

O Tribunal Constitucional em 2012

JORGE MIRANDA

SUMÁRIO: I – Tipos e volume de decisões. II – Principais decisões. III – Direito à identidade pessoal e ressalva de casos julgados na declaração de inconstitucionalidade. IV – Crime de violência doméstica e garantias de processo penal. V – Enriquecimento ilícito. VI – Direito dos reclusos à tutela judicial. VII – Os cortes dos subsídios de férias e de Natal no sector público. VIII – Contribuições financeiras e retroatividade. IX – Sobretaxa extraordinária sobre rendimentos e poderes das regiões autónomas. X – Reorganização territorial das freguesias e referendos locais. XI – Recomposição do Tribunal.

I – Tipos e volume de decisões

1. Em 2012, o Tribunal Constitucional proferiu os seguintes acórdãos, classificados em razão das diversas competências que a Constituição e a lei lhe conferem:

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

- Decisões sobre reclamações – 108
- Decisões sobre questões de processo – 314
- Decisões de mérito – 136

Fiscalização abstrata

- Decisões em fiscalização preventiva – 4
- Decisões em fiscalização sucessiva – 11
- Decisões em fiscalização da inconstitucionalidade por omissão – 0

Eleições, referendos e partidos

- Decisões em contencioso eleitoral – 5
- Decisões sobre referendos locais – 12
- Decisões sobre partidos e coligações – 4
- Decisões sobre financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais – 13
- Decisões sobre recursos de deliberações de órgãos partidários – 10

Outras competências

- Decisões sobre declarações de rendimentos e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos – 2

Desde 1983, o Tribunal proferiu 17.637 decisões.

2. A fiscalização concreta continua a dominar a atividade do Tribunal Constitucional.

Na fiscalização abstrata continua a verificar se estabilidade em nível muito baixo. Só na fiscalização preventiva se passou de 1 para 4 acórdãos.

II – Principais decisões

1. Sobre o princípio da igualdade:

- Acórdão n.º 327/2012, de 26 de setembro (insolvência);
- Acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho (suspensão do pagamento dos “subsídios de férias e de Natal” aos servidores públicos)

2. Sobre princípio de segurança jurídica:

- Acórdão n.º 213/2012, de 14 de abril (recursos em processo executivo).

3. Sobre acesso à justiça:

- Acórdãos n.ºs 215/2012, de 24 de abril e 439/2012, de 26 de setembro (apoio judiciário);
- Acórdão n.º 248/2012, de 22 de maio (acesso ao tribunal, insolvência);
- Acórdão n.º 383/2012, de 12 de julho (tutela jurisdicional efetiva, indemnização por acidente de viação).

4. Sobre garantias de Direito e processo penal:

- Acórdão n.º 21/2012, de 12 de janeiro (fase de inquérito em processo penal, poderes do Ministério Público);
- Acórdão n.º 24/2012, de 17 de janeiro (aplicação de lei processual a processos pendentes à data da sua entrada em vigor);

- Acórdão n.º 34/2012, de 24 de janeiro (sujeição a prova de deteção de álcool, direito de resistência);
 - Acórdão n.º 109/2012, de 6 de março (notificação de arguido por via postal);
 - Acórdão n.º 158/2012, de 28 de março (violência doméstica);
 - Acórdão n.º 179/2012, de 4 de abril (enriquecimento ilícito);
 - Acórdão n.º 379/2012, de 12 de julho (falsas declarações perante oficial público, tipicidade penal);
 - Acórdão n.º 397/2012, de 28 de agosto (droga, ilícito penal e ilícito de mera ordenação social);
 - Acórdão n.º 445/2012, de 26 de setembro (prescrição de procedimento criminal).
5. Sobre direitos dos reclusos:
- Acórdão n.º 20/2012, de 12 de janeiro (impugnabilidade de decisão de manutenção de recluso em regime de segurança).
6. Sobre matérias familiares:
- Acórdão n.º 108/2012, de 6 de março (ações de investigação de paternidade, caso julgado);
 - Acórdão n.º 247/2012, de 22 de maio (investigação de paternidade, prazos).
7. Sobre inviolabilidade de domicílio:
- Acórdão n.º 216/2012, de 24 de abril (buscas domiciliárias).
8. Sobre liberdade de profissão:
- Acórdão n.º 311/2012, de 20 de junho (idoneidade moral);
 - Acórdão n.º 377/2012, de 12 de julho (estatuto dos técnicos oficiais de contas, liberdade de profissão).
9. Sobre expropriações:
- Acórdão n.º 127/2012, de 7 de março (direito de reversão em caso de expropriação por utilidade pública);
 - Acórdão n.º 381/2012, de 12 de julho (expropriação de terrenos aptos para construção, indemnização).
10. Sobre matérias tributárias:
- Acórdão n.º 135/2012, de 7 de março (retroatividade de lei fiscal).
11. Sobre regiões autónomas:
- Acórdão n.º 187/2012, de 17 de abril (autonomia legislativa regional, farmácia de oficina nos Açores);
 - Acórdão n.º 412/2012, de 25 de setembro (sobretaxa extraordinária, disposição pelas regiões autónomas das receitas fiscais nelas cobradas ou geradas);

– Acórdão n.º 568/2012, de 27 de novembro (receitas das regiões autónomas e dos municípios).

12. Sobre militares e Forças Armadas:

– Acórdão n.º 229/2012, de 2 de maio (Regulamento de Disciplina Militar, cumprimento de pena de prisão logo após ser negado provimento ao recurso hierárquico sem possibilidade de impugnação em tribunal em tempo útil);
– Acórdão n.º 404/2012, de 18 de setembro (acesso dos militares ao Provedor de Justiça).

13. Sobre eleições:

– Acórdãos n.º 403/2012, de 18 de setembro, n.º 406/2012, de 19 de setembro, e n.º 410/2012, de 25 de setembro (recursos eleitorais).

14. Sobre partidos:

– Acórdão n.º 136/2012, de 9 de março (impugnação de deliberações partidárias).

15. Sobre referendos locais:

– Acórdão n.º 96/2012, de 28 de fevereiro (arrendamento de baldios);
– Acórdãos n.ºs 384/2012, de 16 de julho, 391/2012, de 9 de agosto, 398/2012, de 28 de agosto, 400/2012, de 4 de setembro, 405/2012, de 19 de setembro, 469/2012, de 10 de outubro, e 470/2012, de 16 de outubro, e 593/2012, de 6 de dezembro (reorganização territorial das freguesias).

III – Direito à identidade pessoal e ressalva de casos julgados na declaração de inconstitucionalidade

1. Determinada pessoa propusera em 1982 uma ação de investigação de paternidade, a qual não procedera por caducidade, por ter sido excedido o prazo de dois anos então constante do Código Civil. Mas como, entretanto, o Tribunal Constitucional havia declarado, pelo Acórdão n.º 23/2006, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma do artigo 1817º, n.º 1 daquele Código, voltou a propô-la recentemente.

A Autora ganhou na 1ª instância; não no Tribunal de Relação, em face da salvaguarda dos casos julgados pelo artigo 282º, n.º 3, da Constituição e da exceção perentória do artigo 494º, n.º 1, alínea *i*) do Código de Processo Civil. E desta decisão interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, considerando que tal ressalva dos casos julgados não podia sobrepor se ao direito fundamental à identidade pessoal.

O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 108/2012, de 6 de março, negou provimento ao recurso.¹

2. O fundamento do aresto é o seguinte (n.º 6):

“O Estado de direito é, também, um Estado de segurança. Por isso, dificilmente se conceberia o ordenamento de um Estado como este que não garantisse a estabilidade das decisões dos seus tribunais. Ao contrário da função legislativa, que, pela sua própria natureza, tem como característica essencial a autorrevisibilidade dos seus atos (nos limites da Constituição), a função jurisdicional, que o artigo 202.º da CRP define como sendo aquela que se destina a “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, a “reprimir a violação da legalidade democrática” e a “dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”, não pode deixar de ter como principal característica a tendencial estabilidade das suas decisões, esteio da paz jurídica. Por esse motivo, o artigo 282.º ressaltou, como derrogação à regra da eficácia *ex tunc* das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, a intangibilidade do caso julgado, opondo assim ao valor negativo da inconstitucionalidade o valor positivo da questão já decidida pelo tribunal.

“Ao estabelecer esta oposição, fazendo nela prevalecer a força vinculativa do caso julgado, o legislador constituinte revelou a forma como procedeu à ponderação de dois bens ou valores: entre a garantia da normatividade da Constituição, e a consequente forte censura dos atos inconstitucionais, e a garantia da estabilidade das decisões judiciais, especialmente exigida pelo Estado de direito, a *Constituição optou em princípio pela segunda*, salvos os casos, impostos pelo princípio do *favor rei*, previstos na segunda parte do n.º 3 do artigo 282.º.

“A uma ponderação de bens feita pelo próprio legislador constituinte, e em cujo resultado se inscreve a prevalência nítida de um dos bens ou valores em conflito, não pode o intérprete contrapor a sua própria ponderação.”

3. O Tribunal também considerou o argumento levantado pela recorrente, segundo o qual o facto de a declaração de inconstitucionalidade obrigatória do prazo de dois anos para a propositura de ações de investigação de paternidade ter incidido sobre Direito ordinário anterior à entrada em vigor da Constituição seria razão acrescida para que a censura da inconstitucionalidade prevalecesse sobre o caso julgado. E também neste ponto rejeitou a argumentação:

“Não há dúvida de que pode ser qualificada como *superveniente* a inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal no seu Acórdão n.º 23/2006. A redação constante do n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, que então se julgou, com força *erga omnes*, ser

¹ *Diário da República*, 2ª série, de 11 de abril de 2012.

contrária à Constituição, constava da versão primitiva do Código, datada de 1966. Nessa altura era outra a ordem constitucional portuguesa; os princípios próprios do novo ordenamento, iniciado em 76 (e, desde logo, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias), à luz dos quais foi declarada, em 2006, a inconstitucionalidade do prazo de caducidade para a interposição das ações de investigação da paternidade, não eram, pois, vigentes no momento em que aquele prazo fora decidido pelo legislador ordinário. Mas a verdade é que o facto em nada altera os termos em que deve ser julgada a norma *sub judicio*, e isto por duas razões fundamentais.

(...) a ponderação, que é feita, na Constituição, entre censura de inconstitucionalidade e intangibilidade de caso julgado vale (...) – e com ressalva da exceção expressamente prevista na parte final do n.º 3 do artigo 282.º – para a inconstitucionalidade em geral, sem aceção dos parâmetros constitucionais que, em cada caso, tenham sido violados. Como a Constituição não procedeu aqui a nenhuma “gradação de inconstitucionalidades”, fixando a gravidade dos efeitos das declarações com força obrigatória geral em função da “gravidade” dos princípios ou valores que, em cada caso, tenham sido violados, também não pode o intérprete proceder a essa gradação. Assim sendo, nenhuma razão há para que se considere que a inconstitucionalidade superveniente merece tratamento mais gravoso do que aquele que por princípio é reservado à inconstitucionalidade originária.”

4. Por nós, não experimentamos tantas certezas quanto as que o Tribunal evidenciou acerca da total supremacia da salvaguarda dos casos julgados sobre o direito à identidade pessoal.

Este direito está consignado como um dos direitos insuscetíveis de suspensão, em nenhum caso, por declaração de estado de sítio ou de estado de emergência (artigo 19.º, n.º 6). E temos entendido que os direitos assim mencionados se situam, por referência a um critério valorativo subjacente à ideia de Direito da Constituição, no primeiro nível de uma ordem valorativa (embora não necessariamente hierárquica) de direitos fundamentais,² a que há de corresponder um regime reforçado.³

Uma das manifestações de tal regime reforçado vem a ser a impossibilidade de o Tribunal Constitucional restringir os efeitos da inconstitucionalidade de normas legais violadores desses direitos (artigo 282.º, n.º 4).⁴ Ora, se a segurança jurídica não pode justificar aí restrição de efeitos, também o mesmo não poderá valer para a ressalva dos casos julgados?

² *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, pág. 238.

³ *Ibidem*, págs. 461 e 462.

⁴ *Ibidem*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, págs. 357-358.

Deixamos apenas a pergunta, sem esquecermos que o direito à identidade pessoal ligada ao reconhecimento da paternidade ou da maternidade pode colidir com outros direitos ou interesses constitucionalmente atendíveis como a estabilidade e a paz familiar.

IV – Crime de violência doméstica e garantias de processo penal

1. Um arguido de crime de violência doméstica suscitou em reclamação para o Supremo Tribunal de Justiça a inconstitucionalidade do artigo 28.º, n.º 2 da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece a natureza urgente dos processos correspondente a esse crime. Como o Vice Presidente tivesse indeferido a reclamação, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 158/2012, de 28 de março,⁵ não deu provimento ao recurso. E é indiscutível o acerto da decisão.

2. Todo o raciocínio do Tribunal assenta na consideração de gravidade do fenómeno de violência doméstica e na necessidade de assegurar à vítima uma proteção judicial célere e eficaz, dando assim resposta a uma forte preocupação na sociedade portuguesa (assim como noutras sociedades). E é a partir daqui que vai refutando os diferentes argumentos expostos pelo arguido:

“Está subjacente à argumentação do recorrente a conceção de que o carácter urgente dos processos – com o conseqüente tratamento prioritário por parte das instâncias judiciárias, a prática dos atos processuais em férias judiciais e o estabelecimento de prazos mais curtos ou de regras especiais da sua contagem, de modo a tornar mais célere a marcha do processo – é solução constitucionalmente reservada às situações em que os arguidos estejam sujeitos a medidas privativas da liberdade. Não sendo a urgência ditada pelo interesse do arguido, seria violado o princípio da igualdade.

“Sem razão, (...) porque (...) não sendo constitucionalmente admissível a limitação absoluta ou excessiva do exercício do direito ao recurso em processo penal, o legislador ordinário goza de uma ampla liberdade de conformação no estabelecimento e no modo de contagem dos prazos de interposição do recurso, podendo adaptá-los face, não só à situação dos arguidos mas também à natureza do processo ou dos crimes que dele são objeto.

“Assim, o princípio da igualdade só poderia considerar-se violado se a opção por um regime “mais apertado” de prazos processuais se mostrasse arbitrária e desprovida de fundamento material bastante.

⁵ *Diário da República*, 2ª série, de 11 de maio de 2012.

(...)

“Ora, (...) impor o regime de tramitação urgente aos processos por crime de violência doméstica, designadamente quanto aos prazos para interposição dos recursos ou à prática dos atos judiciais em férias, não se mostra solução arbitrária, antes se harmoniza com a finalidade de proteção da vítima deste tipo de ilícito, que é um objetivo constitucionalmente legítimo.

(...)

“Da perspectiva do arguido, o que poderia fazer algum sentido seria questionar se o “encurtamento” do prazo é de tal ordem que põe em risco as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição). Mas também essa pergunta merece resposta negativa.

(...)

“(...) o facto de a contagem do prazo de recurso não se suspender no período de férias judiciais tem um efeito prático ou indireto de encurtamento do tempo disponível para o exercício do direito, no sentido de que o termo do prazo vem a ocorrer em momento anterior àquele em que se verificaria se a contagem beneficiasse da suspensão em férias judiciais. Porém, não pode considerar-se este efeito violador das garantias de defesa. O interessado continua a dispor do período de tempo em geral considerado adequado para optar esclarecidamente por acatar ou impugnar a sentença e interpor e motivar o respetivo recurso. Apenas é privado da possibilidade de não ter de praticar tais atos no período de férias judiciais, *rectius*, deixa de obter a neutralização do período de férias judiciais mediante a suspensão da contagem do prazo nesse período. Esse efeito – consequência geral inerente ao facto de o período de férias judiciais não significar a paralisação total da atividade dos tribunais – poderá ter reflexos negativos na organização do trabalho do advogado ou defensor do arguido (do mesmo modo que o terá no dos demais sujeitos processuais), mas não atinge, e muito menos restringe, o direito ao recurso, cujos pressupostos, âmbito, formalidades e prazo para o exercício dos poderes processuais competentes se mantêm intocados.

V – Enriquecimento ilícito

1. O Parlamento aprovou um decreto que criou o crime de enriquecimento ilícito.

Passaria a haver, no Código Penal, um artigo 335.º A, dizendo:

Enriquecimento ilícito

1. Quem por si ou por interposta pessoa, singular ou coletiva, adquirir, possuir ou detiver património, sem origem lícita determinada, incompatível com os seus rendimentos e bens legítimos é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por património todo o ativo patrimonial existente no país ou no estrangeiro, incluindo o património imobiliário, de quotas, ações ou partes sociais do capital de sociedades civis ou comerciais, de direitos sobre barcos, aeronaves ou veículos automóveis, carteiras de títulos, contas bancárias, aplicações financeiras equivalentes e direitos de crédito, bem como as despesas realizadas com a aquisição de bens ou serviços ou relativas a liberalidades efetuadas no país ou no estrangeiro.
3. Para efeitos do disposto no n.º 1, entende-se por rendimentos e bens legítimos todos os rendimentos brutos constantes das declarações apresentadas para efeitos fiscais, ou que delas devessem constar, bem como outros rendimentos e bens com origem lícita determinada.
4. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 não exceder 100 salários mínimos mensais a conduta não é punível.
5. Se o valor da incompatibilidade referida no n.º 1 exceder 350 salários mínimos mensais o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

Quanto aos funcionários, por alteração ao artigo 386.º do Código Penal, e quanto aos titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, por aditamento de um artigo 27.º A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho (lei de responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos), o diploma disporia em termos semelhantes, mas com agravamento das penas.

Segundo o artigo 10.º do diploma, competiria ao Ministério Público, nos termos do Código de Processo Penal, fazer a prova de todos os elementos do crime.

Entretanto, o Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de diversas normas do decreto, para tanto invocando violação de várias normas constitucionais: de presunção de inocência dos arguidos e do seu corolário, o direito ao silêncio, da tipicidade e da não retroatividade da lei penal, da proporcionalidade e da proteção da confiança.

O Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 179/2012, de 4 de abril,⁶ pronunciar se ia pela inconstitucionalidade.

2. No acórdão, após um excursão de Direito internacional e de Direito comparado (n.º 6), o Tribunal começou por perspetivar, a título prévio, se as normas sindicadas cumpriam “o desiderato básico de assegurar a tutela dos bens jurídicos” e se, em caso de resposta positiva, ultrapassavam “o teste específico da necessidade” (n.º 7).

“(…) o que se pretende punir é a incompatibilidade existente entre o património adquirido, detido ou possuído e os rendimentos e bens legítimos do agente, património esse que, não tendo origem lícita determinada, indicia que o acréscimo patrimonial adveio da prática anterior de crimes [8.1].

(…)

“Ora, se a finalidade é punir, através da nova incriminação, crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito, então não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma. Pune-se para proteger um qualquer bem jurídico indefinido (v.g., *a autonomia intencional do Estado, o património, a liberdade sexual, saúde pública...*) [8.2].

(…)

“Acresce que a construção do tipo não permite a identificação da acção ou omissão que é proibida, com o que fica violada a exigência de determinação típica do artigo 29.º, n.º 1 da Constituição, que é do seguinte teor, na parte relevante: «*Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão, ...*» [8.3].

“Não poderá olvidar-se, ainda, que o tipo legal de crime, tal como se encontra configurado, não passa indemne ao princípio da presunção de inocência.

“Na realidade, de acordo com o disposto no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição, “*todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*”.

(…)

(…) esta constelação axiológica que ilumina o estatuto jurídico-processual do argui-

⁶ *Diário da República*, 1ª série, de 19 de abril de 2012.

do em processo penal, com base na qual aquele surge como um autêntico sujeito processual, afasta assim deste horizonte as consequências típicas dos problemas de repartição do ónus da prova decorrentes da afirmação de um princípio da autorresponsabilidade probatória das “partes” construído de acordo com os cânones do processo civil, exigindo que uma decisão condenatória em matéria penal assente na demonstração positiva da culpa do arguido e seja obtida sem sacrifício do tríptico garantístico constituído pela presunção de inocência, pelo ‘*in dubio pro reo*’ e pelo ‘*nemo tenetur se ipsum accusare*’ e dos demais direitos que gravitam em torno do arguido.

(...)

“Tenha-se presente, aliás, que sendo o elenco de causas lícitas aberto e potencialmente inesgotável, sempre se poderia entender que a exigência de demonstração positiva da sua ausência afectaria quase irremediavelmente a operacionalidade do tipo. Assim lidas as normas incriminadoras, está-se a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio da presunção de inocência, determinando, portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa.”

3. O Juiz Vítor Gomes votou vencido quanto à pronúncia pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 2.º do Decreto sujeito a apreciação, na parte em que aditava o artigo 27.º-A à Lei n.º 34/87, de 16 de julho.

Existiria “um bem jurídico com evidente dignidade penal, inerente ao princípio do Estado de direito e com afloramentos expressos noutros lugares da Constituição (p. ex. artigo 266.º da CRP), que é a confiança ou credibilidade do Estado (*lato sensu*) perante a coletividade e a daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico mediato da incriminação), que a ocultação da proveniência do património ou rendimentos dos titulares do poder público ou dos intervenientes na gestão de bens e serviços públicos pode pôr em perigo e que legitima o legislador a impor a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação).”

Também não concordou com a conclusão no sentido de violação do n.º 2 do artigo 32.º da Constituição.

O que estava em causa era “a impossibilidade de determinar a origem lícita do enriquecimento do agente no período abrangido pelo dever de declarar, e de declarar com verdade, o património e rendimentos. (...) A lei não presume a ilicitude ou a culpa do agente relativamente ao crime que se lhe imputa. O que existe é uma inferência de facto de ocultação da origem dos rendimentos face às declarações prévias

obrigatoriamente apresentadas e à incongruência com a situação patrimonial revelada por qualquer das acções típicas (adquirir, possuir ou deter ...) que, se for abalada em qualquer dos seus pressupostos, conduz à absolvição do arguido quanto a este crime.”

“De resto, já hoje impende sobre os agentes “o dever de declarar em termos *extrafiscais* o património e rendimentos, e que são aqueles a que corresponde o âmbito subjetivo de aplicação do artigo 27.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de julho. (...) Há um prévio dever de comunicar, com verdade, que obriga os sujeitos deste crime a declarar os seus bens e a fonte dos rendimentos e que pelas razões já aduzidas se destina a proteger as condições organizatórias indispensáveis ao viver comunitário. É esse dever que a desproporção entre a riqueza ostentada e os rendimentos lícitos conhecidos demonstra não ter sido cumprido e é essa falta de transparência que agora se pretende punir criminalmente deste modo. Elemento objetivo do tipo é a aquisição, posse ou detenção de património sem origem lícita conhecida, o que objetivamente não implica (...) que o tipo presume constitutivamente a origem ilícita do património ou dos meios com que foi adquirido.”

4. Os Juízes Carlos Fernandes Cadilha e Rui Moura Ramos afastaram se, no todo ou em parte, da fundamentação do acórdão sem votarem contra.

Para o primeiro, não seria possível afirmar uma indeterminação ou sobreposição relativamente ao bem jurídico tutelado, porquanto o que estava em causa não era a proteção de bens ou valores que tivessem fundamentado já a criminalização de outras condutas, mas a responsabilização penal de situações objetivas de enriquecimento desproporcionado em relação aos rendimentos lícitos conhecidos ou declarados, independentemente de determinação do facto ilícito pelo qual esses rendimentos chegaram à posse do agente. O bem jurídico que parecia querer tutelar se era a transparência da fonte de rendimento.

Tão pouco se verificaria violação do princípio *in dubio pro reo*. A falta de origem lícita determinada não implicaria a existência de dúvida acerca da ilicitude ou licitude da proveniência do património; pressuporia unicamente que não tinha sido feita prova (na fase de investigação, para efeito de ser deduzida uma acusação, ou na fase do julgamento, para ser proferida uma decisão condenatória) de que o património tivesse origem lícita. E o juiz não poderia deixar de fundar a condenação num juízo de certeza sobre a invocada ausência de proveniência lícita.

Formularia, no entanto, o Juiz Carlos Fernandes Cadilha um juízo de inconstitucionalidade por violação dos direitos de defesa, por considerar que o tipo legal, tal como estava construído, impunha ao arguido a iniciativa de alegação e prova em relação a factos que integravam os elementos constitutivos de crime, violando o direito ao silêncio em termos que representavam uma inversão do ónus da prova.

Por seu lado, para o Juiz Rui Moura Ramos a inconstitucionalidade não decorria da inexistência de um bem jurídico claramente definido. Estar se ia perante um bem jurídico compósito, cuja legitimidade jurídico constitucional estaria assegurada pelos fundamentos que asseguravam a legitimidade das normas incriminadoras cuja direta violação conduziria ao enriquecimento que se pretendia sancionar.

5. Por nós, tendemos a concordar com o Juiz Vítor Gomes acerca da incriminação do enriquecimento ilícito de titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos. Julgamos muito pertinente a chamada de atenção para a credibilidade da atuação desses servidores do Estado – do Estado enquanto comunidade mais do que enquanto poder. Como ele escreve (nº 2), “a confiança dos cidadãos e nas instituições públicas e, sobretudo, na capacidade do Estado de fazer cumprir as suas regras por parte dos que o servem, é um fator crucial da existência e coesão das sociedades democráticas.”

Não é por acaso, acrescentaríamos, que a Constituição de 1976, na linha das anteriores, prevê especificamente crimes de responsabilidade (artigo 117.º), nem que, em contrapartida, na falta do tipo de crime que se visava criar, tão difícil tem sido o combate à corrupção ou corrupçãoozinha que se deteta em vários níveis da Administração com o arrastamento sem fim de processos judiciais.

Já não o acompanharíamos, quanto à inversão do ónus da prova. No entanto, menos convincente parecem nos as considerações aí aduzidas pelo Juiz Carlos Fernandes Cadilha acerca da violação dos direitos de defesa.

Por certo, este importante acórdão, com as importantes declarações de voto anexas, virá a ser comentado e esclarecido devidamente por especialistas de Direito e de processo penal.

VI – Direito dos reclusos à tutela judicial

1. A Administração penitenciária decidiu manter determinado recluso no “regime de segurança”, não reingressando ao regime prisional comum.

O recluso impugnou a decisão perante o Tribunal de Execução das Penas, ao abrigo dos artigos 138.º, n.ºs 1 e 4, alínea *f*), e 200.º do Código de Execução das Penas e Medidas de Segurança, que indeferiu o pedido por entender que essa decisão não era diretamente impugnável, por não ser um caso previsto no artigo 200.º.

Deste tribunal o recluso interpôs recurso para o Tribunal da Relação, suscitando também a inconstitucionalidade da interpretação dada ao referido preceito legal e,

como este Tribunal tivesse julgado improcedente o recurso, recorreu para o Tribunal Constitucional.

Pelo Acórdão n.º 20/2012, de 12 de janeiro,⁷ o Tribunal Constitucional, pelo contrário, concedeu provimento ao recurso e julgou inconstitucional, por violação dos artigos 20.º, n.º 1, e 30.º, n.º 5 da Constituição, o artigo 200.º do Código de Execução das Penas quando interpretado no sentido da inimpugnabilidade da decisão de manutenção de recluso em regime de segurança.

2. Tratava-se da primeira vez que esta questão de constitucionalidade – saber se um recluso podia ou não recorrer para um tribunal de uma decisão da Administração prisional – e o Tribunal encarou a, como não podia deixar de ser, à luz do artigo 30.º, n.º 5 da Constituição, que diz: “Os 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 respectiva execução”.

Ou, na expressão de um Autor, Jorge de Figueiredo Dias, citado pelo Tribunal: “a visão do recluso é agora a de uma pessoa sujeita a um «estatuto especial», que deixa prevalecer nele 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 a realização das finalidades em nome das quais a ordem jurídico constitucional credenciou o estatuto especial respectivo (...) mas não uma relação especial de poderes”.

As restrições, salienta o acórdão (n.º 9) estão subordinadas a um princípio de legalidade (exigem previsão legal) e a um princípio de proporcionalidade (adequação e necessidade). Mas nem era isso que estava em causa no recurso. O que se questionava era a possibilidade, negada pelo acórdão recorrido, de o recluso impugnar judicialmente a decisão de aplicação (no caso, de manutenção) do regime de segurança.

Ora, continua o acórdão (n.º 10),

“(...) nem o dever de fundamentação (que, aliás, sempre decorreria do dever geral de fundamentação dos atos administrativos e que aqui assume forma agravada, por se tratar de um ato restritivo de “liberdades”), nem a “verificação da legalidade” da decisão a cargo do Ministério Público, com a inerente possibilidade de, por iniciativa exclusiva deste, o ato ser sindicado pelo tribunal, podia funcionar como garantias substitutivas do direito à tutela judicial que assiste ao próprio recluso, em cuja esfera jurídica se vão produzir os efeitos potencialmente lesivos do ato.

⁷ *Diário da República*, 2ª série, de 27 de fevereiro de 2012.

“Pode dizer-se que o direito do recluso à tutela judicial – na vertente de garantia de impugnação judicial de quaisquer atos administrativos que o lesem – decorre do artigo 268.º, n.º 4, da Constituição, na medida em que o recluso, pelo simples facto de o ser, não perde a sua posição de administrado, mantendo-a, em princípio, com um “âmbito normativo idêntico ao dos outros cidadãos”.

“Pode também perspetivar-se a intervenção do poder jurisdicional na execução como decorrência da garantia constitucional do direito de acesso ao direito e aos tribunais, estabelecido no artigo 20.º da Constituição (...).”

E, na verdade, “o direito de acesso ao tribunal não é mais do que a garantia adjetiva necessária à efetivação dos direitos fundamentais do recluso e, por isso, é necessariamente um dos direitos cuja titularidade o recluso mantém”.

3. Eis uma decisão importante, na linha de jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. É uma decisão em que se extraem do artigo 30.º, n.º 5 as devidas consequências – artigo 30.º, n.º 5 esse corolário do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana (de todas as pessoas humanas), base da República (artigo 1.º da Constituição).

VII – Os cortes dos subsídios de férias e de Natal no sector público

1. A Lei n.º 64 B/2011, de 30 de dezembro (lei do orçamento para 2012) veio, nos seus artigos 21.º e 25.º, suspender o pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses a todos que auferissem remunerações salariais de entidades públicas, bem como a todos que recebessem pensões de reforma ou de aposentação através do sistema público de segurança social, quando, num e noutro caso, de montante superior a 1.100 euros de base mensal e estabelecer uma redução das mesmas remunerações e pensões aos que auferissem entre 600 e 1.100 euros.

Estas ablações (para usar o termo usado pelo Tribunal Constitucional) eram cumuladas com as reduções já impostas pela lei do orçamento para 2011 e teriam a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira prevista nos memorandos de entendimento entre Portugal, o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu.

O Governo, no relatório da respetiva proposta de lei, justificou as como absolutamente necessárias para assegurar as metas muito exigentes a que Portugal se vinculou e para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e para garantir o financiamento da economia portuguesa. A adoção destas medidas foi ainda modulada pela preocupação de prevenir uma onerosidade social excessiva. Para os

orçamentos familiares, alternativas de reduções remuneratórias que implicassem uma diminuição dos montantes que, a cada mês, fazem face às despesas dos agregados seriam certamente mais penalizadoras e de muito mais difícil gestão. Por isso, a suspensão dos subsídios de férias e de Natal era socialmente mais admissível e menos onerosa, não afastando a mais-valia que a estabilidade remuneratória mensal proporcionava.

Reconhecia-se que se tratava de um peso que recaía diretamente sobre as pessoas com uma relação de emprego público, não tendo uma natureza universal. Mas não era igual a situação de quem tinha uma relação de emprego público e os outros trabalhadores, nem no plano qualitativo dos direitos e garantias, que eram superiores, nem no plano quantitativo das remunerações, subsistindo na sociedade portuguesa uma diferenciação média remuneratória, com alguma expressão, entre os sectores públicos e o privado.

Num contexto de emergência nacional com elevado nível de desemprego, a segurança no emprego constitui um valor inestimável que, na ponderação dos bens tutelados, se sobrepunha às expectativas de intocabilidade do *quantum* remuneratório.

2. Ao abrigo do artigo 281.º, n.º 2, alínea *f*) da Constituição, um grupo de Deputados requereu a declaração de inconstitucionalidade dos referidos artigos 21.º e 25.º da lei orçamental, por ofensa dos princípios do Estado de Direito democrático, bem como os da proteção da confiança e da proporcionalidade, do princípio de igualdade e do direito à segurança social.

Os impugnantes começaram aludindo ao Acórdão n.º 396/2011, de 21 de setembro, relativo ao orçamento para 2011 que, apesar de admitir “significativas” e “frustradoras das expectativas” reduções salariais dos funcionários, as tinha declarado estarem no “limite dos sacrifícios”. Mas o forte agravamento previsto para 2012, a extensão até às remunerações a partir de 600 euros mensais e a aplicação a todo o período do Programa de Assistência Económica e Financeira resultante dos memorandos celebrados com o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu ultrapassava em muito esses limites e deveria considerar-se violadora do princípio da tutela da confiança.

Também não podia admitir-se uma dualidade de tratamento, agora nítida, entre cidadãos a quem os sacrifícios eram exigidos pelo Estado essencialmente através dos impostos e outros cidadãos a quem os sacrifícios eram exigidos não só por essa via mas também, e cumulativamente, de forma continuada, em escalada de montante e extensão temporal, através da amputação definitiva de partes significativas e de direitos que integravam a sua retribuição.

Haveria também violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da necessi-

dade, uma vez que o legislador dispunha de meios ou soluções alternativas globalmente menos drásticas. Em vez da medida escolhida que concentrava um certo sacrifício num número restrito, com a consequência de algumas pessoas poderem sofrer um sacrifício dos seus rendimentos que podia atingir uma percentagem próxima dos 25%, haveria medidas alternativas que poderiam alargar o universo abrangido, em termos de destinatários, fontes de rendimentos, ou, em particular, outras proveniências, com relevo para as reduções de despesa a obter, em termos passíveis de especificação quantificada no Orçamento do Estado, por específicas reformas nas estruturas do setor público e reengenharia do procedimento público.

Quanto ao artigo 25.º, que atingia os aposentados e reformados, havia que atender à necessidade de proteção reforçada por eles já não terem possibilidade de adaptar os seus planos de vida a um novo comportamento do Estado e portanto só poderem esperar do Estado – de um Estado “de bem” – que este não alterasse o seu comportamento. Aqui o interesse público justificador da alteração do comportamento do Estado deveria ser especialmente qualificado, excessionalíssimo, não antecipável, não resolúvel de outro modo. E isso não se verificaria.

3. Através do Acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho,⁸ o Tribunal Constitucional, com três votos de vencido – diversos e em graus diversos de intensidade – viria a declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas – os artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 62 B/2011.

Ao mesmo tempo determinaria, com base no artigo 282.º, n.º 4 da Constituição, que os efeitos da declaração não se aplicassem à suspensão dos pagamentos de subsídios de férias e de Natal, ou de quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou 14.º meses, relativos a 2012 – aqui com três outras declarações de voto em contrário.

4. No acórdão, a título prévio, considera se a natureza jurídica dos memorandos de entendimento celebrados pelo Governo Português com o Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, com a União Europeia e com o Banco Central Europeu, dizendo se:

“Estes memorandos são vinculativos para o Estado Português, na medida em que se fundamentam em instrumentos jurídicos – os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte – de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pela Constituição, desde logo no artigo 8.º, n.º 2. Assim, o *memorando técnico de entendimento* e o *memorando de políticas económicas e financeiras* baseia-se no artigo V, Secção 3, do Acordo do Fundo Monetário Internacional, enquanto o *memorando de entendimento relativo às condicionalidades específicas de política económica* se funda-

⁸ *Diário da República*, 1ª série, de 20 de julho de 2012.

menta, em última análise, no artigo 122.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tais documentos impõem a adoção pelo Estado Português das medidas neles consignadas como condição do cumprimento faseado dos contratos de financiamento celebrados entre as mesmas entidades.”

5. Entrando no fundo (nº 5), também o Tribunal se refere à decisão do ano anterior – Acórdão n.º 396/2011, de 21 de setembro – em que tinha concluído pela não inconstitucionalidade das reduções remuneratórias constantes do artigo 19.º da Lei n.º 55 A/2010, mostrando a diferença entre o preceituado na lei orçamental para 2011 e na lei orçamental para 2012 (decerto para prevenir que lhe fosse atribuída qualquer contradição entre um e outro aresto).

Seria “admissível alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no sector privado da economia, não se podendo considerar, no atual contexto económico e financeiro, injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros.

“Mas, obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites.

“Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar se excessiva.

(...)

“Para este juízo é necessário lembrar e pesar os sacrifícios impostos pelas normas sob fiscalização a quem auferem remunerações ou pensões por verbas públicas.

“Do seu conteúdo resulta que os pensionistas e os trabalhadores do sector público com rendimentos líquidos situados entre € 600,00 a € 1.100,00 terão uma redução do seu rendimento anual que aumentará progressivamente até 14,3%. Estamos num universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõe tais provações que a exigência de um sacrifício adicional deste tipo, como seja a sua redução, numa percentagem que vai progressivamente aumentando, até atingir 14,3% do rendimento anual, tem um peso excessivamente gravoso.

“Os demais pensionistas e os que auferem remunerações líquidas entre € 1.100,00 e

€ 1.500,00 terão uma diminuição do seu rendimento anual em 14,3%, a qual, neste universo, assume uma dimensão considerável quando se compara a sua situação com a daqueles que, com o mesmo nível de rendimentos, ou até superior, não são afectados com qualquer redução dos mesmos. Não se esqueça, no que toca às pensões mais elevadas, que naquelas que excedem 12 vezes o valor do indexante dos apoios sociais, o montante excedente é reduzido em 25%, e quando ultrapassam em 18 vezes aquele valor a redução é de 50%.

“E para os que auferem remunerações ilícidas superiores a € 1.500,00, a redução é também de 14,3% do seu rendimento anual. Ora, se o Tribunal Constitucional, no referido Acórdão n.º 396/11, neste mesmo universo, perante a redução salarial ocorrida no ano de 2011, determinada pelo artigo 19.º, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, que se situou entre 3,5% e 10% do rendimento anual, entendeu que a transitoriedade e os montantes das reduções efetuadas nos rendimentos dos funcionários públicos se continham ainda dentro dos limites do sacrificio adicional exigível, o acréscimo de nova redução, agora de 14,3% do rendimento anual, mais do que triplicando, em média, o valor das reduções iniciais, atinge um valor percentual de tal modo elevado que o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite se revela agora evidente.

“Estas medidas terão uma duração de três anos (2012 a 2014), o que determinará a produção de efeitos cumulativos e continuados dos sacrificios ao longo deste período, a que acresce o congelamento dos salários e pensões do sector público, verificado nos anos de 2010, 2011 e 2012, e cuja manutenção nos anos seguintes se encontra prevista nos memorandos que consubstanciam o PAEF, o que, conjugado com o fenómeno da inflação, resulta numa redução real desses salários e pensões equivalente às taxas de inflação verificadas em todos esses anos.

“Ora, nenhuma das imposições de sacrificios descritas tem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes.

“A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não têm uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos).

(...)”

6. São relativamente próximas entre si as declarações de voto de vencidos dos Juízes Vítor Gomes e Rui Moura Ramos.

Para o primeiro,

“(…) as medidas em apreço, com a onerosidade que comportam para os seus destinatários, ainda se subtraem ao juízo de que são excessivas na perspetiva do princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos, tendo em consideração que se apresentaram como resposta urgente a uma situação de grave e extrema crise das finanças públicas a que foi necessário fazer face em termos imediatos, reduzindo, logo no exercício orçamental seguinte, o défice público (...) e que, consideradas apenas na sua vigência para esse ano, o seu montante ainda está no limite do concretamente suportável. É pois tendo em consideração a necessidade urgente de fazer face a essa situação-limite de cujo horizonte não estava excluído o risco de cessação de pagamentos por parte do Estado, com todas as consequências negativas daí decorrentes para a economia nacional e o cumprimento dos compromissos e tarefas do Estado social – inclusivamente quanto ao universo dos afetados pelas medidas consideradas – que não acompanho o juízo de inconstitucionalidade (...)”

Diferentemente, “(...) na parte em que as medidas adotadas se destinam a vigorar para um período que ultrapassa o exercício orçamental de 2012, não pode considerar-se que a compressão do princípio da igualdade que as normas em causa implicam se tenha restringido ao necessário para fazer face à situação de emergência que as ditou como medidas excecionais de estabilidade orçamental.

“Em conclusão: as normas dos artigos 21.º e 25.º da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, apenas deveriam ter sido declaradas inconstitucionais na parte em que a suspensão, nelas estabelecida, do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes ao 13.º e 14.º mês tem um âmbito de aplicação que excede o exercício orçamental de 2012.”

Do mesmo modo, segundo o Juiz Rui Moura Ramos, “(...) a grave diferenciação que operam as normas impugnadas (ao imporem a determinadas categorias de cidadãos custos especialmente gravosos a que a generalidade dos outros cidadãos, com iguais rendimentos, não estão sujeitos) poderá não se considerar concretamente excessiva, pelo menos no que se refere ao exercício orçamental em curso, tanto mais que nada garante que o legislador não altere, em futuros exercícios orçamentais, o sentido de tais medidas optando por alternativas que, estando de forma mais direta ou indireta ao seu dispor, se apresentam menos diferenciadoras. E isto porque o legislador não está dispensado da obrigação de, dentro da sua margem de livre conformação, procurar alternativas de modo a evitar que a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal veja agravado, com o mero decurso do tempo ou a sua continuada repetição anual, o seu caráter diferenciador, podendo vir assim, com o efeito cumulativo gerado, a ultrapassar o limite do excesso.”

“Tal juízo de não inconstitucionalidade não valerá, porém, necessariamente para futuros exercícios orçamentais, sendo aliás a pretensão de ultraatividade (para além do presente exercício orçamental) das normas sindicadas já de si de duvidosa legitimidade constitucional. Diga-se ainda que um futuro juízo de proporcionalidade, que não poderá ignorar que para medidas de exceção restritivas de direitos e expectativas dos cidadãos existe um ónus de fundamentação do legislador que só poderá ser cumprido perante específicas circunstâncias económicas e financeiras, forçosamente evolutivas, terá de estar dependente da consideração da intensidade relativa em termos de justiça distributiva e dos efeitos cumulativos e continuados dos sacrifícios ao longo do tempo.”

Outro foi o caminho seguido pela Juíza Maria Lúcia Amaral, firmada na inexistência de um direito fundamental à não discriminação do montante da retribuição do trabalho e no apelo a três princípios constitucionais: o princípio *salus publico*, conexo com as tarefas fundamentais do Estado do artigo 9.º da Constituição; o da solidariedade intergeracional (impeditiva de se onerarem as gerações futuras com encargos excessivos) e o do mandato constitucional com a integração europeia.

“A maioria entendeu que, por razões de evidência, era certa a existência dessas medidas alternativas quando analisado o problema sob o ponto de vista do princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos. A medida ablatória de parte dos rendimentos dos trabalhadores do setor público e dos pensionistas e reformados foi julgada inconstitucional por violação deste princípio, por se entender que a *intensidade do sacrifício*, que por via dessa medida, por razões de interesse público, se impunha apenas a alguns, era tal que exigia a sua universal repartição por todos. Discordei, por estar convicta de que não dispunha aqui o Tribunal de nenhuma *evidência* que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados por estas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente os trabalhadores do setor privado) com a conjuntura económica existente. Assim sendo, foi também minha convicção que não estava a justiça constitucional epistemicamente apetrechada para invalidar, neste caso, a decisão tomada pelo legislador.”

7. Na primeira das declarações de voto de vencido, quanto aos efeitos, a Juíza Catarina Sarmento e Castro, por um lado, afirmou recusar que a qualquer decisão de inconstitucionalidade se pudesse assacar o incumprimento de objetivos que uma qualquer opção normativa inconstitucional visasse atingir.

“Um incumprimento de tais propósitos, independentemente das circunstâncias, não é nunca resultado de uma decisão do Tribunal Constitucional. Qualquer frustração de objetivos, a acontecer, derivaria, quando muito, da solução normativa (*ab initio*) inconstitucional, resultado de opções feitas por outros órgãos constitucionais aos

quais deve caber a preocupação de, quando assumem um determinado caminho que será o seu, fazê-lo no respeito da Constituição.”

Por outro lado, “os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (...) só não deveriam aplicar-se aos subsídios que, devendo ter sido pagos, não o houvessem sido no momento da decisão de inconstitucionalidade (o subsídio de férias de 2012, ou equivalente). (...) não se deveria permitir que a norma, agora declarada inconstitucional, ainda viesse a produzir efeitos para além do momento da decisão deste Tribunal.”

Na mesma senda se pronunciou o Juiz J. Cunha Barbosa, por entender que a restrição temporal de efeitos só deveria verificar se até à publicação da decisão do Tribunal e não também para depois dela.

Quanto ao Juiz Carlos Pamplona de Oliveira, como o Governo, precavendo a hipótese de julgamento adverso, não tinha invocado as razões de *excepcional* interesse público que imporiam uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não o fez, o Tribunal não poderia afirmar que houvesse tais razões de *excepcional* interesse público; haveria apenas uma *mera suposição* do “perigo” de insolvabilidade do Estado.

8. Em síntese:

- O Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das medidas constantes da lei orçamental para 2012, sobretudo por entender que elas ofendiam o princípio da igualdade enquanto igualdade proporcional;
- Pelo contrário, os Juízes Vítor Gomes e Moura Ramos consideraram que elas ainda se encontravam no limite do suportável, mas só na sua vigência em 2012;
- A Juíza Maria Lúcia Amaral discordou do acórdão, por estar convicta de que não dispunha o Tribunal de nenhuma *evidência* que lhe permitisse comparar o grau de sacrifício exigido aos afetados pelas medidas e o grau de sacrifício efetivamente sofrido por outros (nomeadamente, os trabalhadores do sector privado) com a conjuntura económica existente;
- Os Juízes Catarina Sarmento e Castro e J. Cunha Barbosa sustentaram que a restrição dos efeitos de inconstitucionalidade apenas deveria atingir os subsídios que, devendo ter sido pagos, não o houvessem sido no momento da decisão – que dizer, os subsídios de férias e não os de Natal;
- O Juiz Carlos Pamplona de Oliveira entendeu que nem sequer deveria dar-se restrição de efeitos, por o Tribunal só poder supor, não poder afirmar, que houvesse razões de interesse público de excepcional relevo que o justificassem.

9. Em comentário ao Acórdão n° 396/2011, de 21 de setembro,⁹ manifestámos concordância com a não declaração de inconstitucionalidade. O conteúdo impositivo da lei orçamental para 2012 ostenta, no entanto, uma sobrecarga sensível no cotejo com o da lei orçamental para 2011 e, por isso, aderimos ao que foi agora decidido no sentido da inconstitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional.

Se continuamos a pensar haver diferença, numa visão genérica, entre o regime de função pública e o regime do contrato de trabalho privado, temos de reconhecer, como o Tribunal, que a diferença de remunerações médias teria de se demonstrar em face de cada tipo de atividade comparável e que uma comparação tendo como critério a simples média do valor dos rendimentos auferidos nos dois sectores seria sempre insuficiente para justificar uma discriminação nos cortes dos rendimentos concretamente auferidos por cada um dos afetados.

De qualquer forma, o que impressiona nas medidas de 2012 é a enorme desproporção entre aquilo que é exigido aos servidores públicos desde um escalão relativamente baixo e o que (não) é exigido aos trabalhadores por conta de outrem e aos trabalhadores por conta própria.¹⁰ Nem para se chegar a esta ilação precisaria o Tribunal de averiguar do grau de sacrifício dos trabalhadores do sector privado trazidos pela conjuntura económica existente. Não parece que seja sua função proceder a análise económica, e tão só a uma verificação normativa.

Em crítica ao acórdão, um Autor escreveu que o Tribunal tinha passado a aplicar ativista e prospetivamente o princípio da igualdade, indiciando mesmo procurar aquele que – a seu ver e contra o critério do legislador – seria a mais proporcionada ou menos desproporcionada distribuição de vantagens e desvantagens entre os diferentes grupos de comunidade; e teria entrado, assim, no cerne da política.¹¹ Não, o Tribunal não formulou (ou não formulou especificamente) as providências que deveriam ter sido estabelecidas, limitou-se o Tribunal a sugerir que elas eram possíveis. Se as tivesse formulado é que teria estado fazendo ativismo judicial.

Ao invés, outro Autor comentou que o Tribunal não havia fornecido indicações concretas quanto à política económica alternativa que a suspensão das medidas legislativas em causa iria exigir, e isso porque essa indicação se tinha tornado necessária por o Tribunal invalidar soluções legislativas com fundamento na ideia de igualdade com a plena consciência de que aquelas soluções tinham sido adotadas num contexto

⁹ *O Direito*, 2012, pág. 202.

¹⁰ Outro problema seria o da igualdade ou desigualdade de tratamento tributário dos rendimentos do trabalho e dos rendimentos do capital.

¹¹ LUÍS PEREIRA COUTINHO, *Os direitos sociais e a crise*, in *Direito e Política*, 1, outubro-dezembro de 2012, pág. 81.

de “grave emergência”;¹² teria ocorrido então uma desconsideração de carácter “economicamente complexo” da avaliação da relação entre as medidas legislativas e os seus efeitos.¹³ Não, insistimos, não cabia ao Tribunal fornecer tais indicações concretas; o que lhe competia era averiguar se as normas respeitantes às categorias de trabalhadores se continham no âmbito da diferenciação razoável, à luz do princípio da igualdade, ou se o ultrapassavam.

Sem prejuízo da liberdade de conformação do legislador, nem da legitimidade do fim proposto – a diminuição do défice – nem, muito menos, da ocorrência de um “estado de necessidade económico financeira” daí derivado, o que era requerido ao Tribunal Constitucional era que decidisse sobre a racionalidade de medidas dirigidas aos servidores públicos, e só ele, em termos quantitativos, e não meramente qualitativos. E era aqui que entrava o princípio da proporcionalidade na vertente da produção do excesso.

Citando uma frase lapidar do acórdão: “A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.”

10. Em face da “suficiência do julgamento efetuado, tendo por parâmetro o princípio da igualdade”, o Tribunal declarou se dispensado de atender à situação dos reformados e aposentados, apesar de achar possível “convocar diferentes ordens de considerações no plano da constitucionalidade” (n.º 5, *in fine*).

Não fez bem, porque valia a pena que se tivesse debruçado outrossim sobre a eventual preterição do princípio da tutela da confiança e do direito à segurança social (de resto, invocados pelos requerentes) e até, porventura, do direito ao salário, porque importa sempre discutir – pelo menos, em fiscalização sucessiva, não sujeita aos prazos apertados da fiscalização preventiva (artigo 278.º, n.º 8) – todos os aspetos da problemática de inconstitucionalidade material.

¹² MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Comentário ao Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional*, *ibidem*, pág. 117.

¹³ *Ibidem*, pág. 119. Cf. também criticamente, RICARDO BRANCO, “*Ou sofrem todos, ou há moralidade*”. *Breves notas sobre a fundamentação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, de 5 de Julho*, in *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, obra coletiva, Coimbra, 2012, págs. 329 e segs. Pelo contrário, manifestando acordo com a decisão de inconstitucionalidade, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, janeiro-março de 2012, págs. 415 e segs.; ANTÓNIO CARLOS SANTOS e CLOTILDE CELORICO PALMA, *O Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano V, 11-12, 2012, págs. 31 e segs.

11. Por último, igualmente não concordamos com a restrição de efeitos a que o acórdão procedeu e achamos pertinentes as posições daqueles Juízes que se pronunciaram a favor de ele apenas abrangerem os subsídios de férias, tendo em conta a data da emissão do acórdão, 5 de julho.

Não se compreendem restrições de efeitos para o futuro. Como diz um Autor, por esta via, o Tribunal aceitou manter em vigor uma norma inconstitucional.¹⁴ Podem ser ressalvados efeitos (e factos) passados, não efeitos que venham a produzir se depois da publicação da declaração de inconstitucionalidade com eficácia objetiva geral. Diferir para o futuro a produção de efeitos briga com o próprio princípio da constitucionalidade.¹⁵

Com certeza se o Tribunal não tivesse restringido os efeitos também ao subsídio de Natal, o Parlamento e o Governo teriam tido de encontrar, e certamente teriam encontrado, soluções para colmatar a brecha que se abriria nas suas previsões. Teria de ser feito um orçamento retificativo, mas sabe se bem quão frequentes são estes orçamentos.

VIII – Contribuições financeiras e retroatividade

1. Determinada empresa impugnou judicialmente o indeferimento de reclamação graciosa respeitante à “taxa sobre comercialização de produtos de saúde”, invocando a inconstitucionalidade do artigo 103.º da Lei n.º 3 B/2000, de 4 de abril, por violação do princípio da não retroatividade fiscal, em relação às taxas correspondentes aos meses compreendidos entre janeiro e março de 2000.

Como o Tribunal Tributário competente tivesse julgado a impugnação procedente e recusado a aplicação daquela norma, houve recurso para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 280.º, n.º 1, alínea *a*) da Constituição, e este, pelo Acórdão n.º 135/2012, de 7 de março,¹⁶ negou provimento ao recurso, confirmando a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

2. O Tribunal começou por indagar da natureza jurídica da referida “taxa”, tendo em

¹⁴ LUÍS MENEZES LEITÃO, *op. cit., loc. cit.*, págs. 419-420, para quem a situação equivaleria a uma verdadeira suspensão da Constituição.

¹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual ...*, VI, 4ª ed., Coimbra, 2013, pág. 358. E também MARCELO REBELO DE SOUSA, *O valor jurídico do acto inconstitucional*, I, Braga, 1988, pág. 261; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra, 2010, pág. 979.

¹⁶ *Diário da República*, 2ª série, de 11 de abril de 2012.

conta a distinção clássica entre impostos e taxas, mas considerando também que a Constituição, após 1997, procede a uma divisão tricotómica ao incluir na reserva relativa de competência legislativa do Parlamento impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e das demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas [artigo 165.º, n.º 1, alínea i)]. E concluiu que a figura em causa pertencia à terceira categoria, à das contribuições financeiras.

Segundo se diz no Acórdão (n.º 3), não se está, no aspeto dominante, “perante uma participação nos gastos gerais da comunidade, em cumprimento de um dever fundamental de cidadania, nem perante a retribuição de um serviço individualizável concretamente prestado por uma entidade pública ao sujeito passivo, pelo que a referida “taxa” não se pode qualificar nem como imposto, nem como uma verdadeira taxa, sendo tais tributos antes qualificáveis como contribuições, incluídas na designação genérica dos tributos para-fiscais, figuras que se situam a meio caminho entre o imposto e a taxa, e que se dirigem a um grupo restrito de pessoas, porque estas fundamentadamente se presumem causadoras ou beneficiárias de prestações administrativas determinadas (...)”.

O artigo 103.º, n.º 3 da Constituição, vindo igualmente da revisão constitucional de 1997, declara expressamente apenas a proibição de impostos retroativos. Mas isso não significa, continua o Tribunal, que os princípios estruturantes que a fundamentem não tenham uma palavra a dizer quanto à aplicação retroativa das taxas e das contribuições financeiras.

“No caso concreto, é manifesto que se está perante uma hipótese de aplicação retroativa do disposto no artigo 72.º, da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril – retroactividade própria ou autêntica, ou seja, aplicação de lei nova a factos anteriores à data da sua entrada em vigor. Com efeito, o facto gerador da obrigação fiscal – a colocação de produtos de saúde no período de janeiro a março de 2000 – ocorre indubitavelmente antes da publicação da lei nova, não sendo possível entender que se está perante um facto jurídico-fiscal complexo de formação sucessiva. (...)”

“Deste modo, a criação deste tributo vai agravar a situação do sujeito passivo num momento em que o facto gerador é coisa do passado, no que respeita aos meses de janeiro a março de 2000, uma vez que as vendas dos produtos sujeitos a tais “taxas” já haviam sido efetuadas aquando da publicação da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril. É certo que o tributo em causa só vem a ser liquidado em momento posterior, com base nas declarações de vendas mensais. Contudo, a determinação do volume de vendas mensal é o mero somatório das diversas operações sujeitas às referidas taxas, constituindo tal operação tão-só o apuramento do montante tributável a este título.

“Estamos, pois, perante um tributo de obrigação única, incidindo sobre operações avulsas que se produzem e esgotam de modo instantâneo, em que o facto gerador do

tributo surge isolado no tempo, originando, para o contribuinte uma obrigação de pagamento com carácter avulso. Ou seja, a “taxa sobre a comercialização de produtos de saúde” aqui em análise não se refere a um período de tempo, mas a um momento: o da operação isolada sujeita à taxa, sem prejuízo de o modo de apuramento do montante devido pelos agentes económicos sujeitos à referida “taxa” ser periódico, continuado e duradouro, existindo, nos termos dos n.ºs 3 e 4, do artigo 72.º, da Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril, a obrigação por parte dos sujeitos passivos de apresentação das declarações de vendas mensais.

(...)”

Ora, “O princípio da proteção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático (artigo 2.º, da Constituição), só exclui a possibilidade de leis retroactivas, quando se esteja perante uma retroatividade intolerável, que afete de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos contribuintes.

(...)

“Com efeito, sendo a “taxa sobre a comercialização de produtos de saúde” criada pela referida norma um tributo com uma nova conformação no ordenamento jurídico, aos agentes económicos por ela abrangidos não ocorreria que a mesma fosse aplicada retroactivamente a transações já efetuadas à data da entrada em vigor da lei, tornando impossível efetuar um planeamento económico que tivesse em conta, no custo dos produtos colocados no mercado, o valor cobrado a este título. Designadamente, perante a aplicação retroativa do referido tributo, as entidades sujeitas ao mesmo viram inviabilizada a possibilidade de, tal como em geral acontece nos impostos indiretos, repercuti-lo no consumidor final, que seria quem suportaria economicamente o tributo devido, ao adquirir o bem que inclui no preço o valor da “taxa de comercialização”.

“Destá forma, e uma vez que se não descortinam razões de interesse público que, no caso, sejam capazes de prevalecer sobre o valor da segurança jurídica, a conclusão a extrair é a de que a confiança de agentes económicos na ordem jurídica foi violada, sem qualquer justificação, de forma arbitrária, pelo que a retroatividade é, no caso, intolerável e, conseqüentemente, constitucionalmente ilegítima.”

3. Não podemos deixar de aceitar o teor argumentativo do aresto e a conexão feita entre o princípio da tutela da confiança e o enxerto feito em 1997 no artigo 103.º, n.º 3. De resto, como o Tribunal tem repetido em sucessivos acórdãos, já antes dessa data, quer a Comissão Constitucional, primeiro, quer o Tribunal desde 1982 tinham

apelado para o princípio para inviabilizar tributos retroativos¹⁷ e o acréscimo introduzido em 1997 destinou-se a tirar quaisquer dúvidas (embora outras, de diferente natureza, tivessem surgido).

Onde experimentamos algum desconforto é na parte final do texto ao admitir-se que razões de interesse público possam prevalecer sobre o valor da segurança jurídica. Em primeiro lugar, porque a apreciação do interesse público pelo Tribunal Constitucional é apenas autorizada pela Lei Fundamental, e não sem problemas, a propósito de restrições de efeitos da declaração de inconstitucionalidade (artigo 282.º, n.º 4); e, em segundo lugar, porque, para além disso, não se vê como o interesse público possa sobrepor-se a um princípio cardeal do Estado de Direito.

IX – Sobretaxa extraordinária sobre rendimentos e poderes das regiões autónomas

1. O artigo 2.º, n.º 4 da Lei n.º 49/2011, de 7 de setembro, estabeleceu uma sobretaxa extraordinária sobre os rendimentos sujeitos ao imposto sobre o rendimento das pessoas singulares (IRS), a qual, conjugada com o artigo 88.º da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto (na redação dada pela Lei n.º 22/2011, de 20 de maio), reverteria para o Estado.

Dois grupos de Deputados à Assembleia Legislativa Regional dos Açores, um grupo de Deputados à Assembleia Legislativa Regional da Madeira e a própria Assembleia Legislativa desta Região Autónoma requereram a declaração de inconstitucionalidade dessa norma por violação do artigo 227.º, n.º 1, alínea j) da Constituição, que atribui às regiões autónomas as receitas fiscais nelas cobradas ou geradas. Invocaram também várias questões de ilegalidade à face da lei das finanças regionais e dos Estatutos Político Administrativos das Regiões.

Foi ainda impugnado, além de outras normas, o artigo 88.º da Lei n.º 91/2001, de 20 de agosto (lei de enquadramento orçamental), na redação dada pela Lei n.º 22/2011, de 20 de maio, na interpretação segundo a qual um imposto extraordinário liquidado como imposto adicional seria receita do Estado, mesmo que o imposto principal fosse receita de uma Região Autónoma.

Mas o Tribunal Constitucional, pelo Acórdão n.º 412/2012, de 25 de setembro,¹⁸ não declarou nem a inconstitucionalidade, nem a ilegalidade.

¹⁷ No sentido da sujeição das receitas parafiscais aos princípios constitucionais, JORGE MIRANDA, *A competência legislativa no domínio dos impostos e as chamadas receitas parafiscais*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1988, pág. 23.

¹⁸ *Diário da República*, 2ª série, de 30 de outubro de 2012.

2. Acerca do artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*) da Lei Fundamental, o acórdão sublinha que o inciso introduzido em 1997 sobre os estatutos e a lei das finanças regionais em nada altera o seu alcance básico; e logo a seguir recorda que, no acórdão n.º 11/83, já havia entendido que o produto de impostos extraordinários podia caber ao Estado em circunstâncias económico financeiras extraordinárias.

Ora, seria isso que se verificaria agora. A receita da sobretaxa extraordinária sobre os rendimentos sujeitos a IRS auferidos em 2011, aprovada pela Lei n.º 49/2011, está fora do âmbito de aplicação do artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*). “Admitir o poder de disposição desta receita fiscal, por apelo a normas estatutárias e da lei das finanças das regiões autónomas, corresponderia à criação, por via do estatuto e desta lei, de um poder não enquadrável em poderes constitucionalmente fixados” (6.4.).

“A norma constitucional sobre reserva regional das receitas tributárias cobradas ou geradas nas regiões autónomas, na medida em que pretende garantir um *poder orçamental autónomo* relativamente aos órgãos da República e, concomitantemente, a autonomia financeira destas pessoas coletivas territoriais, *consente o lançamento de impostos de carácter extraordinário cujo produto reverta inteiramente para o Estado* (para o Orçamento do Estado). Consente o lançamento de um *imposto que afete logo a receita, excepcionalmente, à prossecução de uma finalidade específica de âmbito nacional*, caso em que a receita fiscal cobrada ou gerada nas regiões autónomas não poderá ser afetada às suas despesas. Este tipo de impostos, porque vai além do *quadro de normalidade financeira, onde se inscrevem os impostos ordinários correntes*, não subtrai às regiões autónomas as receitas fiscais que tornam efetivo o poder de aprovação (a liberdade de conformação) de um orçamento próprio, financiado com receitas regionais próprias, constitucionalmente enquadrado na *autonomia financeira regional* (6.3.).

(...)

“Ainda que assim não se entenda, uma interpretação da alínea *j*) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP que não desconsidere outras normas e princípios constitucionais levaria sempre a concluir que podem reverter para o Orçamento do Estado receitas fiscais *extraordinárias* cobradas ou geradas nas regiões autónomas, quando *ocorram circunstâncias excecionais, nomeadamente de crise económico-financeira*. Segundo o estatuído no n.º 2 do artigo 225.º da CRP, *a autonomia das regiões visa também o reforço da unidade nacional e dos laços de solidariedade entre todos os portugueses, pelo que o princípio da solidariedade nacional* «não pode ser perspetivado por forma a dele se extrair uma só direccionalidade, qual seja a da solidariedade representar unicamente a imposição de obrigações do Estado para com as Regiões Autónomas», tornando-se inequívoco que «não poderão deixar de ser ponderados também os interesses das populações do território nacional no seu todo» (Acórdão do Tribu-

nal Constitucional n.º 11/2007, cujo entendimento foi reiterado nos Acórdãos n.ºs 581/2007 e 499/2008) (6.5.).”

3. Houve duas declarações de voto de vencido.

Para o Juiz João Cura Mariano, uma vez que o lançamento deste imposto visava o cumprimento de um défice orçamental de 5,9% nas contas do Estado Português de 2011, de forma a respeitar o compromisso assumido no âmbito dos Memorandos celebrados com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, a disposição pelas regiões autónomas das respetivas receitas nelas cobradas não comprometia essa finalidade, por as contas das regiões se integrarem na Conta Geral do Estado, e, assim, não se verificaria qualquer rutura dos deveres de solidariedade entre todos os portugueses.

Também para a Juíza Catarina Sarmento e Castro a Constituição não distinguia entre imposto ordinário e extraordinário no respeitante ao direito de disposição regional das receitas fiscais. O carácter temporário e excecional da sobretaxa não justificaria que esta pudesse reverter totalmente para o Orçamento do Estado, contrariando o disposto no artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*), da Constituição.

A norma do artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*), da Constituição, teria pretendido, antes de mais, assegurar a efetiva solidariedade da República para com as regiões autónomas. Se seriam, ainda assim, pensáveis limites a este dever de solidariedade, por maioria de razão existiriam limites à solidariedade destas relativamente à República, não podendo este princípio justificar, sem mais, desvios ao disposto no artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*).

Nem era de aceitar que o poder de disposição das receitas fiscais por parte das regiões autónomas tivesse por único fim permitir que estas dispusessem de um efetivo poder de aprovação/conformação de um orçamento próprio, e que, não sendo este poder inviabilizado pela norma agora em apreço, isso justificasse não se considerar violado o artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*), da Constituição. Se era garante da autonomia financeira regional, o poder de dispor das receitas fiscais cobradas e geradas na região autónoma era mais do que isso: era um poder nuclear da autonomia regional. Subtraí-lo, traduzir-se ia numa amputação de autogoverno dificilmente conciliável com juízos de ponderação relativos a circunstâncias excecionais.

4. O artigo 227.º, n.º 1, alínea *j*) da Constituição não diz apenas que as regiões autónomas dispõem, nos termos dos estatutos e da lei das finanças das regiões autónomas, das receitas fiscais nelas cobradas ou geradas. Tem uma segunda parte, em que se fala numa “participação nas receitas tributárias do Estado, estabelecida de acordo com um princípio que assegure a efetiva solidariedade nacional”, e uma terceira parte em que se prevê que disponham ainda “de outras receitas que lhe sejam atri-

buídas; e, uma parte final, sobre a afetação de todas essas receitas às “suas despesas”.

Destas três categorias de receitas apenas as segundas e as terceiras surgem conexas com o princípio da solidariedade entre todos os portugueses (artigo 225.º, n.º 2, *in fine*) e com a tarefa fundamental do Estado de promover o desenvolvimento harmonioso e a coesão económica e social de todo o território nacional, “designadamente o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira” [artigos 9.º, alínea g) e 81.º, alínea d)]. Não as primeiras.

Bem pelo contrário. O disporem as regiões autónomas de todas as receitas nelas geradas ou cobradas, não contribuindo, assim, para as despesas gerais do Estado (como as despesas respeitantes aos órgãos centrais, à administração da justiça, à segurança interna, à administração financeira, à defesa nacional, à representação externa) colide francamente com a ideia de solidariedade nacional. A norma só se explica pelo contexto histórico em que a Assembleia Constituinte a aprovou em março de 1976 (quando havia alguns receios, de resto infundados, de separatismo). E, não por acaso, não tem paralelo em Constituições de Estados regionais como a italiana, a espanhola e outras.

Dito isto, deve separar se este juízo crítico ou uma visão *de jure condendo* da análise do preceito *de jure condito*, tal como consta da Constituição. E, *de jure condito*, a norma apresenta se claríssima: todas as receitas aí consideradas ficam nas regiões autónomas, sem se distinguir entre receitas ordinárias e extraordinárias ou entre situações de normalidade constitucional e situações de anormalidade provocadas por grave crise financeira, económica e social. Por conseguinte, a razão parece nos que estava do lado dos juizes vencidos, ainda que não se possa concordar com a Juíza Catarina Sarmento e Castro quando inclui o poder da 1ª parte da alínea j) do artigo 227.º, n.º 1 entre os poderes nucleares da autonomia.

Acrescente se uma nota de alguma incongruência entre o presente aresto e o Acórdão n.º 353/2012: neste, o Tribunal Constitucional decidiu que circunstância excepcional alguma poderia fazer preterir, do modo como o orçamento para 2012 preterira, o princípio da igualdade (ou da igualdade proporcional); já no Acórdão n.º 412/2012, foi por virtude de circunstâncias excecionais que, no fundo, admitiu a derrogação feita ao preceito da Constituição.

X – Reorganização territorial das freguesias e referendos locais

1. No contexto da crise financeira, económica e social em que Portugal se encontra mergulhado (ou como uma das tentativas para a debelar), o Parlamento aprovou a Lei n.º 22/2012, de 30 de maio, sobre “reorganização administrativa territorial autárquica”.

A reorganização seria obrigatória para as freguesias¹⁹ [artigos 1.º, n.º 2, 1.ª parte, e 3.º, alínea *d*)], salvo nos municípios em cujo território se situassem quatro ou menos freguesias (art. 6.º, n.ºs 3 e 4). Quanto aos municípios, a lei pretendia se incentivadora (art. 1.º, n.º 2, 2.ª parte) e tudo dependia de propostas de fusão a apresentar para esse efeito à Assembleia da República ou, no âmbito de pronúncias respeitantes às freguesias, de propostas de alteração dos respetivos limites territoriais, incluindo a transferência entre si da totalidade ou de partes do território de uma ou mais freguesias (arts. 16.º e 17.º).

As freguesias [art. 8.º, alínea *c*)] deveriam ter escala e dimensão demográfica adequadas, que correspondessem indicativamente ao máximo de 50 000 habitantes e aos mínimos de:

- i) Nos municípios de nível 1, 20 000 habitantes por freguesia no lugar urbano e de 5000 habitantes nas outras freguesias;
- ii) Nos municípios de nível 2, 15 000 habitantes por freguesia no lugar urbano e de 3000 nas outras freguesias;
- iii) Nos municípios de nível 3, 2500 habitantes por freguesia no lugar urbano e de 500 habitantes nas outras freguesias.

Da reorganização administrativa do território das freguesias não poderia resultar a existência de freguesias com um número inferior a 150 habitantes (art. 6.º, n.º 2).

A assembleia municipal deliberaria sobre a reorganização administrativa do território das freguesias, através de pronúncia (art. 11.º, n.ºs 1 e 3). E as assembleias de freguesia apresentariam pareceres sobre a reorganização administrativa territorial autárquica, os quais, quando conformes com os princípios e os parâmetros definidos na lei, deveriam ser ponderados pela assembleia municipal no quadro da preparação da sua pronúncia (art. 11.º, n.º 4).

2. Em alguns casos, as assembleias municipais ou as assembleias de freguesia pretenderam promover a realização de referendos antes de se pronunciarem ou de emitirem parecer, porque o artigo 240.º da Constituição e o artigo 3.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de agosto, os admite sobre matérias incluídas nas competências dos seus órgãos; e sendo certo que a alteração das áreas dos municípios e, por maioria de razão, a criação, a extinção e a fusão de freguesias neles integradas têm de ser efetuadas precedendo consulta dos órgãos das autarquias abrangidas (artigo 249.º da Constituição).

¹⁹ As freguesias são unidades administrativas submunicipais, vindas da Idade Média e inicialmente correspondentes a paróquias eclesiásticas. A sua elevação a autarquias locais deu-se no século XIX, quando foram extintos mais de metade dos municípios. Portugal contava, à data da Lei n.º 22/2012, com cerca de 310 municípios e mais de 4.000 freguesias.

Mas o Tribunal Constitucional – a que compete verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade de todos os referendos, nacionais, regionais e locais [artigo 223.º, n.º 2, alínea f)] – na senda da linha restritiva que vem adotando em sucessivos acórdãos decidiu no sentido ou da inconstitucionalidade, ou da ilegalidade ou da extemporaneidade desses referendos: Acórdãos n.ºs 384/2012, de 16 de julho;²⁰ 391/2012, de 9 de agosto;²¹ 398/2012, de 28 de agosto;²² 400/2012, de 4 de setembro;²³ 405/2012, de 19 de setembro;²⁴ 469/2012, de 10 de outubro;²⁵ 470/2012, de 16 de outubro;²⁶ 593/2012, de 6 de dezembro.²⁷

A título exemplificativo vale a pena olhar para os Acórdãos n.ºs 384 e 398/2012.

4. A Assembleia Municipal de Barcelos aprovou, em 20 de abril de 2012, uma proposta de referendo local com a seguinte pergunta: “Concorda que a Assembleia Municipal de Barcelos se pronuncie a favor da reorganização das freguesias integradas no Município de Barcelos, promovendo a agregação, fusão ou extinção de qualquer uma delas?”.

Chamado a apreciar a proposta, o Tribunal Constitucional considerou que por o artigo 240.º, n.º 1 permitir às autarquias locais submeter a referendo matérias incluídas na competência dos seus órgãos, não se vislumbrava que qualquer dos sentidos possíveis do resultado da consulta popular determinasse a prática de atos ou a adoção de medidas desconformes com a Constituição.

Diversamente, entendeu o Tribunal que ocorria ilegalidade por duas razões: 1ª) por não ser simplesmente pedida uma manifestação de concordância ou não com a emissão de uma pronúncia mas antes uma pronúncia “a favor” da reorganização, de tal sorte que uma opção contrária implicaria a não promoção da agregação, da fusão ou da extinção de qualquer freguesia – donde os termos da pergunta induzirem uma resposta no sentido do “não”; 2ª) por a questão não estar incluída entre as matérias suscetíveis de referendo à face da Lei n.º 22/2012.

“Ao perguntar, por via referendária, se deve ou não ficar vinculada a promover a agregação, fusão ou extinção de freguesias, a Assembleia Municipal de Barcelos está

²⁰ *Diário da República*, 2ª série, de 31 de julho de 2012.

²¹ *Ibidem*, de 19 de novembro de 2012.

²² *Ibidem*, de 19 de setembro de 2012.

²³ *Ibidem*, de 26 de setembro de 2012.

²⁴ *Ibidem*, de 17 de outubro de 2012.

²⁵ *Ibidem*, de 9 de novembro de 2012.

²⁶ *Ibidem*, de 31 de outubro de 2012.

²⁷ *Ibidem*, de 7 de janeiro de 2013.

a pôr nas mãos dos destinatários da pergunta o exercício ou não de um poder que legalmente lhe foi conferido. Ora, tal não é possível, pois o exercício ou não de uma competência legalmente fixada a um órgão administrativo (neste caso, um órgão autárquico) não pode ficar dependente da vontade dos administrados.

“Há que distinguir o exercício da competência do sentido da decisão que resulta desse exercício. O que é referendável não é o exercício, mas apenas o conteúdo e sentido do ato pelo qual esse exercício se efetiva.

“É certo que a decisão de não participar no procedimento de reorganização não está excluída do campo de opções da assembleia municipal. Mas essa é uma decisão prévia que tem que ser tomada pelo próprio órgão, não podendo ele transferi-la para um centro decisor externo, sujeitando-se à força juridicamente constringente da resposta referendária. Tal não está na disponibilidade de um órgão titular de uma competência legalmente atribuída, pois equivaleria a uma reconfiguração manipulativa do sistema legal de repartição de competências. Uma assembleia municipal pode decidir participar ou não participar; *o que não pode decidir é que seja outrem a tomar por ela essa decisão*” (n.º 11).

Não concordamos com o acórdão, visto que nem a pergunta inculca necessariamente uma resposta negativa, nem o âmbito material dos referendos locais se recorta senão a partir do âmbito material de competência dos órgãos das autarquias locais. Se a Assembleia Municipal de Barcelos pode pronunciar-se sobre a reorganização administrativa do concelho, porque não há de poder submeter o assunto a referendo? Muito menos é de aceitar que uma competência atribuída a um órgão administrativo não possa ficar dependente da vontade dos administrados.

Bem elucidativo se mostra, a este propósito, o confronto com o referendo político nacional que, exceto sobre algumas matérias expressamente excluídas (art. 115.º, n.º 4 da Constituição), versa sobre questões que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo (art. 115.º, n.ºs 1 e 3). Então, se a Assembleia propuser um referendo sobre se deve ou não aprovar certo tratado [art. 161.º, alínea *n*)] ou se deve ou não fazer certa lei de bases do sistema de ensino [art. 164.º, alínea *i*)] ou a respeito do estado e da capacidade das pessoas [art. 165.º, n.º 1, alínea *a*)], estará a abdicar da sua competência? É claro que não: simplesmente, na lógica do princípio democrático (arts. 1.º, 2.º, 10.º, 108.º), ela ficará adstrita, se no referendo votar mais de metade dos eleitores inscritos (art. 115.º, n.º 11), à vontade por eles expressa. Pois o mesmo se passaria com o referendo frustrado de Barcelos.

Se se aceita a prática de referendos, de votações diretas dos cidadãos sobre determinados assuntos, tem de aceitar-se, consequencialmente, a prevalência da vontade por eles expressa sobre a dos seus representantes.

Nem se objete que um voto negativo à reorganização das freguesias do município em causa, quando vinculativo em face da votação da maioria dos eleitores, inviabilizaria a realização dos objetivos almejados pela Lei n.º 22/2012, porque, apesar disso, nessa hipótese, ela conferia à “Unidade Técnica”, nele criada, competência para apresentar propostas concretas à Assembleia da República [art. 14.º, n.º 1, alínea *b*)].

5. A assembleia de freguesia de Crestuma propôs, depois de devidamente reformulado em obediência a um anterior aresto do Tribunal Constitucional, um referendo com três perguntas: “1ª Concorda com a junção da freguesia de Crestuma com a freguesia de Lever?; 2ª Concorda com a junção da freguesia de Crestuma com a freguesia de Olival?; 3ª Concorda com a junção da freguesia de Crestuma com a freguesia de Sandim?”.

O Tribunal Constitucional decidiu não se ter por verificada a legalidade do referendo. A formulação simultânea, concorrente e não subsidiária das três perguntas referendárias – cada uma delas referente a uma hipótese de junção da freguesia de Crestuma com uma freguesia (limítrofe) distinta – não permitiria uma resposta conclusiva ou inequívoca quanto à real vontade do eleitorado chamado a pronunciar-se por via de referendo e, nessa medida, quanto ao próprio sentido do parecer.

“Ainda que na hipótese em apreço se pudesse apurar uma “maioria” de votos a favor de uma das três alternativas de junção da freguesia de Crestuma submetidas à consulta popular, tal maioria seria apenas “[...] uma simples maioria «relativa». Mas (...) isso não só seria insuficiente, como é incompatível com a natureza de um “referendo” com carácter vinculativo, tal como é concebido pela nossa lei [...] – lógica essa que é necessariamente dilemática, bipolar, ou binária: ou seja, que pressupõe uma definição maioritariamente unívoca da vontade popular, num ou noutro dos sentidos possíveis de resposta à questão cuja resolução seja devolvida diretamente aos cidadãos”. E seria “esta a lógica da deliberação referendária que hoje encontra expressão no n.º 2 do artigo 7.º da lei orgânica do referendo local – em especial quando aí se fala de perguntas “[...] formuladas com objetividade [...] e para respostas de sim ou não [...]” – sob pena de violação do princípio da bipolaridade ou dilematicidade da pergunta referendária e do princípio da proibição de apresentação de opção entre soluções alternativas.

6. Fizeram declaração de voto de vencido a juíza Maria de Fátima Mata Mouros e o juiz João Cura Mariano.

Para aquela juíza, a tese que tinha feito vencimento no acórdão pressuporia a verificação de concorrência entre as perguntas, enquanto hipóteses alternativamente colocadas, e cujas respostas se excluíam necessariamente entre si, o que não se verificaria no caso. A consulta promovida visava a emissão de parecer no âmbito de competência meramente consultiva no processo legislativo em curso. Ora, na reor-

ganização administrativa territorial em aberto não seria de excluir a possibilidade de agregação de várias freguesias na nova freguesia a criar.

“É certo que nenhuma das perguntas formuladas interroga a opinião do eleitor sobre a possibilidade de agregação plural. Mas a opção final da Assembleia da República não tem que traduzir uma escolha necessariamente expressa pelas comunidades afetadas. Nem por isso a auscultação da sensibilidade local deixará de constituir um elemento enriquecedor no processo legislativo em referência. É este o sentido da Constituição quando no seu artigo 249.º impõe a consulta dos órgãos das autarquias locais na matéria. E, nesse sentido, as respostas que viessem a ser dadas aos quesitos referendários formulados não deixariam de permitir, de modo imediato, e sem qualquer mediação interpretativa, o apuramento do sentido da vontade popular a reproduzir no parecer a emitir pela Junta de Freguesia. Assim, uma resposta maioritariamente negativa (mais respostas no *Não* do que no *Sim*) a todas, ou algumas das perguntas conduziria a parecer negativo dos habitantes de Crestuma à agregação da freguesia com as freguesias vizinhas (...). Pelo contrário, uma resposta maioritariamente positiva a todas, ou apenas algumas das perguntas, conduziria ao parecer favorável à agregação de Crestuma à(s) freguesia(s) vizinha(s) favoravelmente votadas.

“Não há nenhuma razão para exigir da leitura dos resultados de uma votação por referendo um rigor matemático impossível de alcançar em qualquer outra eleição, em especial quando aquela se destina ao exercício de pronunciamento de caráter meramente opinativo, no âmbito de competência consultiva. Defendê-lo significa dificultar injustificadamente a integração de instrumentos de democracia semidireta no princípio representativo, em desfavor da componente participativa do sistema democrático num domínio de particular relevo para a comunidade local e, consequentemente, em prejuízo do justo equilíbrio constitucional entre ambos.”

Por sua vez, o juiz João Cura Mariano viria sustentar que a pronúncia consultiva não tinha que ser necessariamente direcionada a uma única hipótese de decisão, podendo ser favorável a diferentes soluções entre si concorrentes, pelo que, podendo a Assembleia de Freguesia emitir um parecer que, simultaneamente, se pronunciasse favoravelmente à agregação da freguesia de Crestuma com a freguesia de Lever, com a freguesia de Olival, ou com a freguesia de Sendim, por entender que qualquer uma destas agregações seria favorável aos interesses de Crestuma, nada impediria que o resultado do referendo vinculasse a Assembleia de Freguesia a essa pronúncia.

Os quesitos referendários, apesar de concorrentes, neste caso, não eram impeditivos do apuramento do sentido da vontade popular, fossem quais fossem os resultados do referendo, sendo os mesmos suscetíveis de determinar o sentido do ato (parecer não vinculativo) a emitir pela Assembleia de Freguesia de Crestuma.

Pela nossa parte, aproximamo nos destas duas posições.

XI – Recomposição do tribunal

1. Os juízes do Tribunal Constitucional eram originariamente designados por seis anos e podiam ser reconduzidos. Era um mandato curto e a possibilidade de reeleição ou de reconstituição diminuía a sua independência. A revisão constitucional de 1997 corrigiu este manifesto desvio às regras do Estado de Direito, estabelecendo um mandato mais longo, de nove anos, e não renovável (artigo 222º, nº 3 da Constituição, hoje).²⁸

Por outro lado, para, de certa forma, propiciar a continuidade no Tribunal, essa revisão constitucional e a Lei n.º13 A/98, de 26 de fevereiro, estabeleceu um regime transitório relativo à primeira eleição e à primeira cooptação a ela subsequentes. Consistiu esse regime em se prescrever que, ao fim da primeira metade do mandato dos juízes na altura designados (quer dizer, ao fim dos quatro anos e meio), se procederia a sorteio para determinar a cessação de mandato de quatro dos juízes eleitos e de um dos juízes cooptados, de tal modo que os que os substituíssem iniciariam um mandato de nove anos.

Também, por acordo informal entre os dois principais partidos parlamentares (Partido Social Democrata e Partido Socialista), o presidente e o vice presidente do Tribunal seriam eleitos também aquando da renovação do Tribunal, com alternância entre os candidatos propostos por um dos partidos e os candidatos propostos pelo outro.

2. Por isso, em 2012 houve que recompor o Tribunal e eleger novos presidente e vice presidente.

Foram eleitos pelo Parlamento os Juízes Maria de Fátima Mata Mouros, Maria José Rangel de Mesquita e Fernando Vaz Ventura e foi cooptado o Juiz Pedro Machete. Foi eleito presidente do Tribunal o Juiz Joaquim de Sousa Ribeiro e foi eleita vice presidente a Juíza Maria Lúcia Amaral.

3. O Tribunal passou a contar com seis mulheres em treze juízes – Maria Lúcia Amaral, Ana Maria Martins, Catarina Sarmento e Castro, Maria de Fátima Mata Mouros e Maria José Rangel de Mesquita.

²⁸ Conforme já tínhamos preconizado em 1975 em *Um projeto de Constituição*, artigo 297.º. Devendo entender-se que nem sequer é possível a recondução nove anos depois da cessação de funções, ao contrário do que sucede com o Presidente da República, cujo titular passados cinco anos após um segundo mandato pode voltar a ser eleito – porque se trata de órgão político.

E com sete doutores em Direito: Joaquim de Sousa Ribeiro, professor da Universidade de Coimbra; Maria Lúcia Amaral, professora da Universidade Nova de Lisboa; Ana Maria Martins e Maria José Rangel de Mesquita, professoras da Universidade de Lisboa; Pedro Machete, professor da Universidade Católica Portuguesa; e Maria de Fátima Mata Mouros, juíza de carreira.