relevantes poderiam justificar o seu sacrifício parcial. Pode daí extrair-se que a norma sindicada, ao privar os reclusos carentes de recursos do acesso a quaisquer meios pecuniários, gera perante a ordem constitucional uma situação de injustiça mais grave do que aquela que se destina a reparar ou prevenir – a essência mesma da desproporcionalidade.

Conclui-se, assim, que a norma que constitui o objeto do presente recurso é inconstitucional, por restringir de forma desproporcionada o direito a um rendimento de existência condigna, compreendido na vertente assistencial do direito à segurança social.

9. Por último, justificam-se dois esclarecimentos quanto ao alcance da minha posição. Dela não se pode retirar que os indivíduos em cumprimento de pena de prisão têm o direito fundamental a aceder ao RSI em termos idênticos aos da generalidade dos requerentes. O legislador – sublinhe-se – tem toda a liberdade para instituir meios alternativos de apoio pecuniário aos reclusos, calibrados em função das suas reais circunstâncias e necessidades. O que não pode é excluí-los do acesso a uma prestação pecuniária sem garantir uma alternativa baseada em critérios objetivos e sindicáveis.

Enquanto e na medida em que o legislador não criar uma alternativa eficaz para assegurar meios pecuniários às pessoas encarceradas, uma norma de exclusão como aquela que constitui o objeto do presente recurso é inconstitucional. As pessoas na situação do recorrente, privadas de outra forma de obterem uma prestação em dinheiro, não podem deixar de aceder ao RSI – a solução geral para situações de carência na ordem jurídica portuguesa –, sob pena de violação do seu direito fundamental a um rendimento de existência condigna. De resto, esta extensão do RSI aos indivíduos em cumprimento de pena de prisão, apesar da reconhecida inadequação dessa prestação às circunstâncias próprias desta categoria de pessoas, sanciona a inércia do legislador na procura de uma solução mais adequada. Assim se concede prevalência inequívoca ao direito fundamental sobre considerações de oportunidade política que ultrapassam a esfera de possibilidades e de competências da justiça constitucional.

Gonçalo de Almeida Ribeiro

Fonte: <http://www.tribunalconstitucional.pt>