



Cópia:

Do Acórdão proferido nos autos de Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade n.º 04/2018, requerida por Sua Excelência o **Provedor de Justiça**, tendo por objeto a norma do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho, alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ACÓRDÃO N.º 60/2021

(Referente à constitucionalidade de norma que limita o ingresso na função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparado fora das exceções mencionadas pelo número 1 do artigo 28 da Lei 42/VII/2009, de 27 de julho)

I. Relatório

1. O Senhor Provedor de Justiça dirige a este Tribunal um pedido de fiscalização sucessiva da constitucionalidade do artigo 28, parágrafo primeiro, *da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho, conforme alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*, que estabelece o regime da função pública, posto que, no seu entendimento, ela seria desconforme ao artigo 24 e ao n.º 2 do artigo 42 da Constituição da República de Cabo Verde.

2. As razões que o levam a chegar a tal conclusão são relacionadas a partir de uma construção de acordo com a qual:

2.1. Por força do número 2 do artigo 42 da Lei Fundamental, que refletiria o princípio geral da igualdade do artigo 24 e portaria tal natureza, qualquer restrição ao acesso à função pública só seria constitucional se tivesse na sua base uma justificação assente em interesse público ou que seja inerente ao exercício do cargo e seja proporcional nos termos do número 5 do artigo 17 da Constituição.

2.2. A idade de um cidadão, em si considerada, não determinaria, de forma genérica, a defesa ou prejuízo ao interesse público, porquanto apesar de a robustez física ou mental poder ser relevante para o exercício de certos cargos em função da natureza específica dos mesmos, isso deve ser tipificado de forma particularizada em lei, o que não acontece com a norma que se desafia porque estabelece uma limitação de carácter genérico para todo e qualquer cidadão que tenha atingido os trinta e cinco anos de idade.

2.3. Configurando tratamento desigual porque esse limite de idade aplica-se somente para o “ordinário”, mas já não a quem possa seguir carreira técnica ou equiparada, uma diferenciação que teria a ver com a qualificação académica do cidadão/candidato, indiciadora do estatuto social de quem teve recursos económicos para financiar a sua formação de base. A este se permite ingressar na função pública tendo trinta e cinco anos, somente se limitando esse acesso em funções específicas que o justificam, ao passo que os demais ficam sujeitos generalizadamente ao impedimento da idade, independentemente da natureza específica da função, uma distinção que não faria o mínimo sentido à luz dos parâmetros indicados. Destarte, conclui que “há uma discriminação entre cidadãos pela via da limitação de idade para ingresso em cargos de regime de emprego na função pública, o que claramente viola o mencionado nos artigos 24.º e n.º 2 do artigo 42.º, todos da CRCV”.

2.4. E formula pedido do seguinte modo: “Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional que aprecie e declare, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho e alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março”.

3. No Tribunal Constitucional, o pedido conheceu a seguinte tramitação:

3.1. Tendo dado entrada no dia 7 de dezembro de 2018, foi devidamente autuado e numerado, com conclusão a 13 do mesmo mês.

3.2. Foi admitido pelo Exmo. Senhor JC Presidente que a respeito emitiu o despacho de ff. 8-9, o qual atestou o preenchimento dos pressupostos de competência, legitimidade e oportunidade necessários à sua admissão, e ordenou que a Assembleia Nacional, enquanto entidade prolatora da norma, fosse notificada para responder, em querendo. A comunicação de f. 11 veio a ser efetivada por meio de nota datada de 21 de dezembro, recebida no Parlamento Nacional a 26 de dezembro; esta alta entidade da República, optou, porém, por não responder, deixando transcorrer o prazo para tanto.

3.3. Posto isto, o processo foi distribuído ao JC Pina Delgado, que, assim, assumiu a posição de relator, tendo recebido os autos a 31 de janeiro conforme f. 4 v do livro de processos conclusos.

3.4. A 26 de fevereiro o relator emitiu despachos dirigidas à Assembleia Nacional, à Direção Nacional de Administração Pública e ao Instituto Nacional de Previdência Social visando recolher elementos que considerou pertinentes em ordem à boa apreciação do desafio de constitucionalidade, os quais foram imediatamente executados pela Secretaria. Dos pedidos

feitos, foram enviados ao Tribunal poucos elementos que pudessem trazer dados novos ao processo deliberativo, sobretudo os destinados a identificar a vontade do legislador e o interesse público subjacentes à inserção/manutenção da norma no ordenamento jurídico pátrio.

3.5. Depois de analisar todo o processado preparou e depositou a 27 de fevereiro de 2019 um memorando para efeitos de fixação do *thema decidendu* que marca este processo de fiscalização da constitucionalidade. Na data marcada para a audiência – 14 de março – uma vez aberta pelo Presidente, tomou a palavra o Senhor Procurador Geral da República que ofereceu douta promoção oral. No seu decurso, depois de chamar a atenção para indicação incorreta de uma norma, fez considerações a respeito do mérito do pedido, destacando-se que, na sua opinião,

3.5.1. Existem limites ao tratamento desigual que o legislador pode promover – considerando que havia necessidade de se tratar de forma igual situações iguais e de modo desigual as que assim o fossem – desde que não sejam arbitrários e tenham razoabilidade e racionalidade;

3.5.2. A questão seria de se saber se haveria fundamento bastante para tanto em relação a esta medida legislativa. Recorrendo ao percurso legislativo de regulação do acesso a carreiras não-técnicas da função pública, sublinhou que o direito de acesso à função pública não é impassível de ser restringido, nomeadamente porque a correspondente liberdade de acesso à profissão poderá ser exercida fora do Estado, através de relações jurídico-laborais entre particulares, e porque deve levar-se em conta a qualificação das pessoas para acederem a esses cargos.

3.5.3. Haveria razões de interesse público que justificam a medida adotada pelo Estado, nomeadamente porque existem normas relevantes do Estatuto da Aposentação que estabelecem uma comparticipação de 7%. Neste contexto, um funcionário que entra aos 35 anos pode, de certa forma, pôr em risco a sustentabilidade do sistema de segurança social. Além disso, em atividades não-técnicas, normalmente mais operacionais, o desgaste físico seria muito mais intenso para a pessoa que as empreende do que é, comparativamente, para o servidor público que desempenha funções técnicas, cujo exercício teria menor impacto para o corpo. Por isso, nessa linha de pensamento, isso poderia obrigar a aposentações precoces, permitindo justificar a solução legislativa ora desafiada.

3.5.4. Em conclusão, diz que o interesse coletivo pode levar-nos à conclusão que não é desproporcional e nem fora de razoabilidade que o Estado estabeleça essa distinção.

3.5.5. Por este motivo, pugnou pela não declaração de inconstitucionalidade da norma.

3.5.6. Na sequência das intervenções dos juízes conselheiros que se seguiram, no geral concordante com a proposta de Memorando, foram aprovadas as questões, de acordo com os termos que serão recuperados adiante.

4. No dia 10 de novembro de 2021, o JCR depositou o projeto de acórdão e solicitou marcação de conferência para se apreciar o requerimento de fiscalização da constitucionalidade protocolado pelo Senhor Provedor de Justiça.

4.1. Por despacho do Venerando JCP de 12 de novembro, a mesma foi marcada para o dia 2 de dezembro, data em que efetivamente se realizou.

4.2. Após amplo debate, os juízes conselheiros adotaram por unanimidade a decisão que se identifica e se fundamenta nos segmentos seguintes deste aresto.

II. Fundamentação

1. Do ponto de vista geral, este escrutínio de constitucionalidade gravita em volta da igualdade, um valor comunitário constitucionalizado (Preâmbulo), com natureza de princípio objetivo (artigo 1(2)) e de direito subjetivo, seja de não se ser discriminado (artigo 24), seja de ser tratado de formal igual no que toca ao acesso à função pública (artigo 42(2); artigo 56(1)); aos cargos eletivos (artigo 56(1)); de resposta e de retificação (artigo 48(7)); à igualdade de retribuição entre o homem e a mulher por igual trabalho (artigo 62(2)).

1.1. O Tribunal Constitucional já tinha reservado a esta matéria extensas considerações através de um conjunto de decisões que têm, como é natural, guiado escrutínios subsequentes sobre a mesma matéria, nomeadamente o *Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, de 10 de maio de 2016, pp. 1224-1251 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. I, Praia, INCV, 2016 (2015-2016), pp. 19-98, 2.1; o *Acórdão n.º 24/2016, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à Norma Revogatória da Lei de Aprovação do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 61, 2 de novembro de 2016, pp. 2033-2054 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. II, Praia, INCV, 2017 (2016), pp. 17-82, 2; o *Parecer n.º 1/2017, de 2 de maio, Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade referente ao Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça*, Rel: JP João Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 27, de 16 de maio de 2017, pp. 672-682 e na *Coletânea de Decisões do Tribunal Constitucional de Cabo Verde*, Vol. III, Praia, INCV, 2018 (2017), pp. 19-53, 1 e 3; o *Acórdão n.º 6/2018, de*

22 de março, *Adilson Danielson v. STJ, sobre a violação do direito a não se ser discriminado, à liberdade do corpo e à presunção da inocência*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 21, de 11 de abril de 2018, pp. 495-505, 3; o *Acórdão nº 7/2018, de 29 de março, Joaquim Monteiro v. STJ, Recurso de Deliberação da CNE sobre recusa de concessão de subvenção da campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 21, de 11 de abril de 2018, pp. 505-530, 11; o *Acórdão 10/2018, de 3 de Maio, Joaquim Wenceslau v. STJ*, Rel: JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 35, de 6 de junho de 2018, pp. 869-884, 4; o *Acórdão nº 23/2018, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente a norma contida no n.º 1 do art.º 130 da Lei n.º 1/VII/2011, de 20 de junho, que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 76, 22 de novembro de 2018, pp. 1835-1857, 2; o *Acórdão nº 24/2018, de 13 de novembro, Alexandre Borges v. STJ, sobre violação dos direitos ao contraditório, de audiência e de defesa em processo criminal, a processo justo e equitativo, da liberdade sobre o corpo e da garantia de presunção da inocência e do direito a não se ser discriminado*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 88, 28 de dezembro, pp. 2132-2157, 4; o *Acórdão nº 10/2020, de 20 de março, proferido nos autos de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade de normas constantes do Acordo sobre o Estatuto das Forças dos EUA em CV (SOFA)*, publicado no *Boletim Oficial*, Rel: JC Aristides R. Lima, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1731-1782, A.1; o *Acórdão nº 17/2020, de 2 de junho, Rui e Flávio Alves v. STJ*, Rel: JC Aristides Lima, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 86, 23 de julho de 2020, pp. 1813-1825, 2.6; e o *Acórdão 39/2021, de 7 de setembro, Alex Saab v. STJ, referente à aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos internacionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima e JCP Pinto Semedo, publicado no *Boletim Oficial*, I Série, N. 100, 15 de outubro de 2021, pp. 2508-2570, 3.2.10, B.

1.2. Como base do tratamento que este Tribunal tem dedicado, degrau a degrau, à conceção constitucional da igualdade não se pode deixar de partir do *Acórdão 7/2016, de 21 de Abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, II, decisão em que o Tribunal Constitucional teve, pela primeira vez, que a) lidar com a questão e em que assentou orientações no sentido de que se trata de realidade plural que se materializa como valor constitucional e princípio estruturante, como

direito a não se ser discriminado e como direito especial a não se ser tratado diferenciadamente; e em que, b) atestou a ligação entre a proteção contra a discriminação e a dignidade da pessoa humana; c) estabeleceu a distinção entre tratamento discriminatório e tratamento diferenciado; d) fixou escalas de escrutínio consoante a sua configuração como uma distinção simples, ordinária, quase-suspeita ou suspeita, gradando, em conformidade e em ordem crescente, a intensidade do inquérito promovido pelo tribunal.

Ainda que chegando a resultados diversos, reiterou essa linha de entendimento em outros processos de fiscalização da constitucionalidade decididos por meio do *Acórdão n.º 24/2016, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à norma revogatória da Lei de aprovação do estatuto dos magistrados do Ministério Público*, Rel: JC Pina Delgado, 2; do *Parecer n.º 1/2017, de 2 de maio, Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade referente ao Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça*, Rel: JP João Pinto Semedo, 1 e 3, e do *Acórdão n.º 23/2018, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à a norma contida no n.º 1 do art.º 130 da Lei n.º 1/VII/2011, de 20 de junho, que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Rel: JC Pina Delgado, 2.

Em suma, o Tribunal adotou, nos termos da Constituição, um entendimento equilibrado e multifacetado de fortalecimento de proteção da pessoa humana de tratamentos diferenciados malignos que atingem a sua essência e dignidade, mas também afastando, por esses mesmos motivos, a banalização da utilização da proteção forte para situações corriqueiras da vida económica e social, precisamente para permitir que o poder democrático tenha espaço para implementar as políticas públicas que formule nessas matérias.

2. Tendo este quadro em mente, por motivos evidentes, o Tribunal Constitucional é confrontado com um desafio de constitucionalidade que tem no seu bojo alegação de que o Estado tratou de modo diferenciado pessoas – e com a qualidade de cidadãos – por motivos de idade, uma base que, na dicção do Ilustre Requerente, convocaria uma causa de discriminação, posto que também recoberta por cláusulas que tratam a igualdade, invocando expressamente o artigo 24 da Constituição e o número 2 do artigo 42. O pedido sugere igualmente que a norma impugnada, além de tratar de forma distinta as pessoas em razão da idade, vedando acesso à função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito – que convocaria situação de discriminação direta –, geraria igualmente efeitos de discriminação indireta sobre pessoas que, por não terem condições financeiras suficientes, não conseguem dispor dos recursos necessários

a obter uma formação qualificada que as permita concorrer a carreiras técnicas ou equiparadas da função pública.

Seriam bases mais do que suficientes para se guiar o escrutínio que foi solicitado a este Tribunal, mas parece que, além disso, coloca-se a possibilidade de a norma colocada em crise também poder atingir outros princípios ou direitos constitucionais, respetivamente o que se verte para o número 6 do artigo 241, segundo o qual “[n]a Função Pública, o acesso e o desenvolvimento profissional baseiam-se no mérito e na capacidade dos candidatos ou agentes”, eventualmente o princípio republicano decorrente do número 1 do artigo 1º da Constituição, e ainda o direito ao livre desenvolvimento da personalidade reconhecido pelo número 1 do artigo 41 da Lei Fundamental. Justificando que se desdobre o inquérito constitucional no sentido de se apreciar em dois segmentos destinados a responder à mesma questão, isto é:

3. De se saber se a norma decorrente do n.º 1 do artigo 28.º da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março*, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em razão da idade ou de condição socioeconómica no que diz respeito à limitação de ingresso na função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos de idade para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito, é desconforme:

3.1. Ao princípio geral da igualdade reconhecido pelo artigo 1º, parágrafo segundo, ou ao direito a não se ser discriminado reconhecido pelo artigo 24;

3.2. Ao direito de igual acesso à função pública previsto pelo artigo 42, parágrafo segundo, e pelo artigo 56, parágrafo primeiro, considerando a cláusula do artigo 241(6) que condiciona o acesso à função pública somente ao mérito e à capacidade, e, por esta via, o princípio republicano reconhecido pelo artigo 1º, parágrafo primeiro, ou ainda o direito ao desenvolvimento da personalidade, todos da Carta Magna.

3.3. Esta norma não é nova no ordenamento jurídico cabo-verdiano. Outrossim, perpassa vários períodos da história jurídica nacional.

3.3.1. Já se encontra solução normativa similar, com as devidas adaptações, no artigo 12, parágrafo primeiro, do Estatuto do Funcionalismo Ultramarino em vigor à data da independência e da criação da República de Cabo Verde com formulação conforme a qual “os indivíduos que tenham completado 35 anos não podem ser providos em lugares de acesso de categoria inferior à do grupo F do artigo 90 deste diploma” (*Decreto do Ministério do Ultramar*

46.982, de 27 de abril de 1966, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 99, 27 de abril de 1966, pp. 649-795 e no *Boletim Oficial de Cabo Verde*, N. 26, Sup., 1 de julho de 1966, pp. 1-57, conforme redação inserta pelo *Decreto do Ministério do Ultramar 49.165*, de 18 de julho de 1969, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 180, 2 de agosto de 1969, pp. 947-950, e no *Boletim Oficial de Cabo Verde*, N. 39, 27 de setembro de 1969, pp. 778-780), solução que, no quadro do Direito Português da Função Pública, já tinha sido adotada pelo artigo 4º do *Decreto 16.563 de 1929*, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 52, 5 de março de 1929, pp. 607-608, que dispunha que “[d]e futuro nenhum cidadão poderá ter primeira nomeação para lugar de acesso em qualquer repartição pública do Estado, corporações e corpos administrativos, de categoria ou vencimentos inferiores aos de chefe de repartição, com mais de trinta e cinco anos”, e que teve continuidade no Estatuto do Funcionário Ultramarino de 1956, aprovado pelo *Decreto nº 40.708, de 31 de julho de 1956*, publicado no *Diário do Governo*, I Série, N. 161, de 31 de julho de 1956, pp. 1129-1176, o qual prescrevia no número 1 do seu artigo 12 que “[o]s indivíduos que tenham completado 35 anos não podem ser nomeados para lugares de acesso, de categoria inferior ao grupo F do artigo 190 deste diploma, se à data da nomeação não estiverem providos noutra repartição pública, do qual transitem sem interrupção”. Note-se que tanto a solução aplicada ao território metropolitano desde 1929, como a que com conteúdo idêntico vigeu no ultramar português, foram afastadas legislativamente por terem sido consideradas incompatíveis com a liberdade de trabalhar. Nomeadamente em Portugal pelo *Decreto-Lei nº 232/76, de 2 de abril*, publicado no *Diário da República*, I Série, N. 79, 2 de abril de 1976, p. 658, artigo único, e em Macau pelo *Decreto-Lei nº 9/76/M, de 1 de maio*, publicado no *Boletim Oficial de Macau*, N. 18, de 1 de maio de 1976, p. 636, artigo único.

3.3.2. Depois da independência, a solução geral, passível de ceder perante normas especiais (v. João Ferreira Semedo, *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino Comentado e Anotado*, 3. ed., Coimbra, Almedina, 1973, p. 26), não tendo sido antes expressamente revogada, também veio a ser adotada pelo número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro, que fixa o regime jurídico da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na função pública*, publicada pelo *Boletim Oficial*, I Série, N. 49, Sup., 31 de dezembro, pp. 9-15, o qual dispunha que “os indivíduos que tenham completado 35 anos de idade não podem ser providos em lugares de acesso de categoria inferior ao de pessoal de carreira técnica ou equiparado, salvo se à data da constituição da relação jurídica de emprego já desempenhavam outras funções no Estado ou nos municípios com direito a aposentação, com idade inferior àquela e desde que a transição se faça sem interrupção de serviço”.

4. Isso num contexto que, conforme desenvolvido pelo *Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, 2.3-2.8, não deixa de ecoar dimensões que recuam séculos na História do povo cabo-verdiano e que, de alguma forma, integram aspetos que ajudam a construir a dimensão institucional da identidade nacional, nomeadamente de o cidadão poder aceder a cargos públicos no sentido lato e de usar ferramentas adquiridas através da educação que o permitem ingressar na função pública e assim ascender social e economicamente.

4.1. No primeiro caso, como é sabido, desde o século XVI, cabo-verdianos peticionaram ao Rei de Portugal para, independentemente da sua raça ou cor, poderem aceder aos cargos camarários, demanda que foi reconhecida pelo soberano lusitano e que acabou por permitir que, de forma gradual, os locais se candidatassem aos cargos políticos e administrativos nos municípios das Ilhas. E mesmo depois de os poderes da Coroa se terem firmado de forma mais extensa no Arquipélago a partir do período pombalino, o facto é que muitos compatriotas continuaram a assumir cargos na administração local e até em outras colónias/províncias ultramarinas seja debaixo da monarquia novecentista lusitana, seja depois do advento da República Portuguesa em 1910, ou mesmo no período do Estado Novo. Ademais, depois da independência, ainda que se sujeitando a princípios de lealdade para com o regime, por motivos evidentes, com o Estado Independente, a maioria dos cabo-verdianos ficou habilitada a exercer funções públicas. Até porque no quadro de um sistema estatizado, seria provavelmente a alternativa laboral mais viável ou pelo menos mais asseguradora que as pessoas tinham para garantir o seu próprio sustento e o dos seus familiares.

Naturalmente, depois do advento da República Liberal Democrática e Social em 1990/1991 e com a Constituição atualmente em vigor de 1992, por um lado, e com a crescente abertura económica e redução paulatina do papel do Estado na Economia e incremento de atividade privada, as alternativas à função pública, do ponto de vista existencial, aumentaram substancialmente, mas não a conseguiram substituir integralmente como um dos maiores empregadores do país, ao qual as pessoas recorrem para prestar os seus serviços laborais e, ao mesmo tempo, contribuírem para o funcionamento da República de forma mais direta. Naturalmente, a partir de um quadro diferente – talvez, na sua essência, mais instrumental – na medida que reconduzível a uma relação de benefícios mútuos entre uma entidade abstrata que se locomove com o trabalho dos seus próprios integrantes e alguém que recebe uma remuneração para esse efeito, da qual obtém os recursos necessários para manter-se a si e à sua família.

Apesar disso, o caráter sinalagmático dessa relação não pode ser exagerado, pois enquadra-se num xadrez ainda mais complexo porque, por um lado, a administração pública é um meio de concretização de finalidades coletivas da comunidade política, na medida em que constitucionalmente prossegue o interesse público (artigo 240 (1)) e é estruturada de modo a prestar aos cidadãos um serviço eficiente e de qualidade (artigo 240(2)), concretizando as tarefas que a Constituição incumbe ao Estado (artigo 7º). Donde justificar-se que tenha por critério escolher como servidores públicos os integrantes da República que sejam mais aptos à realização de uma determinada função, afastando-se do modelo utilizado, por exemplo, na Antiga Atenas, da escolha por sorteio. Mas, do outro, remete a contexto em que o servidor público é, em princípio, também um cidadão. Portanto, ele próprio possuidor de parte da soberania do Estado, perante o qual tem direitos e deveres, aspeto que, por motivos evidentes, deve ser devidamente considerado pelo legislador ordinário quando desenvolve o regime-base da função pública.

4.2. Não sendo indiferente a esta questão o papel que tradicionalmente a população do Arquipélago atribuiu à educação enquanto instrumento de mobilidade social. Pretensões que justificaram, desde há muito, demandas enviadas às autoridades metropolitanas, articulações com entidades religiosas e arengas públicas promovidas contra as omissões nesse sentido do poder colonial. Exigências representadas pelos escritos de luminares pátrios como Eugénio de Paula Tavares e Pedro Cardoso, pela atividade de parlamentares Ilhéus como o Senador Vera-Cruz ou pelo seu papel como causa, instrumento e objetivo da luta de independência liderada por Amílcar Cabral, e que, ao longo do tempo, foi permitindo que pessoas menos afortunadas financeiramente pudessem almejar uma vida mais folgada do que as gerações que as precederam. Com este enquadramento em mente pode-se avaliar a questão que emerge do pedido feito pelo Excelentíssimo Senhor Provedor de Justiça.

5. Em relação aos primeiros parâmetros, pretende-se saber se a norma decorrente do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho e alterada pela Lei n.º 117/VIII/2016 de 24 de março, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em razão da idade no que diz respeito à limitação de ingresso na função pública de cidadãos a pessoas com idade igual ou superior a trinta e cinco anos de idade para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito é desconforme ao princípio geral da igualdade reconhecido pelo número 2 do artigo 2º da Constituição e/ou às garantias de não

se ser discriminado previsto pelo artigo 24, seja por motivos etários, seja por motivos de condição económica.

Para o Tribunal Constitucional, o efeito de tratamento diferenciado é indiscutível em duas dimensões. Neste momento, o que acontece é que, primeiro, ao passo que um cidadão não pode ingressar numa carreira não técnica ou equiparada na administração pública depois dos trinta e cinco anos, aqueles que ainda não tenham atingido essas idades poderão fazê-lo, o que configuraria um tratamento diferenciado por motivos etários; segundo, enquanto o cidadão que preencha as condições estabelecidas pela lei para aceder às carreiras técnicas ou equiparadas da função pública poderá fazê-lo em qualquer idade, o mesmo não se passa com aquele que não as possua, o qual fica limitado a fazê-lo somente até à idade fixada e nunca depois disso. Se se ativer à discussão que já se promoveu em relação à diferença entre a igualdade enquanto princípio e o direito a não se ser discriminado, o problema aqui será verificar se, em primeiro lugar, a norma legal desafiada em causa é incompatível com o direito a não se ser discriminado ou com o princípio geral da igualdade por configurar discriminação direta por motivos de idade e, num segundo momento, de eventualmente verificar se não havendo elementos para se o comprovar, ela produz uma discriminação indireta por motivos socioeconómicos.

5.1. A primeira dimensão depende de se poder considerar que a idade é um fator proibido de tratamento diferenciado que configura situação de discriminação vedada pelo artigo 24 da Constituição. Uma conclusão que não se revela automática na medida em que se trata de causa não tipificada por essa disposição que se limita a mencionar a raça, o sexo, a ascendência, a língua, a origem, a religião, as condições sociais e económicas ou as convicções políticas e ideológicas. Tampouco é mencionada pelo número 2 do artigo 1º da Lei Fundamental.

5.1.1. Todavia, isso não é decisivo ou impeditivo, pois o facto de não se encontrar referência a um fator específico de discriminação no artigo 24 da Constituição não significa que ele não se integre dentro dos critérios de tratamento diferenciados vedados, como regra, pela Lei Fundamental. Neste sentido, esta Corte Constitucional já assentou entendimento de que a disposição constitucional em causa cobre tratamentos diferenciados que levam em conta aspetos biológicos humanos imutáveis, escolhas essenciais que passam a fazer parte da identidade da pessoa ou eventualmente aqueles que são adotados ao abrigo do princípio da liberdade e da autonomia individuais e do decorrente direito ao desenvolvimento da personalidade, ainda que não estejam expressamente consagrados na Lei Fundamental (*Acórdão nº 6/2018, de 22 de março, Adilson Danielson v. STJ*, Rel: JC Pina Delgado, 3). Por conseguinte, o importante aqui é verificar se, ao abrigo desse entendimento, a idade seria um fator biológico imutável da pessoa

humana, marcado pela involuntariedade e pela sua propensão em deixar o indivíduo numa posição de vulnerabilidade perante o Estado ou perante os seus pares, muitas vezes utilizado para ostracizar o diferente, o outro, ou, como se disse numa outra decisão deste Tribunal, para “os hilotas, para os *infra classen*, para os servos da gleba, para os *sans-cullote*, para os *coloured*, para ‘as raças impuras’, para os ‘associais’, para os ‘estranhos’, para o lumpem, para os que não têm ‘sangue limpo’, para os que têm uma coloração epidérmica diferente, para os ‘indígenas’, para os que adoram divindades distintas ou de “modo equivocado” tal idólatras, blasfemos, heréticos e apóstatas, para aqueles que alguém entende arbitrariamente que não deviam ter nascido, para aqueles que são considerados por outrem 3/5 humanos ou inumanos” (*Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro, Rel: JC Pina Delgado, 2.9*).

5.1.2. A idade como fator de tratamento diferenciado poderá operar a níveis diferenciados, especificamente de garantir um tratamento mais favorável aos que têm mais idade ou, alternativamente, reservando a essas pessoas um quadro menos benéfico.

A – A própria Constituição não é alheia a esta questão, na medida em que, pelo menos uma vez, estabelece um limite de idade para acesso a um cargo público, o de Presidente da República, o qual, pelo exercício de uma função essencialmente moderadora, é associada a exigências de maior maturidade e experiência que seria o resultado da idade mais avançada desejável para os titulares desse cargo, estabelecendo-se a idade mínima em trinta e cinco anos (artigo 110). A Lei Fundamental impõe ainda ao poder público a obrigação de garantir aos idosos prioridade no atendimento nos serviços públicos (artigo 77, parágrafo 2º, c).

B – Há, ainda, casos em que a Constituição insere cláusulas que integram injunções legislativas para estabelecer limites baseados na idade das pessoas, os quais têm o condão de limitar o acesso a atividade laboral. Nomeadamente, no caso das crianças ao acolher preceito segundo o qual “é proibido o trabalho infantil” (artigo 74(4)) e outro nos termos do qual “a lei define os casos e as condições em que pode ser autorizado o trabalho de menores” (artigo 74(5)). Significando que, mesmo que o exercício de atividade laboral por criança não corresponda a trabalho infantil, ainda assim envia-se injunção de fixação de idade mínima de acesso ao emprego por pessoas, que nos termos do direito, sejam consideradas crianças.

C – Claro está que as crianças correspondem a uma categoria especial coberta por um estatuto especial de base constitucional que legitima a inserção de certas normas restritivas especiais. Em última instância justificadas pela incompletude do seu processo de

amadurecimento físico e intelectual, logo de uma incapacidade relativa para, de forma autónoma e informada, autodeterminar-se do ponto de vista laboral. Donde se extrai ao abrigo da injunção prevista pelo número 1 do artigo 74 da Lei Fundamental, poderes-deveres especiais de um Estado ter a capacidade de, legitimamente, ainda que dentro de um quadro de proporcionalidade, limitar direitos de que são titulares com a finalidade de garantir o seu saudável e harmónico desenvolvimento físico, psicológico e moral e a preservação da sua capacidade de escolha futura, evitando hipotecar as suas oportunidades, fruto de uma entrada precoce no mundo laboral. Portanto, limitando-se certos direitos que podem ser exercidos de forma prejudicial, para que, mais tarde, sejam “mestres do seu destino”, para utilizar uma feliz expressão utilizada por juiz de outra jurisdição constitucional (Justice Douglas, Dissenting in Part, *Wisconsin v. Yoder et al.* in: *US Reports*, v. 406, 1971, p. 245).

O Tribunal já havia considerado que quando é o próprio legislador constituinte originário a estabelecer ou a impor o tratamento diferenciado não lhe caberá proceder a qualquer tipo de controlo (*Acórdão 39/2021, de 7 de setembro, Alex Saab v. STJ, referente à aplicação de normas inconstitucionais no julgamento de detenção de pessoa, no julgamento do processo de extradição e na autorização de extradição e recusa de aplicação de norma hipotética decorrente de instrumentos internacionais por inconstitucionalidade*, Red. JC Pina Delgado; JC Aristides R. Lima e JCP Pinto Semedo, 3.2.10, B). Assim sendo, essas considerações destinam-se simplesmente a ilustrar os diversos modos como critérios de idade poderão cruzar-se com a Constituição. Para efeitos deste escrutínio de constitucionalidade, o que interessa são as situações em que se usa tal critério para deixar em desvantagem as pessoas que têm idade mais avançada.

5.1.3. Não havendo qualquer diferenciação direta estabelecida pelo legislador constituinte nessa matéria, nem tão-pouco uma injunção legislativa específica no sentido aqui relevante de estabelecimento de idades máximas, o importante é verificar se a idade em si é um fator biológico imutável, marcado pela involuntariedade e pela vulnerabilização das pessoas.

A – Falecendo à pessoa qualquer controlo sobre um percurso biológico que, mesmo considerando os notáveis avanços da ciência médica e do incremento da longevidade e qualidade de vida dos seres humanos que proporciona e pelo menos antes que se invente um elixir para a juventude eterna, é inexorável, não seria difícil considerar que se trata de característica imutável, no sentido de involuntária, que se impõe ao indivíduo mesmo contra a sua resistência e vontade.

B – Não haverá dúvidas de que a idade – sobretudo nas sociedades modernas em que se quebram as relações sociais tradicionais que ainda reservavam às pessoas de maior idade uma senioridade da qual resultava maior deferência – poderá colocar o indivíduo em situação de grande vulnerabilidade, facilitando o arbítrio com que poderá ser tratado por entidades externas, portanto pelo poder público ou por outros particulares, reduzindo-se-lhe oportunidades existenciais e eventual consideração social, impondo-lhe preconceitos e estigmas, nomeadamente relacionados às suas capacidades e valor individual.

5.1.4. Sendo correta essa conclusão, não se pode deixar de considerar as particularidades da idade. Porquanto, por um lado, ela está associada a determinadas características humanas naturais que poderão se mostrar relevantes em relação ao exercício de certas atividades na medida em que inerentemente marcadas pela dinâmica que resulta dos ciclos vitais pelos quais as pessoas podem passar: infância, juventude, maturidade e terceira idade. Por este motivo, tal imutabilidade é relativa. Além disso, por outro lado, estabelecer um padrão de tratamento diferenciado para pessoas mais idosas, não decorre, num sentido próprio, de uma ação completamente heterónoma destinada ao outro. É também autónoma, porque é criar um regime que será aplicado a todos no futuro. Sendo assim, não haverá dúvidas de que a idade é passível de ser um fator de discriminação, mas com características muito particulares e complexas. Portanto, é certo, pelo menos em relação a situações que deixem em desvantagem os mais idosos, elementos típicos de uma causa suspeita de tratamento diferenciado, pelas suas especificidades, ela deverá ser considerada como uma causa, no mínimo, quase-suspeita para efeitos de controlo judicial, ensejando sempre um escrutínio denso para se escrutinar medidas, nomeadamente legislativas, que a ela recorram, o que é suficiente nesta situação concreta.

5.2. Em processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, a partir do momento em que se atesta ser a igualdade fator de discriminação, afasta-se da discussão uma possível violação por parte do legislador da igualdade enquanto princípio objetivo que todos os poderes públicos estão obrigados a considerar sem jamais poder tratar distintamente as pessoas sem que tenha um objetivo relevante a concretizar – quando basicamente se faz um controlo de mera racionalidade meio-fim – e enfatiza-se que é causa de tratamento discriminatório, esta absorve aquela por garantir o regime de proteção e de escrutínio mais estritos, tornando desnecessário que o Tribunal prossiga por esta outra via de inquérito.

5.3. Se a idade é uma causa de tratamento discriminatório, como já se avançou, o que é importante verificar antes de mais é se realmente a norma legal que se coloca em crise produz efetivamente um tratamento diferenciado por motivos de idade vedado pela Constituição.

5.3.1. Neste particular, o Tribunal já havia considerado no *Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, 2.12, que aplicaria quatro escalas de escrutínio quando se confrontasse com alegações de tratamento diferenciado, reservando-se a mais estrita para as situações de discriminação que envolvem causas suspeitas que tenham que ver com características involuntárias e imutáveis das pessoas ou se se associam ontologicamente ao seu ser, e por ordem decrescente as que sendo quase-suspeitas tenham na sua base características transitórias da pessoa ou que tenham que ver com o livre desenvolvimento da sua personalidade, as ordinárias necessárias à gestão da vida económica e social e, por fim, as simples. O que justifica que, no caso concreto, envolvendo característica transitória da pessoa, mas que ela não consegue controlar, se lance um nível de escrutínio que, não sendo estrito, seja suficientemente forte no sentido de avaliar todo o contexto de aprovação da medida de tratamento diferenciado em questão, da sua existência, do seu impacto e, sobretudo, da intenção, expressa ou implícita, de se tratar as pessoas de forma diferenciada por motivos de idade e pela existência ou não de interesse público prevalente invocado e provado pelo legislador para justificá-la.

5.3.2. Na argumentação do Requerente a resposta é positiva. Havendo tratamento discriminatório por motivos de idade, estabelecendo-se regimes diferenciados no acesso à função pública para o desempenho de funções que não exigem elevada formação técnica ou equiparadas para quem tenha trinta e cinco anos ou mais e para aqueles que não tenham atingido essa idade.

5.3.3. Chegados aqui, esta Corte depara-se com uma dificuldade originária, de certa forma similar à que se confrontou no quadro do pedido de fiscalização da constitucionalidade do Estatuto dos Oficiais de Justiça decidido pelo *Parecer n.º 1/2017, de 2 de maio, Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade referente ao Estatuto do Pessoal Oficial de Justiça*, Rel: JP Pinto Semedo, 3.5; 3.8. Não só porque, como naquele caso, não houve qualquer justificação específica por parte do poder público da medida adotada, como também porque a Corte Constitucional cabo-verdiana, a partir da análise do processo legislativo, não conseguiu sequer obter elementos suficientemente esclarecedores sobre as razões do legislador para manter a medida desafiada. Portanto, o ónus que cabe ao Estado de provar que a medida que engendra, no mínimo, uma situação que merece ser vista como quase-suspeita, não é discriminatória em razão do interesse legítimo supremo ou forte que a justifica por motivos constitucionalmente legítimos, não foi cumprido pelo poder público. Por si só, isso já seria suficiente para se considerar a inconstitucionalidade de tal tratamento, não tivesse o Tribunal de balancear os

elementos já constantes dos autos, os emergentes da justificação geral do ato legislativo ou aqueles que podem ser obtidos a partir das suas diligências instrutórias que podem suprir a omissão de justificação do poder legislativo. Porém, malgrado esse esforço, da análise dos trabalhos preparatórios não emerge qualquer razão específica para a manutenção desta regra, com a exceção do comentário feito pelo proponente de que se tratava de uma opção legislativa (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009*, Praia, Assembleia Nacional, 2009, p. 297), não sendo coberta igualmente pelos objetivos genéricos que presidiram à adoção do diploma de “melhoria do sistema de gestão de recursos humanos” (Idem., p. 268), visando “pôr de pé uma Administração Pública que seja ágil, flexível e que funcione, isto é, orientad[a] para a resolução de problemas” (Idem, p. 266; Exposição de Motivos, I) e almejando “eliminar disfunções burocráticas e fazer a transformação da cultural organizacional” (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009*, p. 266). Neste sentido, foi somente o Senhor Procurador-Geral da República, que, na conferência de discussão do memorando, avançou argumentos específicos de que os objetivos da norma seriam, por um lado, o de não criar fatores de desestabilização do sistema de segurança social quanto à sua sustentabilidade e, do outro, garantir que quem exerce funções mais operacionais, estando sujeito a maior desgaste físico, é aproveitado pela administração pública quando ainda goza do vigor necessário ao seu cabal desempenho.

5.3.4. São argumentos ponderosos, mas dificilmente sustentam a medida porque, por um lado, a criação de uma elite administrativa suportada exclusivamente por um conjunto de funcionários públicos altamente qualificados não seria passível de se atingir com a pura e simples exclusão de admissão para as funções não-técnicas daqueles que tenham trinta e cinco anos ou mais. Não se colocando a possibilidade de a administração prescindir de certas funções não-técnicas, a menos que o impacto da norma se reduzisse a regular transitoriamente aqueles que ainda nela estivessem. Não é o caso, até porque sendo elas imprescindíveis para o seu funcionamento, continuariam a ser admitidos aqueles que tivessem menos de trinta e cinco anos para as mesmas funções. O Tribunal não conseguiu encontrar elementos que indiquem tal sentido, mas pode considerar que seria um desdobramento da ideia de que a intenção do legislador fosse não a de prescindir de tais funções, até porque continuou a contemplar várias delas (nomeadamente as de ajudante de serviços gerais, telefonista, condutor auto, auxiliar administrativo, etc.) no *Plano de Cargos, Carreiras e Salários* que subsequentemente aprovou, mas, simplesmente, retirá-las do regime de carreira – uma questão que será apreciada no quadro de outro desafio de constitucionalidade que tramita no Tribunal – remetendo-as para uma base regulatória mais privatística, ou terceirizá-las parcialmente como também é sugerido pelo *Perfil*

dos Recursos Humanos da Administração Pública Cabo-Verdiana, Praia, Gabinete do Secretário de Estado da Administração Pública, 2007, p. 13. Donde decorreriam desafios constitucionais óbvios, a respeito dos quais esta Corte não sente qualquer necessidade de se pronunciar, pois o facto é que em relação ao problema de base que se lhe colocou, a constitucionalidade da regra de não admissão de pessoas com idade de trinta e cinco anos em funções que não exigem um alto nível de formação técnica na função pública não teria relação direta na sua concretização, mas, quando muito, lateral, na medida em que a própria norma continua a admitir a existência dessas funções. Simplesmente, limita o acesso a elas a pessoas que ainda não tenham atingido a idade de trinta e cinco anos. Por conseguinte, as únicas finalidades legítimas que o Estado poderia eventualmente invocar em tais casos teria a ver com dois efeitos.

A – Primeiro, um de teor previdenciário da entrada de pessoas com idade muito alta na função pública, atendendo aos anos de contribuição necessários para efeitos de aposentação *vis à vis* a idade máxima que poderão trabalhar. É verdade que esse objetivo poderá ser relevante, nomeadamente para garantir não só a sustentabilidade do sistema de segurança social – uma preocupação genérica do proponente do diploma, como decorre da *Exposição de Motivos*, 11 – como igualmente a justiça – nomeadamente inter-geracional – entre os contribuintes desse mesmo sistema. Contudo, assim considerado, esse objetivo em si, e sem sequer se analisar a sua proporcionalidade, cairia em inconsistência quando fosse confrontado com a sua aplicação de forma diferenciada a pessoas que entram com mais de trinta e cinco anos em carreiras técnicas ou equiparadas, porque a entrada neste tipo de carreira produziria o efeito similar sobre o sistema de segurança social.

Por isso, o Digníssimo Senhor Procurador-Geral da República qualificou o seu entendimento acrescentando a ideia de que em função do tipo de atividade exercido em carreiras não-técnicas, a pessoa estaria sujeita a desgaste físico mais intenso, o que aumentaria a probabilidade de situações que propiciariam reformas antecipadas por razões de saúde. Naturalmente, o Tribunal Constitucional não tem elementos quantitativos para o atestar e para considerar que seria uma justificação suficiente teria de se demonstrar que disso resultaria um impacto claro sobre a sustentabilidade do sistema de segurança social. E, mesmo assim, isso só seria aceitável como causa suficiente de justificação se, de facto, não houvesse a possibilidade de desenvolver regime alternativo que agredisse de forma menos intensa o direito e que compensasse esses efeitos, como, de resto, a legislação aplicável mostra-nos ser possível

absorver (ver igualmente Parecer UNTC-CS, *Anteprojeto de Lei de Bases do Regime da Função Pública*, p. 6).

B – Segundo, outro de natureza mais administrativa, dependente da verificação da existência de uma correlação direta entre a idade e elementos objetivos médios que elas indiciam a respeito da capacidade de as pessoas exercerem determinadas atividades laborais, neste caso na função pública. Naturalmente, o Tribunal não ignora que algumas delas exigem certa força e destreza que podem, no geral, decrescer a partir de determinada idade, tendo, por este motivo, o legislador legitimidade para considerar tais efeitos. Nomeadamente, sendo justificado que, em tais circunstâncias, ele cuide de fixar regime que permita tirar proveito suficiente da pessoa que integre os quadros da função pública para exercer tais atividades. Tal medida poderá ter que ver com isto e nessas bases contém elementos relevantes de ponderação no quadro do presente desafio de constitucionalidade. No entanto, um problema de fundo coloca-se porque a norma em causa é suscetível de conduzir a problemas de proporcionalidade, especificamente de igualdade proporcional, posto que, conforme este Tribunal já havia decidido “mesmo que uma medida de tratamento diferenciado seja constitucionalmente aceitável, a intensidade da desigualdade que promove deve ela própria ser proporcional” (*Acórdão n.º 7/2018, de 29 de março, Joaquim Monteiro v. STJ, Recurso de Deliberação da CNE sobre recusa de concessão de subvenção da campanha eleitoral decorrente de aplicação de norma inconstitucional*, Rel: JC Pina Delgado, 11.8.4).

Nos termos do teste de proporcionalidade aplicado pelo Tribunal desde o *Acórdão n.º 7/2016, de 21 de abril, Fiscalização Abstrata Sucessiva do n.º2 do artigo 9.º da Lei n.º 90/VII/2011, de 14 de fevereiro*, Rel: JC Pina Delgado, 4.3.2, apesar de a medida poder ser considerada adequada para que o legislador atinja as finalidades indicadas, além de haver meios que afetam menos o direito nos termos assinalados, ela sempre seria excessiva por abranger não só atividades especialmente exigentes do ponto de vista físico, como também outras que não são, de modo nenhum, afetadas pela idade, impondo, assim, um sacrifício excessivo ao direito. Destarte, a sua fixação em trinta e cinco anos que foi acompanhando, de forma deliberada, os sucessivos regimes da função pública aplicáveis em Cabo Verde desde o período colonial, parece, na atualidade, dificilmente justificável, o que, de alguma forma, foi sugerido durante os debates parlamentares pelo Deputado António Monteiro (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009*, p. 294) e antes pelo Parecer da UNTC-CS, *Anteprojeto de Lei de Bases do Regime da Função Pública*, pp. 5-6. Não só porque a esperança de vida e a qualidade de vida cada vez maiores e melhores são relevantes nesta matéria, o que foi curiosamente admitido pelo

proponente do diploma aquando da apresentação da proposta de lei, mas sem tirar as devidas consequências para a questão da definição da idade mínima de ingresso, limitando-se a considerá-la para propósitos de alerta para a necessidade de se ir aumentando a idade da aposentação em função dessas razões (*Atas da Reunião Plenária de 28 de maio de 2009*, p. 273). Mas também porque com a evolução médica e biotecnológica, o desgaste físico natural, a perda muscular gradativa e o decréscimo de capacidade aeróbica decorrentes da idade (cf. Robert Mazzeo *et al.*, “Exercise and Physical Activity for Older Adults”, *Medicine & Science in Sports & Exercise*, v. 30, n. 6, 1998, pp. 992-1008), além de não serem tão significativos pelo menos até à meia idade (c. 52 anos), conforme o estudo de M. Westerståhl *et al.*, “Longitudinal changes in physical capacity from adolescence to middle age in men and women”, *Nature. Scientific Reports*, v. 8, 2018), ou até mais tarde (54 anos) conforme Raija Gould *et al.*, *Dimensions of Work Ability*, Helsinki, ETK/Kela/KTL/FIOH, 2008, cap. 3, podem ser compensados com medidas preventivas, que, a) ligadas à alimentação e ao exercício físico e terapêuticas médicas e farmacológicas prolongam a capacidade de trabalho por muitos mais anos; b) proporcionam equipamento que pode ser utilizado sem grande esforço, nomeadamente físico (por exemplo, Vegard Skirbeek, “Age and Productivity Capacity: Descriptions, Causes and Policy”, *Ageing Horizons*, n. 8, 2008, pp. 4-12); c) impõe adaptações ao ambiente de trabalho para facilitar o seu desempenho por pessoas mais idosas (Glen P. Kenny *et al.*, “Age, human performance, and physical employment standards”, *Applied Physiology, Nutrition and Metabolism*, v. 41, 2016, ss. 92-107). Não sendo despidendo considerar que por aquilo que se demonstrou, na prática, em 1960 – quando ainda estava em vigor a norma homóloga do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino* de 1956 –, de acordo com dados do Banco Mundial, disponíveis na sua página oficial <https://data.worldbank.org/indicator/SP.DYN.LE00.IN?locations=CV>, consultados em dezembro de 2021, a esperança de vida à nascença em Cabo Verde era de quarenta e oito anos, menos vinte e dois anos do que os setenta de 2009 e menos vinte e quatro dos setenta e dois de 2019.

Por conseguinte, mesmo que se aceitasse a premissa de que idade poderá estar associada a algum decréscimo de capacidade física, isso, em relação à maior parte das atividades, pode ser contornado pela maior experiência e maturidade que os anos podem trazer (por exemplo, Vegard Skirbeek, “Age and Productivity Capacity: Descriptions, Causes and Policy”, p. 6 e ss; e Juhani Ilmarinen, “Ageing Workers”, *Occupational and Environmental Medicine*, v. 58, 2001, p. 546 e ss.). Donde, mesmo que se siga uma visão clássica e naturalista da idade como a celebrenemente apresentada por Cícero, *De Senectude*, A. Peabody (trad.), Boston, Little, Brown and Co.,

1887, p. 25, no sentido de que “[c]omo a vida tem o seu curso fixo e a natureza opera de modo invariável, a cada idade se atribui o que a ela melhor se adequa, para que a inconstância da infância, o temperamento sanguíneo da juventude, a sobriedade da meia idade e a maturidade da idade avançada, (...) que deve ficar disponível no seu próprio momento”, a idade não significa necessariamente perda de produtividade do trabalhador.

Desse ponto de vista não podia ser admissível uma formulação legal tão ampla e baseada numa idade que, até demonstração em contrário, não se justifica do ponto de vista biológico e poderá estar ancorada em crenças e preconceitos desprovidos de base científica segundo as quais há um decréscimo generalizado de produtividade das pessoas a partir de determinada idade. Foi, de resto, a razão utilizada pelo *Decreto nº 16.569, de 5 de março de 1929*, para justificar a inserção de limites máximos de ingresso e de permanência na função pública. Argumentando-se que como a eficiência do serviço público depende das “qualidades dos cidadãos que os prestam” e da sua “perfeita adaptação às novas condições de vida que constantemente se criam”, e que só excepcionalmente se encontrando tais qualidades em “funcionários que tenham ultrapassado um certo limite de idade, além do que o espírito de iniciativa desaparece, para ceder lugar à rotina”, não sendo “para a exceção, mas para o normal que deve estabelecer-se um certo regime de direito”, conclui-se que seria necessário estabelecer esses limites rígidos de idade.

5.3.5. Por conseguinte, a intenção de tratamento diferenciado é óbvia e depreende-se do próprio texto da norma impugnada que utiliza o critério da idade expressamente e é reforçada pelos efeitos do ónus da prova, já que o poder legislativo não apresentou qualquer argumento que permitisse a este tribunal considerar que houvesse finalidade mais benigna por detrás. Uma medida de tratamento diferenciado que usa a idade como base, e que não é justificada pelo poder público a partir de uma razão constitucionalmente legítima, só poderá ser tida como uma discriminação injustificada e, logo, inconstitucional, retirando uma parcela importante da população do usufruto de uma oportunidade de prestar serviço na administração pública por motivos de idade e de retirar o seu sustento dessa atividade laboral.

5.4. O segundo eixo deste inquérito de constitucionalidade impõe que se considere eventual discriminação indireta resultante da mesma medida legislativa, desta feita por razões socioeconómicas. O que resulta do pensamento jurídico da Entidade Requerente é que, apesar de não se explicitar esse critério na norma desafiada, ela atingiria em particular cidadãos menos afortunados financeiramente porque estes não teriam condições para suportar os custos de formações de nível superior que habilitariam aos concursos de acesso às carreiras técnicas e equiparadas da administração pública, um efeito que seria vedado pela cláusula anti-

discriminação do artigo 24 da Constituição da República, que expressamente menciona as “condições sociais e económicas” como uma causa de tratamento inigualitário vedado.

5.4.1. Não há, com efeito, elementos textuais que remetam para uma discriminação direta por esse motivo, até porque o único critério que é utilizado além da idade que pode estar subjacente à maioria das carreiras abrangidas pela norma seria o da formação académica, o que, por si só, não seria uma causa proibida de tratamento diferenciado, muito pelo contrário. No mesmo diapasão não há indicações de que o legislador pretendeu excluir diretamente as pessoas com menos posses ou até de famílias menos abonadas da sociedade cabo-verdiana de aceder à função pública, contrariando o credo constitucional liberal e a história deste país que sempre atribuiu à educação um papel fundamental de justiça política, concebendo-a como um instrumento privilegiado de ascensão social e de garantia de equidade de oportunidades para a fruição dos bens comunitariamente gerados. Destarte, em tal contexto, faltariam precisamente os elementos objetivo e subjetivo necessários à configuração de discriminação direta, a intenção de discriminar ou o descaso em relação ao sentido discriminatório objetivados pela forma como a norma foi construída com referência explícita à situação socioeconómica, o que não se verifica. O mesmo não pode ser dito da possibilidade de haver discriminação indireta, situação na qual, sendo irrelevantes o texto normativo e a motivação, o que é determinante é o efeito particularmente nocivo de uma medida em relação a pessoas com determinadas características comuns.

5.4.2. Em tais casos, a determinação de discriminação, sempre possível em abstrato, depende, em última instância, de uma avaliação – se necessário, com os elementos estatísticos, quantitativos e qualitativos disponíveis – do impacto material e psicológico das medidas em causa sobre esse grupo de pessoas. Contudo, nesta ocasião, tendo a Corte Constitucional determinado a existência de discriminação direta não será necessário desenvolver muito além disto a possibilidade de haver também discriminação indireta por motivos de condição social e económica que também poderia ser considerada como uma hipótese decorrente da possível correlação entre capacidade financeira e formação superior ou técnica, ainda que carente de reflexão mais fina e demonstração empírica cabal. Contudo, tratando-se de um sucedâneo passível de utilização nos casos de incapacidade para se determinar a existência de discriminação direta, o Tribunal fica-se pela determinação de inconstitucionalidade por discriminação direta motivada pela idade da pessoa.

6. A outra dimensão a que se associa a mesma questão seria se essa norma resultante do n.º 1 do artigo 28.º da Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho e alterada pela Lei n.º

117/VIII/2016 de 24 de março, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em razão da idade no que diz respeito à limitação de ingresso na função pública de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos de idade para provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal da carreira técnica ou equiparada fora das exceções mencionadas na parte final do preceito é desconforme ao direito de igual acesso à função pública previsto pelo artigo 42, parágrafo segundo, e pelo artigo 56, parágrafo primeiro, e, por esta via, ao princípio republicano reconhecido pelo artigo 1º, parágrafo primeiro, à cláusula do artigo 241, parágrafo sexto, que condiciona o acesso à função pública somente ao mérito e capacidade e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo artigo 41, parágrafo primeiro, todos da Carta Magna.

Além disso, a norma desafiada por meio deste pedido de fiscalização da constitucionalidade contém sentido de duvidosa compatibilidade com outras disposições fundamentais, nomeadamente o direito especial de igualdade de acesso à função pública reconhecida especificamente pelo artigo 42, parágrafo segundo, e também pelo artigo 56, parágrafo primeiro, associado ao princípio republicano reconhecido pelo artigo 1º, parágrafo primeiro, a cláusula do artigo 241, parágrafo sexto, que condiciona o acesso à função pública somente ao mérito e à capacidade, e, finalmente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade previsto pelo artigo 41, parágrafo primeiro, todos da Constituição.

6.1. O número 2 do artigo 42 da Lei Fundamental especialmente o número 1 do artigo 56 da Lei Fundamental de forma genérica, respetivamente, consagram ou abarcam, um direito especial de igualdade: o de acesso à função pública. Esse direito é uma consequência natural do princípio da liberdade e do princípio republicano que emerge da consagração do número 1 do artigo 1º segundo o qual Cabo Verde é uma República. Etimologicamente, a coisa de todos, poucos elementos têm acompanhado de modo mais central a ideia da República do que um dos seus desdobramentos mais clássicos que remonta à Antiga Atenas e ao valor da isonomia: o direito a ascender de forma igual a cargos públicos. O qual também não deixa de estar ligado a uma perspetiva liberal de a pessoa não poder ser impedida de escolher uma profissão e prestar serviço ao Estado se assim o entender.

6.1.1. Não é assim desprovido de sentido, dada a consagração desse princípio, que a própria Constituição desta República contenha ainda essa dupla e complementar formulação, pois além de estabelecer no número 2 do artigo 42 que “todos os cidadãos têm direito de acesso à função pública, em condições de igualdade (...)”, também o dispõe no número 1 do artigo 56 quando estipula que “todos os cidadãos têm o direito de aceder, em condições de igualdade e

liberdade, às funções públicas (...).” Portanto, respetivamente no capítulo de direitos, liberdades e garantias individuais e no capítulo de direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania. O que pode decorrer do facto de o legislador constituinte, não obstante a sua natureza clássica de direito político, na medida em que associado à gestão da polis pelo cidadão, ter querido atribuir ao direito de igualdade de acesso à função pública uma dimensão individual de teor mais liberal, ligando-o igualmente à esfera profissional dos indivíduos, a qual neste momento histórico talvez seja predominante.

6.1.2. Existindo tal direito, e sendo até mais estrito, as razões que foram articuladas para suscitar a possível inconstitucionalidade por desconformidade com a cláusula da não-discriminação do artigo 24, também, por maioria de razão, podem ser aplicadas a este outro parâmetro. Considerando que a medida legislativa em apreciação veda o acesso de certas pessoas à função pública a partir de uma formulação englobante e totalizante sem justificação suficiente, além de atingir a garantia a não se ser discriminado, inclusive por motivos de idade, também se mostra desconforme a esse direito especial à igualdade reconhecido pelo número 2 do artigo 42 e pelo número 1 do artigo 56 da Constituição, nos termos já assinalados. Isso com a agravante de agredir o princípio republicano, que comporta a ideia de que existe uma República, uma coisa de todos, criada e mantida por cidadãos, os quais, além de terem deveres para com ela, nomeadamente os deveres fundamentais arrolados nos artigos 83, 85 e 86 da Lei Fundamental, são igualmente titulares de direitos subjetivos públicos, nomeadamente direitos de participação política e de exercício da cidadania e o direito de prestar serviço público, que, por este motivo, são segregados dos direitos, liberdades e garantias de primeira geração, que também o legislador associa à função pública.

6.2. Designadamente, porque o faz num contexto em que não o sustenta socorrendo-se das exceções constitucionais que permitem estabelecer distinções nesta matéria. Porque do artigo 241, parágrafo sexto, da Constituição, infere-se que o acesso à função pública só pode ser condicionado ao mérito e capacidade dos candidatos. Logo, não sendo líquido que ele legitimaria a utilização de critérios etários, de forma direta ou indireta, para condicionar esse acesso e o conseqüente tratamento desigual. Não havendo qualquer referência explícita à idade nessa disposição, a única alternativa seria de considerar que ela estaria absorvida pela expressão capacidade, algo que pode ser relevante em certos contextos, nomeadamente no profissional-laboral. Atendendo ao que se chamou a atenção, ou seja, de que poderá haver situações em que esse critério poderá manifestar-se razoável, senão determinante, considerando-se que o desempenho de certas atividades profissionais possa a isso estar relacionado.

6.2.1. Para que se possa fazer tal exercício é decisivo que atentemos para a natureza da formulação do supracitado preceito. Esta poderá ser determinada a partir de um viés cuja finalidade essencial de ser uma norma objetiva da qual resulta uma diretriz de teor negativo de o Estado não poder condicionar o acesso à função pública a outros critérios além do que disser respeito ao mérito – a este respeito, por meio do *Acórdão n.º 24/2016, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à Norma Revogatória da Lei de Aprovação do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público*, Rel: JC Pina Delgado, 5.5.8 (entendimento reproduzido *ipsis verbis* no *Acórdão n.º 23/2018, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à a norma contida no n.º 1 do art.º 130 da Lei n.º 1/VII/2011, de 20 de junho, que aprovou o Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Rel: JC Pina Delgado, 5.6.8.) esta Corte acolheu o entendimento de que se quis que o mérito no acesso à função pública “fosse aferível do modo o mais objetivo possível, nomeadamente através de concursos destinados a testar a valia relativa de cada um e em que este deveria ser o elemento prevalecte e decisivo. Sendo isto por si só um interesse público digno de proteção constitucional porque, no seu bojo, contempla princípios constitucionais importantes, nomeadamente o da imparcialidade e, em certos níveis, o da igualdade, (...)” – e o que se refere à capacidade.

6.2.2. O facto é que a idade em nenhum momento é mencionada como um dos critérios autónomos que podem ser utilizados para condicionar esse acesso e, concomitantemente, não parece que a injunção exposta pelo legislador constituinte permitiria o recurso a critérios não-enumerados, nem implícitos, constituindo-se num círculo fechado.

6.2.3. A questão a saber é se indiretamente a idade não podia ter que ver com o mérito ou com a capacidade. Sendo o mérito um critério decorrente da capacidade relativa e comparativa das pessoas a partir do qual alguém demonstra uma maior aptidão para a realização de determinada coisa, não está em causa no presente debate. Não porque não poderá haver alguma conexão entre o mérito e a idade, até porque, como se disse, a própria Constituição condiciona a aptidão para o exercício de certos cargos públicos à idade, tendo na sua base também tais motivações. Outrossim, porque, no caso concreto, a idade de corte em causa a partir de critérios objetivos muito dificilmente seria relevante para o mérito, pois, na maior parte dos casos, nem se pode dizer que a pessoa de trinta e cinco anos ou mais, por si só, tenha menos mérito do que as mais jovens para exercer certas funções.

Daí que que a ligação entre uma coisa e a outra dependerá mais da inclusão da idade como possível elemento relevante da capacidade. Conforme os dicionários da língua portuguesa,

máxime o Houaiss, v. I, p. 766, o termo capacidade tem uma aceção não muito distante de mérito ou pelo menos gera espaços de sobreposição com o mesmo, na medida em que podendo significar “habilidade física ou mental de um indivíduo; aptidão, perícia (...)”. Mas a sua utilização poderá ter-se justificado, do ponto de vista constitucional, para se referir mais à aptidão física e, eventualmente, emocional para o exercício de uma determinada função. Naturalmente, a avaliação natural de uma solução reconduzível às premissas liberais, sociais e republicanas que, em última instância, também marcam a Ordem Fundamental do Arquipélago, determinaria que a avaliação da capacidade de cada um fosse feita individualmente e não a partir da sua respetiva idade, o que teria até corroboração científica, considerando estudos conduzidos no domínio da capacidade laboral (*e.g.*, Glen P. Kenny *et al.*, “Age, human performance, and physical employment standards”, *passim*), pois dizer-se que em média pessoas com uma certa idade podem ser menos propensas a realizar certas atividades centrais à função pública, não significa que indivíduos específicos com essa mesma idade também sejam abarcados pela média geral.

6.2.4. Seja como for, não sendo a questão em apreciação puramente tributária da aplicação de critérios científicos, mas de natureza eminentemente jurídico-política, para o Tribunal Constitucional, o legislador, em respeito ao princípio democrático (*Acórdão nº 24/2016, de 20 de outubro, Fiscalização Sucessiva da Constitucionalidade referente à Norma Revogatória da Lei de Aprovação do Estatuto dos Magistrados do Ministério Público*, Rel: JC Pina Delgado, 1), terá liberdade para poder estabelecer de modo razoável idades a partir das quais a pessoa deixaria de ter capacidade para realizar certas funções, desde que o faça de modo proporcional, considerando critérios objetivos debaixo dos quais parte significativa das pessoas nessa faixa etária ficaria abrangida, e, sobretudo, a partir de uma avaliação individualizada de cada função específica, restringindo, desta forma, o ingresso a elas por esse motivo. No caso concreto, ainda que se parta do princípio de que a idade possa influir na capacidade e, logo, não se estando a estabelecer novos critérios de limitação o acesso à função pública, além dos que são autorizados pela Lei Fundamental da República, o facto é que o modo como o legislador concretizou-os por via da norma concreta que se impugna é deveras discutível. Designadamente, porque partiu de uma fórmula geral não individualizada que abarca atividades diferentes e heterogéneas. Em relação a algumas delas, argüivelmente, a idade poderá ser determinante em termos da capacidade física individual e outras julgadas relevantes, noutras não. Assim, mesmo que se fosse admitir a relevância média da idade enquanto fator de produtividade, seria sempre desprezível em relação ao desempenho de muitas dessas funções.

6.2.5. Nesta conformidade, o Tribunal Constitucional considera que a norma cuja fiscalização sucessiva foi requerida pelo Senhor Provedor de Justiça é desconforme à regra que estabelece os critérios que podem limitar o acesso de um cidadão à função pública: o mérito e a capacidade.

6.3. Poderia ainda discutir-se um efeito possível sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade reconhecido pelo número 1 do artigo 41 da Lei Básica, o qual estabelece posições jurídicas individuais de reconhecimento de um espaço de liberdade no qual a pessoa, sem constrangimento do poder público, molda a sua personalidade a partir de opções livres que vai tomando sobre a sua existência. A esfera natural de concretização desse direito é, por motivos evidentes, a privada. Donde que, sem se negar totalmente a possibilidade de uma limitação desigual de acesso à função pública poder projetar efeitos sobre as dimensões jurídicas protegidas desse direito, nomeadamente quando ela se intersecta com a possibilidade de as pessoas redireccionarem a sua vida, nomeadamente profissional, não haverá, no sentido próprio da palavra, uma ingerência constitucionalmente desconforme nesses casos.

7. Neste sentido, o Tribunal Constitucional limita-se a declarar a inconstitucionalidade da norma com fundamento na sua desconformidade com a garantia a não se ser discriminado por motivos de idade, com o direito de igualdade no acesso à função pública, com o princípio republicano e com os critérios constitucionais que podem limitar o acesso do cidadão à função pública, nos exatos termos que constam da parte dispositiva.

8. Ocorre que essa determinação a respeito da norma desafiada ainda impõe uma análise complementar. Esta resulta do facto de a Constituição, no artigo 285, parágrafo primeiro, prever efeitos automáticos que decorrem de uma declaração de inconstitucionalidade normativa, nomeadamente a repristinação da norma que haja sido revogada por aquela que se atesta padecer de vício de inconstitucionalidade. Daí que, em tais casos, como o Tribunal já havia assentado através do *Acórdão 1/2017, de 12 de janeiro, Constitucionalidade do Artigo 13 da Lei da Taxa Ecológica que Estabelece o Regime de Gestão, Consignação e Destinação das Receitas Arrecadadas*, Rel: JC Pina Delgado, publicado no *Boletim Oficial*, N° 10, 27 de fevereiro de 2017, pp. 218-260, 5.4, deve-se “também avaliar se as razões que determinam a consideração de inconstitucionalidade também se aplicam à norma repristinada e, se assim for, [o Tribunal] deverá também declará-la inconstitucional, impedindo a sua entrada no ordenamento jurídico”.

8.1. Como se disse, o atual número 1 do artigo 28 substituiu número 1 do artigo 5° da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, o qual dispunha que “os indivíduos que tenham completado

35 anos de idade não podem ser providos em lugares de acesso de categoria inferior ao de pessoal de carreira técnica ou equiparado, salvo se à data da constituição da relação jurídica de emprego já desempenhavam outras funções no Estado ou nos municípios com direito a aposentação, com idade inferior àquela e desde que a transição se faça sem interrupção de serviço”.

8.1.1. Portanto, a produzir-se o efeito previsto pelo número 1 do artigo 285 da Constituição esta norma seria repristinada em função da declaração de inconstitucionalidade do número 1 do artigo 28 da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, conforme alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*.

8.1.2. Como se pode observar com a exceção da alteração da expressão “município” por “pessoa coletiva de direito público” e ajustes na redação sem efeitos normativos substanciais, as normas mantêm uma identidade quase completa, do que decorre que as razões que determinaram a inconstitucionalidade do número 1 do artigo 28 da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, conforme alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*, também são aplicáveis ao número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, o qual também deve ser declarado inconstitucional, assim não podendo ser repristinado.

8.2. Na medida em que o legislador constituinte pretendeu aparentemente evitar vazios normativos quando se declara a inconstitucionalidade de uma norma, ficaria ainda por discutir se também se deveria verificar a compatibilidade do número 1 do artigo 12 do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino* – revogado expressamente pelo artigo 46 da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro* – com a Constituição e que, enquanto tal, não tinha sido tocado pelo *Decreto-Lei n.º 152/79, de 31 de dezembro*, publicado no *Boletim Oficial*, N. 52, 3º Sup., de 31 de dezembro, pp. 1-14, ou pelo *Decreto-Lei n.º 154/81, de 31 de dezembro*, publicado no *Boletim Oficial*, N. 52, Sup., de 31 de dezembro de 1981, pp. 2-6.

8.2.1. A razão para tanto é que essa norma poderia ser repristinada pela declaração de inconstitucionalidade do número 1 do artigo 5º da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, na medida em que integra ato normativo que, apesar de ter sido aprovado no período colonial, foi mantido em vigor por força do artigo 22 da *Lei de Organização Política do Estado* e do artigo 99 da *Constituição de 1980*, o qual prescreviam que “a legislação portuguesa em vigor nessa data mantém transitoriamente a sua vigência em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à presente Lei/Constituição, às restantes Leis da República e aos princípios e objetivos do P.A.I.G.C” e, ainda, pelo artigo 317 da versão originária da Constituição de 1992, nos termos

da qual “o direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se em vigor, desde que não seja contrário à Constituição ou aos princípios nela consagrados”.

8.2.2. Apesar de a condição de validade do direito anterior à entrada da Constituição depender da sua compatibilidade com a Constituição, isso não exime o Tribunal Constitucional de ter de declarar a sua inconstitucionalidade para expurgá-la do ordenamento jurídico.

8.2.3. Neste caso, apesar de a técnica de redação contemplar as suas diferenças em relação à norma concretamente desafiada nos presentes autos, o sentido normativo do número 1 do artigo 12 do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino* geraria o mesmo problema de incompatibilidade constitucional, sendo-lhe aplicável o mesmo raciocínio dirigidos às outras normas, nomeadamente porque o acesso de pessoas com mais de trinta e cinco anos estava limitado às categorias referidas cujo provimento dependia de possuírem “um curso superior adequado”. Sendo assim, esta norma também é inconstitucional e não pode ser repristinada.

III. Decisão

Pelo exposto, os Juízes Conselheiros do Tribunal Constitucional, acordam em Plenário,

a) Declarar a inconstitucionalidade da norma constante do número 1 do artigo 28 da *Lei n.º 42/VII/2009, de 27 de julho*, conforme alterada pela *Lei n.º 117/VIII/2016, de 24 de março*, que limita o ingresso de cidadãos com idade igual ou superior a trinta e cinco anos para efeito de provimento de lugares correspondentes a categoria inferior ao de pessoal de carreira técnica ou equiparado fora das exceções nele mencionadas, por desconformidade com o direito a não se ser discriminado consagrado no artigo 24, com o direito de igualdade de acesso à função pública estabelecido pelo artigo 42, parágrafo segundo, e artigo 56, parágrafo primeiro, e com o princípio republicano do artigo 1º, parágrafo primeiro, todos da Constituição da República.

b) O artigo 5º, parágrafo primeiro, da *Lei 102/IV/93, de 31 de dezembro*, que fixa o regime jurídico da constituição, modificação e extinção da relação jurídica de emprego na função pública, e o artigo 12, parágrafo primeiro, do *Estatuto do Funcionalismo Ultramarino*, aprovado pelo *Decreto do Ministério do Ultramar 46.982, de 27 de abril de 1966*, conforme redação inserta pelo *Decreto do Ministério do Ultramar 49.165, de 18 de julho de 1969*, não podem ser repristinados.

Registe, notifique e publique.

Praia, 06 de dezembro de 2021

José Pina Delgado (Relator)

Aristides R. Lima

João Pinto Semedo

ESTÁ CONFORME

Secretaria Judicial do Tribunal Constitucional, aos 06 de dezembro de 2021.

O Secretário,

João Borges