

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM 2010

Por Prof. Doutor JORGE MIRANDA*

SUMÁRIO

1. VOLUME DAS DECISÕES.—2. PRINCIPAIS DECISÕES.—3. O QUINTO ACÓRDÃO SOBRE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ.—4. DE NOVO, O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.—5. PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.—6. SUSPENSÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL. NATUREZA DO RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—7. ENTIDADE COMPETENTE PARA JULGAR ILÍCITOS DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL QUANTO A MENSAGENS DE PROPAGANDA.—8. ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS DO AMBIENTE. AUTONOMIA REGIONAL.—9. SEGURANÇA PRIVADA E LIBERDADE DE EMPRESA.—10. ALTERAÇÕES DA TAXA DE IMPOSTO. RETROACTIVIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA.—11. EXECUÇÕES FISCAIS. CREDORES COM GARANTIA REAL. DÉFICE DE PROTECÇÃO.—12. NOMEAÇÃO E CONTRATO NA FUNÇÃO PÚBLICA. TUTELA DA CONFIANÇA.—13. CONCURSO PARA PROFESSORES CATEDRÁTICOS. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA.—14. CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. LEIS DE VALOR REFORÇADO. RESPONSABILIDADE POR ACTOS DA FUNÇÃO LEGISLATIVA.—15. ILEGALIDADE POR CONTRADIÇÃO COM ESTATUTO REGIONAL.—16. SUBSTITUIÇÃO DE UM JUIZ.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. Em 2010, o Tribunal Constitucional proferiu os seguintes acórdãos, classificados em razão das diversas competências que a Constituição e a lei lhe conferem:

* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Doutor *honoris causa* pelas Universidades de Pau, Vale do Rio dos Sinos (Brasil) e Lovaina. Foi Deputado à Assembleia Constituinte portuguesa (1975-1976), Deputado à Assembleia da República (1976 e 1980-1982) e membro da Comissão Constitucional – antecessora do Tribunal Constitucional (1976-1980). Na sua bibliografia de Lisboa avulta o *Manual de Direito Constitucional* em 6 volumes.

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

— Decisões sobre reclamações a respeito da admissibilidade de recursos	84
— Decisões sobre questões de processo	250
— Decisões de mérito	133

Fiscalização abstracta

— Decisões em fiscalização preventiva	2
— Decisões em fiscalização sucessiva	7
— Decisões em fiscalização da inconstitucionalidade por omissão	0

Eleições e referendos e partidos

— Decisões sobre candidaturas à Presidência da República	2
— Decisões em contencioso eleitoral	2
— Decisões sobre referendos locais	1
— Decisões sobre partidos e coligações	1
— Decisões sobre financiamento dos partidos e campanhas eleitorais	11
— Decisões sobre recursos de deliberações de órgãos partidários	7

Outras competências

— Decisões sobre declarações de rendimentos e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos	5
--	---

2. A fiscalização concreta continua a dominar a actividade do Tribunal Constitucional, embora haja um menor número de decisões do que em 2009.

Mas, sobretudo, na fiscalização abstracta, verifica se uma sensível diminuição.

2. PRINCIPAIS DECISÕES

1. Sobre os princípios da igualdade e da proporcionalidade:

- Acórdão n.º 25/2010 (seguro automóvel);
- Acórdão n.º 49/2010 (subsídio de desemprego);
- Acórdão n.º 63/2010 (carreiras militares);
- Acórdão n.º 352/2010 (consumo de energia eléctrica em média tensão, serviços públicos essenciais);
- Acórdão n.º 407/2010 (poder paternal e responsabilidade parental).

2. Sobre acesso aos tribunais:

- Acórdão n.º 186/2010 (direito a um processo equitativo, rejeição de recurso por extemporaneidade, princípio do contraditório);
- Acórdão n.º 265/2010 (apoio judiciário, rendimento de agregado familiar);
- Acórdão n.º 408/2010 (recurso de revisão em processo civil, depoimento testemunhal).

3. Sobre responsabilidade civil do Estado:

- Acórdão n.º 134/2010 (criação de municípios, leis de valor reforçado, responsabilidade por actos de função legislativa);
- Acórdão n.º 185/2010 (prisão preventiva, absolvição, responsabilidade civil do Estado).

4. Sobre a vida humana:

- Acórdão n.º 75/2010 (interrupção voluntária de gravidez).

5. Sobre processo penal:

- Acórdão n.º 133/2010 (garantias dos arguidos, valoração de declarações de um arguido em desfavor de outro arguido);
- Acórdão n.º 195/2010 (suspensão do prazo de prescrição de procedimento criminal, natureza de recursos para o Tribunal Constitucional);
- Acórdão n.º 201/2010 (caso julgado cível e caso julgado penal, lei mais favorável);
- Acórdão n.º 235/2010 (suspensão provisória do processo).

6. Sobre matérias familiares:

- Acórdãos n.ºs 65 e 446/2010 (direito à identidade pessoal, investigação de paternidade);
- Acórdão n.º 121/2010 (casamento entre pessoas do mesmo sexo).

7. Sobre liberdade de expressão e informação:

- Acórdão n.º 224/2010 (entidade competente para julgar ilícitos de mera ordenação social quanto a mensagens de propaganda).

8. Sobre matérias de trabalho:

- Acórdão n.º 338/2010 (segurança no emprego, contrato a termo, relações entre lei e convenção colectiva).

9. Sobre direitos económicos:

- Acórdão n.º 264/2010 (expropriação por utilidade pública);
- Acórdão n.º 304/2010 (segurança privada e liberdade de empresa).

10. Sobre matérias tributárias:

- Acórdãos n.ºs 85 e 399/2010 (retroactividade da lei fiscal, princípio da confiança);
- Acórdão n.º 166/2010 (execuções fiscais, credores com garantia real, défice de protecção);
- Acórdão n.º 177/2010 (taxas para propaganda e publicidade);
- Acórdão n.º 306/2010 (igualdade tributária).

11. Sobre regiões autónomas:

- Acórdão n.º 119/2009 (organizações não governamentais do ambiente, autonomia regional);
- Acórdão n.º 256/2010 (ilegalidade por contradição com estatuto regional).

12. Sobre Administração pública:

- Acórdão n.º 84/2010 (Autoridade de Segurança Económica e Alimentar, reserva de competência da Assembleia da República).
- Acórdão n.º 154/2010 (nomeação e contrato na função pública);
- Acórdão n.º 248/2010 (concurso para professor catedrático, autonomia universitária).

13. Sobre eleições e partidos:

- Acórdãos n.ºs 34 e 444/2010 (campanha eleitoral, contas partidárias);
- Acórdão n.º 199/2010 (campanha eleitoral, mandatário financeiro).

3. O QUINTO ACÓRDÃO SOBRE A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

1. O artigo 1.º da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, alterou o art. 142.º do Código Penal, passando a não punir a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando haja seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo e quando realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

Neste caso, o consentimento é prestado em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável [n.º 4, alínea b)].

O artigo 2.º estabelece que compete ao estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido onde se pratique a interrupção voluntária da gravidez garantir, em tempo útil, a realização da consulta obrigatória prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal e dela guardar registo no processo próprio.

A informação a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal é definida por portaria, em termos a definir pelo Governo, devendo proporcionar o conhecimento sobre:

- a) As condições de efectuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez e suas consequências para a saúde da mulher;
- b) As condições de apoio que o Estado pode dar à prossecução da gravidez e à maternidade;
- c) A disponibilidade de acompanhamento psicológico durante o período de reflexão;
- d) A disponibilidade de acompanhamento por técnico de serviço social, durante o período de reflexão.

Os estabelecimentos de saúde, oficiais ou oficialmente reconhecidos, para além de consultas de ginecologia e obstetrícia, devem dispor de serviços de apoio psicológico e de assistência social dirigidos às mulheres grávidas; e garantem obrigatoriamente às mulheres grávidas que solicitem aquela interrupção o encaminhamento para uma consulta de planeamento familiar.

O Serviço Nacional de Saúde, segundo o artigo 3.º, deve organizar-se de modo a garantir a possibilidade de realização da interrupção voluntária da gravidez nas condições e nos prazos legalmente previstos.

Os artigos 4.º e 6.º garantem objecção de consciência dos médicos e demais profissionais da saúde, embora devendo o Governo adoptar providências para que do seu exercício não resulte a inviabilidade do cumprimento dos prazos legais. O artigo 5.º prescreve o dever de sigilo a que ficam sujeitos.

Para execução dos artigos 2.º e 4.º da Lei, o Governo emitiu a Portaria n.º 741.º A/2007, de 21 de Junho.

2. Publicados estes diplomas, um grupo de Deputados à Assembleia da República requereu, ao abrigo da alínea f) do n.º 2 do artigo 281.º, da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade formal da Lei e da inconstitucionalidade material de alguns das suas normas.

Por seu turno, o presidente da Assembleia Legislativa Regional da Madeira requereu, nos termos da alínea g) do mesmo número, a declaração de inconstitucionalidade material também de algumas normas daquela Lei e de inconstitucionalidade orgânica e formal quer da Lei quer da Portaria.

Incorporados num mesmo processo os dois requerimentos, o Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro¹, não declarou nem a inconstitucionalidade, nem a ilegalidade.

3. O acórdão — o quinto sobre interrupção voluntária da gravidez e sempre com idêntico resultado — vem na sequência dos acórdãos n.ºs 25/84, de 19 de Março, 85/95, de 29 de Maio, 288/98, de 17 de Abril e 617/2006, de 15 de Novembro, e sempre perante sucessivas leis cada vez mais abertas à despenalização.

No acórdão n.º 217/2006, de fiscalização preventiva do referendo sobre a matéria que mais tarde viria a constar da Lei n.º 16/2007, o Tribunal já se tinha pronunciado sobre o essencial da problemática agora posta. Mas, como se sabe, nem a fiscalização preventiva em geral preclude a fiscalização sucessiva, nem, em geral, a lei com atinência directa ou indirecta a referendos se limita a reproduzir a resposta às perguntas referendárias, vai mais além; por isso, se compreende a possibilidade de fiscalização sucessiva.

4. A inconstitucionalidade formal, invocada pelos Deputados, fundamentou se na circunstância de o artigo 115.º, n.º 11 da Constituição, prescrever que o referendo só terá efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento e tal não se ter verificado no referendo antecedente da aprovação da Lei n.º 16/2007.

Não foi difícil ao Tribunal demonstrar a improcedência do pedido. Como disse, de acordo com o regime jurídico do referendo, o órgão legiferante com competência para editar a medida legislativa de sentido correspondente ao da proposta submetida a referendo só ficaria inibido de o fazer na mesma legislatura se o referendo tivesse carácter vinculativo (precisamente, observado o artigo 115.º, n.º 11) e se fizesse vencimento a resposta negativa.

Em Portugal, acrescentamos nós, salvo para a criação das regiões autónomas (artigo 256.º), o referendo nunca é obrigatório.

¹ *Diário da República*, 2ª série, de 26 de Março de 2010.

5. A inconstitucionalidade orgânica da Lei n.º 16/2007 foi sustentada pela Assembleia da Madeira com base em violação do núcleo da autonomia regional, porque o acesso à prestação do aborto despenalizado, livre ou a pedido correspondia a uma tarefa no âmbito da competência regional, a «saúde» estava enunciada como matéria de interesse regional na alínea *m*) do artigo 40.º do Estatuto Político Administrativo, não integrava o conjunto das competências que são constitucionalmente reservadas aos órgãos de soberania e a Lei de Bases do Serviço Nacional de Saúde expressamente aceitava a criação do sistema regional de saúde.

Quanto à inconstitucionalidade formal, ela derivaria da não audiência prévia das regiões autónomas, audiência essa imposta pelo artigo 229.º, n.º 2 da Constituição.

Tão pouco custou ao Tribunal negar a existência desta inconstitucionalidade formal. Como não poderia deixar de dizer, o regime jurídico da «exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez» não respeita à Região Autónoma da Madeira de forma particular, tratando-se antes de uma disciplina jurídica que, pela sua natureza e pelo seu objecto, respeita, por igual, a todo o País, sem diferenciação de parcelas ou regiões.

6. Aparentemente mais complexo em alguns pontos era o problema da inconstitucionalidade orgânica, mas o Tribunal Constitucional também o superou sem grande esforço, assentando em que o regime jurídico instituído pela Lei n.º 16/2007 se situava no plano da remodelação do âmbito de protecção de determinada norma incriminadora, incidindo, pois, sobre matéria reservada à competência da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea *c*) da Constituição].

E tratando-se de matéria reservada à competência da Assembleia da República, verificar-se ia o requisito de delimitação negativa da competência legislativa das regiões fixado nos artigos 112.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), da Constituição.

Nem isso era posto em causa pela circunstância de a contracção do sistema de protecção penal procedente do aditamento da *fattispecie* constante da alínea *e*) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal supor, como seu elemento de conformação, a intervenção dos «estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos» e, na perspectiva dessa intervenção, inscrever no sistema conteúdos que o arrastariam para uma zona de intercepção com o domínio normativo da «saúde».

A disciplina jurídica instituída pela Lei n.º 16/2007 pertencia à categoria normativa dos pressupostos da incriminação e esta relação de pertinência não era desqualificada pela circunstância de a *fattispecie* com que era restringido o âmbito de protecção da norma incriminadora implicar, de

acordo com a respectiva configuração normativa, a mobilização de elementos procedentes de um plano pertencente ao domínio orgânico e funcional da «saúde».

«Corolário imediato da vigência da Lei n.º 16/2007 em todo o país era a manifesta falta de competência legislativa regional para introduzir quaisquer variações no regime jurídico estabelecido pela Lei n.º 16/2007. O que implicava que a interrupção voluntária da gravidez, quando ocorresse por acto praticado pelos serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde da Região Autónoma da Madeira, só poder verificar-se nos termos estabelecidos naquela Lei da Assembleia da República, encontrando-se constitucionalmente vedada a possibilidade se estabelecer, a coberto da autonomia legislativa regional, a quaisquer outros ali não previstos.

Em contrapartida, como os serviços regionais de saúde se não integravam no Serviço Nacional de Saúde, o comando directo constante do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 16/2007, não interferia com os serviços oficiais prestadores de cuidados de saúde existentes na Região Autónoma da Madeira. No âmbito deste preceito, esses serviços apenas se encontravam abrangidos pelo dever, estabelecido pelo respectivo n.º 2, de, quando aí fosse praticada a interrupção voluntária da gravidez, se organizarem «de forma adequada para que a mesma se verifique nas condições e nos prazos legalmente previstos».

Todavia, acrescenta o acórdão, «eles não estão sujeitos às directrizes emanadas, a este propósito, pelos órgãos dirigentes do Serviço Nacional de Saúde. Estando finalisticamente vinculados a um resultado — o de garantir os procedimentos e condições apropriados à realização, sem punição, da interrupção voluntária da gravidez, no quadro da hipótese aberta por uma norma de direito penal, a alínea e) do n.º 1 da artigo 142.º do respectivo código — dispõem, todavia, da autonomia organizativa compatível com a sua consecução».

7. A inconstitucionalidade material foi fundamentada na dignidade da pessoa humana e na inviabilidade da vida humana afirmadas nos artigos 1.º e 24.º da Constituição e ainda nos artigos 64.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), 66.º, n.º 1, 67.º, n.º 2, alínea d) e 68.º, sobre protecção da saúde, protecção do ambiente, família e paternidade e maternidade.

Muito especialmente, era contestada, desde logo, a validade constitucional de uma previsão de impunibilidade da interrupção voluntária de gravidez não dependente da alegação de motivos taxativamente descritos e de verificação objectivamente controlável. Esta opção de fundo seria, em si mesma, antes e independentemente da apreciação do concreto regime vazado nas soluções legislativas que lhe davam corpo, incompatível com o dever de protecção da vida intra-uterina.

A alteração ao Código Penal permitindo a uma mulher decidir da vida ou morte de um ser humano, sem que para tal invocasse fundamentos, deixaria totalmente desprotegida a vida humana até às dez semanas. Seria um aborto «ad nutum», discricionário, sem qualquer necessidade de justificação, quando a restrição a um direito fundamental como a vida, mesmo que pudesse ser admitida, teria sempre de ser devidamente justificada. O aborto não poderia nunca ser um direito ou um espaço de insindivível autonomia privada.

Por outro lado, a norma constante do artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007, mereceria reparo constitucional, por excluir do âmbito da informação a prestar à gestante através da consulta o conhecimento sobre as consequências da efectuação, no caso concreto, da eventual interrupção voluntária da gravidez para o embrião, as condições de apoio que as instituições não estaduais prestam à prossecução da gravidez e da maternidade e o regime da adopção em Portugal, assim como uma imagem da ecografia do feto. A sua falta implicaria violação do princípio da proporcionalidade, por, em vez de tutela da vida humana intra uterina — se privilegiar o valor da liberdade de escolha da mulher.

E também a omissão da exigência de participação do progenitor masculino do processo de decisão quanto à interrupção violaria o direito à igualdade na parentalidade. Esse sujeito «poderia e deveria ser chamado ao aconselhamento a fim de, também ele, tomar a responsabilidade por aquele filho, ainda que a decisão última fosse da mulher».

8. O discurso argumentativo do Tribunal no sentido de não inconstitucionalidade assenta na procura de uma visão integrada de todo o regime constante da Lei n.º 16/2007 e no relegar da Portaria n.º 741 A/2007 para o mero âmbito executivo.

«O Tribunal perfilha o entendimento de que a vida intra-uterina é um bem digno de tutela em todas as fases pré-natais, sem prejuízo de admitir diferentes níveis e formas de protecção, em correspondência com a progressiva formação do novo ente.

«Dentro destas coordenadas, o se da admissibilidade da consagração do modelo de prazos é questão que não pode agora ser desligada do como da sua concreta configuração. O que cumpre fundamentalmente valorar é se, tendo em conta a modelação concreta da disciplina legal, a solução da impunibilidade, dentro desse contexto normativo, corresponde ou não a «deixar totalmente desprotegida a vida humana até às 10 semanas», como se sustenta no pedido. (...)

«O Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer acção susceptível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. Sobre ele recai também uma vincu-

lação a prestações satisfatórias da «garantia de efectivação» (artigo 2.º da CRP) de tal valor, designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante – dimensão sobre que, atenta a sua natureza, repousa o essencial da consistência prática do bem em causa.

«Esta injunção constitucional comporta seguramente o dever de adopção de medidas preventivas, numa dupla direcção: a de evitar situações de gravidez indesejada (em que se insere a garantia do «direito ao planeamento familiar» consagrada na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP) e a de contrariar motivações abortivas, uma vez iniciado esse estado. Aqui se incluem também medidas incentivadoras, sem esquecer as que visam o exercício (mas também, antes dele, a assunção) de uma maternidade consciente (cfr. a mesma alínea), as quais têm uma iniludível projecção irradiante, de sentido tutelador, neste campo. (...)

«Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso, por afectação, para além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no pólo oposto, não descuidar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. (...)

«É o cumprimento efectivo de um dever, não o eventual aproveitamento de uma permissão, que constitui o objecto de apreciação, pelo que há que ajuizar unicamente se os meios de que o legislador se socorreu para tal fim levam o direito infraconstitucional a situar-se num ponto ainda consentido pela proibição de insuficiência. (...)

«A simples previsão de uma tramitação legal, com imposição à grávida de uma actuação sequencial, em momentos temporalmente intervalados, de que faz parte a sujeição a uma consulta prévia de carácter obrigatório, promove, no mínimo, e desde logo, a consciencialização (ou o reforço da consciencialização) da gravidade ético-jurídica daquilo que se intenta praticar, com incidência potencial sobre a própria tomada de decisão.

«A mais disso, a obrigatoriedade de percorrer um *iter* procedimental, em estabelecimento oficial ou oficialmente autorizado, com um prazo entre o pedido de marcação e a efectivação de consulta que pode ir até 5 dias (artigo 16.º, n.º 2, da Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Junho), e um período de reflexão mínimo de 3 dias, entre a consulta prévia e a entrega do documento formalizador do consentimento (artigo 142.º, n.º 4, alínea *b*) da Lei n.º 16/2007, e artigo 18.º, n.º 1, da referida Portaria), traz, com

a garantia de um «consentimento livre e esclarecido», um obstáculo eficiente à execução de decisões tomadas por impulso, circunstancialmente motivadas e insuficientemente ponderadas. (...)»

O regime da Lei n.º 16/2007 «operou uma verdadeira mudança do paradigma regulador, na medida em que passou a admitir uma hipótese de exclusão de punição que passa apenas, no plano das condições substantivas, pela vontade da gestante. É esta quem, em último termo, e ainda que tendo que satisfazer requisitos procedimentais, dita a preservação ou não da vida intra uterina, não ficando sujeita a punição na hipótese de se decidir pela interrupção. O juízo definitivamente relevante, a esse respeito, é o juízo subjectivo da própria grávida, não tendo ela que o submeter à apreciação, segundo critérios objectivos, de uma entidade terceira. Ainda que a intervenção desta esteja prevista, como parte num processo comunicacional que inclui uma consulta obrigatória, ela não goza de qualquer poder vinculante, impositivo de uma solução contrária à desejada pela grávida» (...)

«Num campo de valoração pouco propício a concepções absolutizantes de imperativos reguladores, em que não se divisam soluções ideais, de eficiência garantida, mas em que, pelo menos, é certo que a punição criminal não reduz significativamente o número de abortos e é contraproducente em relação a bens constitucionalmente protegidos (a saúde da mulher, designadamente), não se afigura injustificado confiar na capacidade da grávida para tomar uma decisão responsável. Um direito *soft*, de base prestativa, mais promocional do que repressivo, pode criar condições, na mente e na vontade da grávida, para que, naqueles casos em que a dúvida interior se prolonga, subsistindo mesmo após o início do processo de externalização da intenção abortiva, a decisão venha a pender para o lado da vida. E só esses casos importam, pois todos os outros são, realisticamente, casos “perdidos”» (...).

«(...) o conjunto da disciplina da interrupção voluntária da gravidez tem em conta, na justa medida, o maior peso do valor da vida. Predominam aí as medidas punitivas, recorrendo o Estado exclusivamente ao direito penal, para cumprir o seu dever de protecção do embrião e do feto, nos estádios da gravidez em que a «dualidade» transparece com nitidez. Só nas primeiras 10 semanas — período mais curto, aliás, do que o de 12 semanas generalizadamente vigente, em direito comparado — é que o Estado, sem se demitir desse dever, o prossegue por uma via combinatória da sanção penal com instrumentos auto-responsabilizadores.

«Esses instrumentos vão ao ponto de admitir que a ultima palavra, nesse período temporalmente limitado, caiba à grávida. Razões de eficiência e de respeito pelo estatuto constitucional da grávida casam-se, na justificação desta solução específica, que não merece, por isso, uma aprio-

rística censura constitucional. Se o legislador, no uso da sua liberdade de escolha dos meios de tutela, entendeu ser apropriado recorrer à colaboração da própria grávida, fazendo apelo ao seu sentido de responsabilidade (...), a salvaguarda da sua autonomia de decisão, para além de ser a solução que melhor se ajusta ao reconhecimento da dignidade da mulher, é, verdadeiramente, uma condição necessária à possibilidade de eficácia daquele apelo.

(...)

«(...) Toda a preocupação revelada na Lei n.º 16/2007, de estruturação de serviços e de imposição de procedimentos na sua utilização, não tem um significado puramente técnico-organizativo, só se compreendendo como expressão de empenho na tutela, para além da saúde da mulher, da vida pré-natal. E não é a omissão de uma expressa vinculação formal dos serviços à consecução dessa finalidade que pode servir de razão bastante para negar a presença dessa intencionalidade de tutela, quando só ela dá objectivamente sentido ao conteúdo de muitas das normas de organização e de procedimento constantes daquele diploma.

(...)

«A emissão de um tal juízo apoia-se também na consciência de que o cumprimento dos deveres de protecção está sujeito a limites fácticos e jurídicos (...), sendo ilusório acreditar num ilimitado poder do legislador de intervenção modificativa da realidade. Daí que ao juízo de não inconstitucionalidade se não oponha uma posição de cepticismo quanto à eficácia tuteladora, em termos absolutos, da solução encontrada.»

9. O acórdão ocupa-se depois de outros problemas suscitados pelos pedidos.

Quanto ao período mínimo de três dias de reflexão entre a consulta e a prestação do consentimento, diz o acórdão que se trata de um prazo mínimo (contrariamente aos prazos, de direito do consumo, argumentativamente invocados no pedido), nada obstando (antes tudo aconselhando) a que, em caso de persistência de dúvidas da gestante, no termo desse período, a intervenção, no limite das 10 semanas, seja retardada, de modo a não impossibilitar uma definitiva decisão em contrário.

Quanto à inexigibilidade do consentimento do progenitor para a realização da interrupção da gravidez prevista na alínea e) do n.º 1 do artigo 142.º do Código Penal, ela não envolve para o Tribunal qualquer desqualificação arbitrária da paternidade enquanto valor social eminente, nem se apresenta carecida de justificação objectiva e racional, em termos de poder ser considerada violadora do princípio da igualdade. A solução está, por assim dizer, na «natureza das coisas», por condicionada pela realidade biológica da gestação humana.

Quanto à violação do artigo 112.º, n.º 5, da Constituição que resultaria de o artigo 2.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007 conferir a uma portaria o poder de integrar uma norma ínsita num acto legislativo, o Tribunal responde dizendo que a correcta interpretação do n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 16/2007 não o coloca em conflito com o artigo 112.º, n.º 5, da Constituição, já que conduz a que o mesmo seja entendido como contendo um reenvio normativo não proibido para um acto com as características de um regulamento estritamente executivo da disciplina normativa primária estabelecida integralmente em prévia norma legal habilitante.

10. Cinco dos juízes dissentiram da fundamentação e das conclusões do acórdão e juntaram declaração de voto.

Segundo o juiz José Borges Soeiro a Lei não teria alcançado o equilíbrio entre o sistema das «indicações» e o sistema dos «prazos», pois o aconselhamento prévio à mulher grávida teria de ser não apenas meramente informativo, mas igualmente dissuasor e orientado para a defesa da vida, não se desconsiderando, naturalmente a liberdade de opção e decisão da mulher, encorajando-a a prosseguir com a gravidez. E, como a consulta deveria ser neutral, o impedimento lançado sobre os médicos objectores de consciência da possibilidade da prática de actos para os quais se encontram profissionalmente habilitados traduzir-se ia numa discriminação negativa, capaz de conflitar com o princípio da igualdade.

Para o juiz Benjamim Rodrigues, a operação de concordância prática dos direitos e valores constitucionalmente relevantes teria sido feita com desrespeito pelos artigos 24.º e 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição. O acórdão não teria realizado qualquer juízo de concordância prática entre os dois valores ou direitos constitucionais, tidos como estando em conflito: o direito do ser, «embrião/feto humanos», a nascer e a «liberdade da mulher a manter um projecto de vida, como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade». E não o teria efectuado, porque, pura e simplesmente, para fazer prevalecer este último, teria rejeitado a titularização, no âmbito do artigo 24.º, n.º 1, da CRP (subjectivação constitucional), do direito à vida humana e, decorrentemente, do conteúdo essencial do direito do feto a nascer, admitindo a possibilidade de, sem censura penal, lhe tirar a vida humana.

«O direito à vida humana é protegido pela Constituição (artigo 24.º, n.º 1) como direito inviolável. O vocábulo «inviolável» só poderá significar que se trata de um direito que não poderá ser violado em caso algum, mesmo pelo Estado legislador. Nesta óptica, apenas, se conceberão causas de exclusão que consubstanciem, perante a Constituição, situações de não violação, como sejam as causas constitucionais de desculpabilização ou de justificação.

(...)

«Ao contrário, o direito ou garantia fundamental que se apresenta em colisão com ele — a liberdade da mulher a manter um projecto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade — não se apresenta dotado constitucionalmente de uma tal força excludente de lesão.

(...)

«(...) o prosseguimento da vida uterina não extingue a liberdade da mulher a manter um projecto de vida como expressão do livre desenvolvimento da sua personalidade, mas tão só, quando muito, a obriga a que adapte, para o futuro, o seu projecto de vida às novas circunstâncias, tal qual pode acontecer por força de muitas outras circunstâncias possíveis naturalisticamente, como, por exemplo, a doença, o desemprego, acidentes, etc. (...)

«A construção do Acórdão no sentido de ver, para efeitos do âmbito de protecção da norma constitucional, o ente existente no seio materno como uma unidade com a gestante durante o período em que é lícito o aborto — o que lhe permite a afirmação de preponderância dos direitos fundamentais da gestante, e não já uma dualidade ontológica e axiológica, é puramente formal, representando uma intelecção formal construída ao arrepio da Natureza. A dualidade da vida humana do feto, até ao nascimento com vida, e da gestante, na lógica do acórdão, corresponderá a uma atribuição do legislador ordinário que só poderá ser travada nos casos de manifesta evidência de violação do princípio da proporcionalidade, a qual seria apenas reconhecível nos adiantados estados de gravidez. Tal compreensão da realidade humana corresponde a colocar, nas mãos do legislador ordinário, o recorte do âmbito material da garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana e a poder lesar a vida humana radicada em um concreto ser, permitindo a sua morte.

(...)

«Finalmente, a proibição, pelo legislador ordinário de os médicos objectores de consciência poderem participar na consulta prevista na alínea b) do n.º 4 do artigo 142.º do Código Penal ou no acompanhamento das mulheres grávidas a que haja lugar durante o período de reflexão, prevista no artigo 6.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007, é também inconstitucional, por violação desproporcionada do direito fundamental da liberdade de trabalho e de profissão, consagrada no artigo 47.º, e da garantia de liberdade de consciência, reconhecida no artigo 41.º, ambos os preceitos da Constituição, bem como do princípio da igualdade, estabelecido no artigo 13.º da mesma Lei fundamental.

«A consulta de informação não é uma consulta para a realização do aborto. Daí que a discriminação feita pelo legislador apenas possa fundar se numa suspeita de que os médicos objectores de consciência para o acto

de realização do aborto, para a morte do feto, não tenham capacidade ou competência para cumprir o programa legalmente estabelecido para a consulta de informação.»

O juiz Carlos Pamplona de Oliveira, além de reiterar a violação do artigo 24.º, considerou que os artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 16/2007 ofendiam o princípio autonómico decorrente do n.º 2 do artigo 6.º e do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição.

Por seu turno, a juíza Maria Lúcia Amaral sustentou que o acórdão teria acabado por não revelar um critério a partir do qual se pudesse medir a existência, ou inexistência, de um deficit legislativo de protecção da vida humana. Sempre que o legislador estivesse constitucionalmente obrigado a proteger certo bem, tal significaria que as medidas a adoptar deveriam propiciar a mais ampla protecção fáctica e juridicamente possível, uma medida que ficasse aquém do fáctica e juridicamente possível não seria, em princípio, «adequada», por não concretizar o mandato de concordância prática entre diferentes bens jusfundamentais a que estava adstrito o legislador — tanto aquele que restringe, quanto aquele que protege ou promove.

(...)

«Paradoxalmente, porém, a consulta obrigatória, que deveria ser o lugar sistémico para o cumprimento do dever estadual de protecção da vida — tornando-se por isso aberta em relação ao resultado, por dela não dever resultar nenhuma imposição da conduta futura da grávida, mas comprometida quanto aos seus próprios fins, por implicar um reconhecido empenhamento do Estado quanto à desincentivação do aborto —, vem a ser regulada pelo legislador como se, afinal, de um estrito procedimento formal se tratasse (para além de nela não poderem estar presentes, por proibição decorrente do n.º 2 do artigo 6.º da Lei, os médicos objectores de consciência).»

Por último e mais longamente, o juiz Rui de Moura Ramos, presidente do Tribunal, insistiu também em que «há-de entender-se que a posição jusfundamental irradiante que, como consequência da protecção constitucional da vida intra-uterina, há que reconhecer a cada ser intra-uterinamente vivo gera para o Estado o dever de organizar e conformar a ordem jurídica de uma tal maneira que a toda a expressão de vida embrionária ou fetal, independentemente da fase ou momento do processo de gestação em que se situe, seja facultado, e portanto também durante as dez primeiras semanas, através da mobilização do direito ordinário, um nível mínimo de protecção efectiva. O que exige que, a fim de não desconsiderar a densidade ou espessura óticas do bem jurídico-constitucional a tutelar, os instrumentos de tutela disponibilizados, podendo embora exprimir uma forma de protecção diferenciada e até progressiva ao longo da gestação, dis-

ponham sempre e em qualquer caso de referencial minimamente antropocêntrico. Reconhece-se assim que o desenvolvimento do processo de gestação constitui um ponto de partida constitucionalmente viável para a instituição de um modelo de tutela progressiva, exprimindo-se aqui uma gradualidade, não na qualidade ou valor do objecto a tutelar, mas sim, e decisivamente, na relação de adequação entre o meio de protecção a mobilizar e a realidade existencial a que se dirige a tutela.

(...)

«(...) o sistema instituído pelo diploma, na sua concreta modelação, não consente que se presuma a ampliação da probabilidade de um resultado compatível com a preservação da vida intra-uterina, pelo menos na medida necessária para ter por cumprido em suficiente medida o imperativo constitucional de tutela. (...)

(...)

«Embora se não possa excluir, num juízo de prognose, a eventualidade de certas destas informações, ou mesmo todas no seu conjunto, podem contribuir, designadamente em associação com outras circunstâncias particularizáveis em cada caso, para o enfraquecimento — ou até mesmo para a anulação — de uma predisposição originária favorável à interrupção da gravidez, o certo é que, de um ponto de vista teleológico e dogmático, do que se trata aqui é de elementos ou factores externos à modelação da decisão que se coloca perante as alternativas representadas pela prossecução da gravidez e a concretização da interrupção e, portanto, cuja possível influência naquele primeiro sentido é de tal modo longínqua, contingente e difusa que não chega para exprimir um qualquer consistente nível de comprometimento do sistema de direito ordinário na realização do mandamento jurídico-constitucional de protecção da vida intra-uterina.»

Acresce que «a exclusão da possibilidade de participação de médicos objectores de consciência, quer na consulta que precede a concretização da interrupção da gravidez, quer no acompanhamento que a gestante possa entretanto solicitar (...) é reveladora da intenção, não apenas de isentar o procedimento previsto de qualquer propósito de influenciar a grávida no sentido da prossecução da gravidez, como de assegurar que essa influência não possa vir a ser exercida no interior do sistema e através dele (...)

(...)

«A disciplina jurídica instituída pela Lei n.º 16/2007 vem situar a interrupção voluntária da gravidez até às dez semanas de gestação numa zona onde o Direito se abstém de fornecer critérios valorativos de acção e se coíbe de conformar normativamente as escolhas.

(...)

«Ao isentar o procedimento que substituiu o anterior tipo incriminador do propósito de influenciar a grávida no sentido da preservação da vida

intra-uterina e cuidando expressamente da exclusão da possibilidade de nesse sentido poder vir a ser exercida qualquer forma de ingerência no respectivo processo decisório, a solução normativa enunciada nos artigos 1.º, 2.º, n.º 2, e 6.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2007 conduz à conclusão de que, mesmo que se tratasse aí de dar expressão à tutela da autodeterminação da gestante e do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, estes estariam em qualquer caso sobre-avaliados.

11. Resta apresentar a nossa opinião — tarefa, neste caso, menos árdua, porque mantemos a posição que tomámos aquando dos acórdãos n.ºs 288/98 e 617/2006, concordante, no fundamental, com as declarações de voto dos juízes vencidos.

Retomando o que escrevemos a respeito do segundo²: «Não contestamos que o Direito penal não seja conformado constitucionalmente como um imperativo categórico imposto ao legislador ordinário, regulando se, antes, por ponderações de valores e interesses situados num contexto histórico e por necessidades político criminais (...). Nem contestamos a afirmação de que os valores não se encontram acima da discussão livre e que não é possível impô-los a outrem, sem cumprir um estrito dever de fundamentação sujeito a um método argumentativo e participado (...). Toda a nossa discordância está na forma como o acórdão resolve o conflito (ou pretensão conflito) entre a sobrevivência do ser em gestação e a mulher, a mãe, sacrificando aquele, sem causa, salvo a vontade da própria mulher.» (...)

Antes dava-se «relevância a alguns factores objectivos, a alguns interesses constitucional ou legalmente atendíveis. Ao invés (...) agora nenhum interesse ou bem jurídico surge como condição de não punibilidade. E tão pouco poderia esse interesse ou bem jurídico ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou o respeito pelo projecto de vida da mulher, porque: a) o direito ao desenvolvimento da personalidade (...) encerra tanto um conteúdo de autonomia como de responsabilidade pessoal; b) entre a vida e um simples projecto de vida não se percebe como a vida não tenha de prevalecer; c) um projecto de vida e uma escolha pessoal fazem sentido antes da concepção e das relações que a provocam, não depois do facto consumado.

«É certo que a opção da mulher está sujeita a um prazo de dez semanas e o aborto teria de ser realizado em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. Trata-se, porém, de mera regulamentação, sem se afectar o direito à interrupção voluntária da gravidez atribuído à mulher (inclusive à menor?). Apenas se prescrevem certos condicionamentos (e não pro-

² *O Direito*, 2007, págs. 467 e segs., e *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, vol. XIV, 2006, pP. 864 e segs.

priamente restrições, tal como configura estas o artigo 18.º da Lei Fundamental). Mais ainda: como bem salientou o juiz Mário Torres, cria se um verdadeiro direito a uma prestação do Estado — o direito a que o Estado propicie, através da lei e do exercício da função administrativa, os meios para que a interrupção voluntária da gravidez venha a efectuar-se (em melhores condições para a mulher, mas sempre com o mesmo resultado, para o feto, do aborto clandestino).

«Ora, pode então perguntar se se a nova incumbência assim assumida pelo Estado não entra, por seu turno, em conflito com a proclamação da maternidade e da paternidade como valores sociais eminentes (artigo 68.º, n.º 2), com diversas incumbências constitucionais do Estado — como a de garantir o direito ao planeamento familiar [artigo 67.º, n.º 2, alínea *d*)], a de promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família [artigo 67.º, n.º 2, alínea *b*)], a de regular os impostos e os benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [artigo 67.º, n.º 2, alínea *f*] e a de assegurar a organização do trabalho, de forma a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar [artigos 59.º, n.º 1, alínea *b*) e 67.º, n.º 2, alínea *h*] — e com as funções do serviço nacional de saúde [artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*), e n.º 3, alínea *a*)].

(...)

«A laicidade do Estado, a aconfessionalidade, o princípio da não dominação de qualquer visão do mundo sobre as demais podem, no limite, fundamentar ou explicar a despenalização ou a desprotecção penal de qualquer bem jurídico, quando uma parte da sociedade entenda que ele deve ser protegido por outras formas ou que nem sequer tenha de ser protegido.

«Em contrapartida, em nome dessa mesma laicidade, aconfessionalidade e não dominação pode outra parte da sociedade pretender que não seja legalizado, e não apenas tornado ilícito, aquilo que considera ilícito — pois redundante em legalização, e não apenas em despenalização e liberalização, organizar a interrupção voluntária da gravidez por mera opção da mulher em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.»

12. Um último ponto ainda a reter: ao contrário do que se lê no acórdão, a Portaria n.º 741 A, de 21 de Junho, não pode reduzir-se a simples portaria de execução. Ela também tem algumas normas substantivas inovadoras, como se fosse um regulamento delegado.

São elas, pelo menos, as do artigo 9.º, acerca da utilização de dados pessoais relativos à interrupção da gravidez; do artigo 16.º, n.º 3, sobre deveres de informação dos médicos e outros profissionais de saúde; e do artigo 19.º, n.º 3, ao impor aos estabelecimentos oficiais ou oficialmente reconhecidos a prescrição à mulher que interrompa a gravidez de um mé-

todo contraceptivo adequado e a marcação de uma consulta de saúde reprodutiva ou planeamento familiar a realizar no prazo máximo de 15 dias após a interrupção da gravidez.

Ora, os regulamentos delegados são vedados pelo artigo 112.º, n.º 5 da Constituição, ao estatuir que nenhuma lei pode conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, integrar qualquer dos seus preceitos.

4. DE NOVO, O CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

1. A Assembleia da República consagrou o casamento entre pessoas do mesmo sexo ao alterar o artigo 1567.º do Código Civil, o qual passou a dispor: «Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida».

Todas as disposições legais relativas ao casamento e aos seus efeitos deveriam ser, doravante, interpretados a essa luz, independentemente do género das cônjuges, salvo a inadmissibilidade de adopção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuges do mesmo sexo.

Tendo o Presidente da República requerido a fiscalização preventiva do decreto, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da sua não inconstitucionalidade pelo acórdão n.º 121/2010, de 8 de Abril³.

2. O Presidente da República fundamentou o seu pedido essencialmente nos seguintes argumentos:

- Inexistência de uma imposição constitucional, decorrente do princípio da igualdade, de se estabelecer um regime de casamento entre pessoas do mesmo sexo em tudo idêntico ao do casamento entre pessoas de sexos diferentes, conforme o Tribunal Constitucional já reconheceu no acórdão n.º 359/2009, até porque se exclui dele a adopção;
- Pelo contrário, violação desse princípio por tratar de forma igual realidades substancialmente distintas;
- Constar do artigo 16.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem — critério de interpretação dos preceitos constitucionais e legais sobre direitos fundamentais, por força do artigo 16.º, n.º 2 da Constituição — que «a partir da idade núbil o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família»;
- Não poder a liberdade de conformação do legislador ir ao ponto de postergar ou desfigurar a garantia institucional do casamento do artigo 36.º, n.º 1 da Constituição;

³ *Diário da República*, 2ª série, de 28 de abril de 2010.

- Embora sem que haja uma conexão necessária entre casamento e filiação, proteger a Constituição o casamento num contexto bem determinado em que a referência à família se encontra associada à filiação (artigos 67.º, n.º 1, 68.º, n.ºs 1 a 4, 71.º, n.º 2);
- Embora não havendo uma definição constitucional expressa do casamento, ter a Lei Fundamental procedido a uma recepção do «conceito histórico do casamento como união entre duas pessoas de sexos diferentes» (aqui citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, pag. 568).

3. Tal como havia feito no acórdão n.º 359/09, o Tribunal começou por carrear um número considerável de elementos retirados de outras experiências jurídicas, porque «em matérias que se ligam a problemas humanos tão universais como os relacionados com a pretensão de tutela jurídica do relacionamento homossexual», poderia ter interesse saber o que neles sucedia e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí, porventura, conclusões «em especial quando seja possível induzir princípios jurídicos comuns a tais experiências».

Como eram, porém, diversas as práticas legislativas e jurisprudenciais, afinal das muitas páginas que lhes dedicou não pôde o Tribunal retirar conclusões relevantes.

4. Entrando depois na análise do problema, o acórdão afirmaria que, «se pode, sem hesitação, dizer-se que o casamento que a Constituição representou foi o casamento entre duas pessoas de sexo diferente, também pode seguramente concluir-se que não houve qualquer opção deliberada na matéria que agora nos ocupa no sentido de proibir a evolução da instituição matrimonial. O problema era político-juridicamente desconhecido, pelo que o elemento histórico deve ser mobilizado com cautelas ainda maiores do que aquelas que geralmente já merece na interpretação do texto constitucional.

«E o certo é que a Constituição remete para o legislador, além da determinação dos «efeitos», a fixação dos «requisitos» do casamento (n.º 2 do artigo 36.º), poder este que não pode ser lido como restrito aos aspectos de mera regulação formal, pelo que importa saber se, independentemente do que era o casamento no contexto social e jurídico em que a norma do n.º 1 do artigo 36.º foi elaborada, a inovação legislativa em análise, procurando responder ao que o legislador entendeu constituir pretensão legítima de reconhecimento e tutela perante novas necessidades sociais (...) era de molde a infringir a garantia constitucional do casamento (...).».

Ora, «não pode inverter-se o sentido da garantia, impondo a conservação do instituto, tal como ele existe, contra acções do legislador que não colidam com a determinação de sentido do direito fundamental em causa no quadro axiológico do sistema de direitos fundamentais. O que, aplicado à opção legislativa submetida a fiscalização, significa verificar se os fins ou bens jurídicos individuais e comunitários a que o direito fundamental ao casamento deva considerar-se constitucionalmente adscrito, no quadro de um sistema de direitos fundamentais axialmente centrado na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição), sofrem compressão do seu núcleo essencial de realização».

5. O Tribunal reconhece que o artigo 16.º, n.º 2 da Constituição, consagra um princípio de interpretação conforme com a Declaração Universal, para, de imediato, afirmar haver um equívoco na invocação do argumento pelo Presidente da República. «O sentido da norma que confere esse relevo à DUDH é o de alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de a restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente. Vale por dizer que o n.º 2 do artigo 16.º da Constituição funciona apenas do «lado» jurídico-individual dos direitos fundamentais e quando não conduza a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais do que a interpretação «endógena» da Constituição. Deve intervir aqui o princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de protecção mais elevado, à semelhança do que prescrevem os artigos 52.º, n.º 3 e 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (...).»

«Assim, o n.º 2 do artigo 16.º não pode operar no sentido de impedir o legislador ordinário, desde que com isso não restrinja ou limite o acesso ao casamento heterossexual por homens ou mulheres em idade núbil ou lhe diminua o conteúdo enquanto direito fundamental, de o permitir também a uma categoria de indivíduos que não têm inclinação para o relacionamento afectivo e sexual duradouro com pessoas do sexo oposto e que, consequentemente, não poderiam reclamar a protecção da DUDH para casar em conformidade com essa sua orientação sexual».

6. O acórdão também não aceita que a diversidade de sexo entre os dois cônjuges seja imposta para salvaguarda dos fins ou valores constitucionais de protecção da família e da potencialidade procriativa do casamento. Não só a potencialidade de ter filhos, diz, não é uma finalidade absolutamente essencial à garantia constitucional como a vontade inicial e constante dos cônjuges de não terem filhos não os impede de contrair casamento e de se manterem casados nem os impedem ou invalidam a esterilidade ou a impotência — mesmo se a maternidade e a paternidade são valores sociais eminentes (artigo 68.º da Constituição).

«A Constituição não define o perfil dos elementos constitutivos do instituto a que o n.º 1 do artigo 36.º se refere, relegando no n.º 2 do mesmo preceito para o legislador a incumbência de manter a necessária conexão entre Direito e realidade social. O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria (...).»

«Neste aspecto, a Constituição portuguesa é mais favorável à intervenção do legislador no sentido agora questionado do que outras congéneres, na medida em que coloca a essa interpretação menos obstáculos textuais. Quer porque no n.º 1 do artigo 36.º se designa a titularidade do direito mediante a palavra “Todos” e não pela expressão “O homem e a mulher” que é geralmente invocada, perante outros textos constitucionais ou de direitos fundamentais como argumento a favor da heterossexualidade necessária do casamento. Quer, sobretudo, pela expressa previsão do n.º 2 do mesmo artigo 36.º (...).»

«Efectivamente, se o estabelecimento de uma situação de comunhão de vida entre duas pessoas é elemento estruturante do conceito de casamento, sem o qual o mesmo se descaracteriza, já o mesmo não pode dizer-se da diversidade sexual das pessoas que pretendem envolver-se nessa comunhão e submetê-la às regras do casamento. (...)

«Na verdade, a comunhão de vida entre duas pessoas, caracterizada pela partilha e entreajuda, num percurso de vida comum juridicamente disciplinado, com carácter tendencialmente perpétuo, também está naturalmente ao alcance de duas pessoas do mesmo sexo que assim queiram vincular-se, uma para com a outra e perante o Estado, e serem como tal reconhecidas pela comunidade.»

«(...) o conceito de família que a Constituição acolhe como “elemento fundamental da sociedade” é um conceito aberto e plural, adaptável às necessidades e realidades sociais. A Constituição não definiu o que é a família, dando protecção aos distintos modelos de família que existem na nossa realidade social. (...).»

«O casamento entre pessoas do mesmo sexo apenas vai conduzir a que o espaço de realização interpessoal, coabitação, mútua assistência e contribuição para as necessidades comuns com vista à plena realização pessoal, em que a família consiste, assuma, também para elas, a veste jurídica que resulta da sua recíproca vinculação. Não há fundamento para ver nesse alargamento sacrifício, nem sequer no plano de administração de recursos públicos escassos, para a realização das tarefas que nesse domínio incumbem ao Estado (n.º 2 do artigo 67.º da Constituição). (...)

Ao mesmo tempo, «o casamento entre pessoas de sexo diferente mantém-se intocado, nas suas condições de realização, nos seus efeitos jurídicos, entre os cônjuges e perante o Estado e terceiros, e no seu significado como fonte de relações familiares e compromisso social».

7. Finalmente, o acórdão rejeita o argumento de que o novo artigo do Código Civil afrontaria o princípio de igualdade por tratar igualmente coisas diversas.

«O tratamento diferente de situações de facto iguais, ou o tratamento igual de situações de facto diversas viola o princípio da igualdade quando, para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual, não for possível encontrar um motivo razoável, que surja da natureza das coisas ou que, de alguma outra forma, seja compreensível em concreto, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada como arbitrária. Todavia, como também é de uso repetir, a vinculação do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, cabendo-lhe identificar ou qualificar as situações de facto que não-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio quando para a medida legislativa não é possível encontrar suporte material.

«Ora, sendo embora certo que, na perspectiva biológica, sociológica ou antropológica, constituem realidades diversas a união duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo e duas pessoas de sexo diverso, no aspecto jurídico a equiparação de tratamento não é destituída de fundamento material. Na verdade, é razoável que o legislador possa privilegiar o efeito simbólico e otimizar o efeito social antidiscriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento.»

8. O acórdão teve onze votos a favor, seis dos quais com declarações e apenas dois votos contra, dos juízes Borges Soeiro e Benjamim Rodrigues.

Os juízes Maria Lúcia Amaral e Rui Moura Ramos, em texto conjunto, afirmaram a possibilidade constitucional e, portanto, a não inconstitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas recusaram que fosse inconstitucional a sua consagração.

Na sua declaração de voto de vencido, o juiz Borges Soeiro sustentou que o conceito de casamento não era alheio a qualquer densificação constitucional. Nem faria sentido que a Constituição concedesse o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permitisse à lei ordinária suprimir a instituição ou desfigurar o seu núcleo essencial.

«O constituinte de 1976 tinha em mente o casamento entre pessoas de sexo diferente quando redigiu o artigo 36.º. Não só porque esse era o con-

ceito que resultava então como dominante – e o diálogo com a história e com a tradição é nota característica de qualquer *acquis* constitucional – mas também porque se assim não fosse então ter-se-ia verificado necessariamente, em 1977, a alteração dos preceitos relevantes do Código Civil de modo a garantir que a legislação ordinária se acomodava à nova concepção constitucional. Isso foi o que sucedeu, aliás, com matérias relativas à filiação e à igualdade entre os cônjuges. Esta conclusão sai reforçada em face da integração do preceito no todo corpóreo do artigo 36.º. Com efeito, esta norma constitucional consagra «no texto fundamental a ligação profunda entre casamento e filiação», como aliás resulta dos respectivos n.ºs 2, 3, 4, 5 e 6".

Aceitar a alteração que vem afastar o requisito da diferença de sexos entre os nubentes equivaleria a uma alteração constitucional por lei ordinária.

Por seu turno, para o juiz Benjamim Rodrigues, para se admitir que o conceito de casamento fosse, na nossa Constituição, um conceito aberto, sujeito às variações do tempo, segundo a vontade do legislador ordinário, ter se ia de ver a expressão verbal «contrair casamento» constante do n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa como sendo um conceito de tipo descritivo, um conceito de tipo fáctico, ou um mero conceito com intenção proclamadora de um programa constitucional a concretizar ao longo do tempo por parte do legislador ordinário, intencionalidade esta sempre manifestada de forma clara através de expressões como a «a lei regula...», «nos termos da lei...», «nos quadros definidos pela lei...», «é disciplinada por lei...»; etc. Jamais se teria visto, porém, sustentada em parte alguma entre nós uma tal natureza do conceito do direito a contrair casamento, nos vários séculos da nossa história pátria até à década de 90!

Ao dispor que os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à manutenção de educação dos filhos e ao proibir a existência de qualquer discriminação entre os filhos nascidos dentro do casamento e fora do casamento o legislador constitucional deixa bem claro que os filhos a que se está a referir são os filhos biológicos e que o casamento a que se refere é o casamento entre pessoas de sexo diferente, pois só neste caso é possível a hipótese verificar-se segundo as leis da Natureza (...).

«E dados os termos da sua formulação é seguro que os n.ºs 3 e 4 do artigo 36.º não se referem aos filhos adoptivos, porquanto a previsão da adopção, enquanto fórmula ou forma jurídica de estabelecimento da relação de filiação contemplada naqueles números, apenas, numa dimensão biológica (constituída dentro ou fora do casamento), só vem prevista depois de tais preceitos, no n.º 7 do mesmo artigo, e como estatuto a «regular e a proteger nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação (questão que nunca se põe relativamente à filiação natural). (...)

Quanto aos «requisitos» a que se refere o n.º 2, esse termo «nunca foi entendido, na linguagem do direito positivo, como dizendo respeito à noção (substância) do contrato a que se refere quando esta é por ele expressamente enunciada (...)».

«Ver nessa remissão para a lei ordinária a possibilidade de conformação de um dos elementos essenciais constituintes da garantia institucional do casamento, à data da Constituição originária, é despir o conceito de casamento da qualidade de garantia institucional constitucional, para valer apenas como direito fundamental de conteúdo não densificado constitucionalmente e a densificar pelo legislador ordinário».

Quanto ao o artigo 16.º, n.º 2, da Constituição, ele não determinaria apenas, como diz o acórdão, a aplicação da DUDH *in bona parte*; consagraria, também, os princípios da interpretação e da integração dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a DUDH e, nesta medida, os preceitos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 36.º da Constituição apenas poderiam ser entendidos com o sentido constante da DUDH, ou seja segundo um direito fundamental de homem e mulher, a partir da idade núbil, a se casarem.

Nem das circunstâncias de o casamento heterossexual não ter necessariamente de pressupor a ocorrência da procriação, por opção dos próprios ou por impossibilidade fisiológica, se poderia extrair argumentos no sentido de a união civil de pessoas do mesmo sexo ter de ser efectuada, para salvaguardar os princípios da dignidade humana, da igualdade e da privacidade, com apropriação da instituição casamento tal como ela se mostra assumida no sistema jurídico.

Nada justificaria colocar no mesmo plano do casamento heterossexual, onde essas situações correspondem a opções ou impossibilidades fisiológicas circunstanciais (não imanentes ao género), as situações onde essas ocorrências nunca são possíveis, de pleno, como se passa nos casamentos homossexuais.

Finalmente, «O reconhecimento aos homossexuais, sob invocação dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da privacidade, do direito de procederem legalmente à união civil das suas vidas, não autoriza a que esse tratamento tenha de passar pela apropriação do valor simbólico do casamento e do estado de casado enquanto instituição própria, segundo a sua matriz histórica, de uma união entre pessoas de sexo diferente, afectando desse jeito a imagem da instituição existente.»

9. Por nós, já mais de uma vez temos afirmado não só a não necessidade como a não possibilidade, à face de uma rigorosa interpretação da Constituição de 1976, do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Retomamos agora e desenvolvemos um pouco mais o que já antes escrevemos⁴.

⁴ Designadamente, in *O Direito*, 2009, pp. 436 e segs.

10. Como se lê em parecer da Comissão Constitucional (n.º 32/82), «a proibição de discriminação significa, à partida, que ninguém possa deixar de ter acesso a qualquer direito ou bem jurídico atribuído pela Constituição ou pela lei em termos gerais. Mas o princípio tem de ser entendido no contexto da Constituição, com as implicações decorrentes de outros princípios. E isso porque o princípio da igualdade não funciona por forma geral e abstracta, mas perante situações ou termos de comparação que devam reputar se concretamente iguais — e, antes de tudo, à luz de padrões valorativos ou da ordem axiológica constitucional».

E como sublinha o Tribunal Constitucional (acórdão n.º 231/94), «enquanto conceito relacional, a medida do que é igual e deva ser tratado como igual depende da matéria a tratar e do ponto de vista de quem estabelece a comparação, em termos de determinar quais são os elementos essenciais e os não essenciais num juízo acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade de soluções jurídicas dissemelhantes e eventualmente mesmo discriminatórias. Ou seja, quando é que duas situações reais da vida são equiparáveis, quando as similitudes entre elas sobrelevam das diferenças e, por isso, o juízo de valor sobre a materialidade que lhes serve de suporte conduz à necessidade de um igual tratamento jurídico».

11. Ora tudo está em saber o que é igual e o que é desigual.

O casamento não pode, por certo, ser encarado simplesmente da perspectiva da procriação. Contudo, por mais que tenha que ver com a felicidade e o apoio mútuo dos cônjuges e por mais casamentos que haja sem filhos, ele não pode ser desligado da filiação. E não se trata tanto do fenómeno biológico da procriação (porque só da união entre mulher e homem nascem filhos) quanto do fenómeno sociocultural e afectivo da filiação, com as referências a pai e mãe, indispensáveis para a plena felicidade das crianças.

Daqui transparece a função político social caracterizadora do instituto do casamento (e, bem assim, da união de facto entre heterossexuais), distintiva da união entre homossexuais: a função de assegurar a subsistência no tempo da comunidade humana, a sucessão e a solidariedade de gerações e, de modo especial hoje, a sustentabilidade dos direitos sociais. Não por acaso a Constituição qualifica a maternidade e a paternidade como «valores sociais eminentes» (artigo 68.º, n.º 2).

Não admitir o casamento de homossexuais não infringe o princípio da igualdade. O que o infringe é consagrar lo na lei.

A abertura a um espaço de realização interpessoal, coabitação, mútua assistência e contributo para as necessidades comuns não tem de se fazer necessariamente pelo casamento. A união civil, como sucede em vários países europeus, bem pode, com maior ou menor aproximação de efeitos, desempenhar essa função.

12. A Constituição distingue o direito de constituir família, e o direito de casar (artigo 36.º, n.º 1) e o mesmo faz, ainda mais nitidamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 9.º). A pluralidade de formações familiares ressalta, de resto, à vista desarmada: a família conjugal, assente no casamento, é uma dessas formações, a família homossexual outra.

Ao mesmo tempo, resulta da Constituição o enlace incidível entre filiação e casamento e entre casamento e filiação. «Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos» (artigo 36.º, n.º 3). «Os filhos nascidos fora do casamento não podem ser objecto de qualquer discriminação» (artigo 36.º, n.º 4). «Os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos» [artigo 36.º, n.º 5, completado pelo artigo 67.º, n.º 2, alínea c)]. «Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial» (artigo 36.º).

13. Ainda mais claro se mostra o artigo 16.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, parte integrante da Constituição portuguesa e perante a que, portanto, pode ocorrer inconstitucionalidade.

O acórdão tenta vencer este obstáculo à tese que defende, considerando que o artigo 16.º, n.º 2 da Constituição não funciona quando conduza a uma solução menos favorável do que a resultante de interpretação endógena da Constituição, e isso em nome da preferência de normas de protecção mais elevado.

Em primeiro lugar, faltaria saber, *in casu*, qual o nível de protecção mais elevado e quem deve tê-lo. Tal nível não se alcança não diferenciando aquilo que é, em si mesmo, diferente e não dando mais protecção àqueles que, potencial ou efectivamente, assumem a responsabilidade de criar, educar e manter filhos.

Em segundo lugar, repare se na descoincidência das fórmulas do artigo 36.º, n.º 1 da Constituição e do artigo 16.º, n.º 2 da Declaração Universal. Ali proclama-se que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento. Aqui fala-se em homem e mulher. E o sentido sistemático integrador dos dois artigos só pode ser este: a) que todos, homens e mulheres, têm o direito de casar, livremente e sem discriminação alguma (como qualquer das enunciadas no artigo 13.º, n.º 2); b) mas que só há casamento quando contraído entre homem e mulher; c) todos não significam casamento de homens com homens ou de mulheres com mulheres, significa casamento de homem com mulher.

14. O acórdão sustenta ainda que o conceito constitucional de casamento é um conceito aberto que admite diversas configurações legislativas

e diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo conferido ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, verter no ordenamento aquilo que corresponde às concepções dominantes.

Este asserto merece uma total objecção e provoca uma grande inquietação. Ele traduz um entendimento da relação entre normas constitucionais e normas legais ultrapassada na Europa desde o artigo 1.º, n.º 3 da Constituição de Bona, de 1949, e em Portugal, em particular, desde o artigo 18.º, n.º 1 da Constituição de 1976: o entendimento segundo o qual os direitos de liberdades adquiriram o conteúdo que a lei que lhes desse por via de uma espécie de reenvio (ou de reserva) feito pela Constituição. Esse era o entendimento que, quase todos os tribunais antes de 1974 davam ao artigo 33.º da Constituição de 1933. Não o entendimento à face de uma Constituição que eleva os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias a preceitos directamente aplicáveis.

15. O Presidente da República e uma declaração de voto referem se à natureza histórica do casamento como casamento entre duas pessoas do mesmo sexo e, por sua vez, o acórdão aduz, em seu abono, as transformações da sociedade e alude a uma concepção dominante de casamento que estaria para além do casamento tradicional.

Este tipo de raciocínios desloca o problema da sua sede própria – a jurídica — para outra sede — a histórica ou a sociológica, o que não parece correcto. Se a Constituição, como qualquer lei, carece de uma interpretação objectiva e que pode chegar a actualista, tal não pode ir ao ponto de se rasgarem as suas estruturas teleológicas e sistemáticas.

5. PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

1. Determinada pessoa, depois de ter estado sob prisão preventiva durante 14 meses, foi absolvida e, de seguida, intentou uma acção contra o Estado pedindo lhe uma indemnização por danos não patrimoniais.

Não tendo obtido ganho de causa nas sucessivas instâncias, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, alegando a inconstitucionalidade de diversos preceitos do Código de Processo Penal.

Circunscrito pela juíza relatora o objecto do recurso ao artigo 225.º, n.º 2 deste Código, ao recorrente sustentar que ele seria contrário não só ao artigo 27.º da Constituição, de garantia do direito à liberdade e à segurança, como ao artigo 22.º (donde decorre o direito de cada um à indemnização por danos causados por actos lícitos da função jurisdicional causadores de violação de direitos, liberdades e garantias). E esse artigo 225.º,

n.º 5 contradiria igualmente o artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O Tribunal, pela 3ª secção, pelo acórdão n.º 185/2010, de 12 de Maio⁵, negou provimento ao recurso, por não julgar inconstitucional a norma impugnada.

2. O acórdão começou por reconhecer o «inquestionável relevo» ocupado pelo bem jurídico consagrado no artigo 27.º e daí o dever do Estado de indemnizar, segundo o n.º 5, o lesado nos termos que a lei estabelecer.

«Poder se ia, à primeira vista, pensar que a restrição da indemnização, em casos de prisão preventiva legal, às situações de ocorrência de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto que determinaram a aplicação da medida de coacção, não estaria, de acordo com o princípio da proibição do excesso, nem seria necessária nem proporcional (em sentido estrito) face aos valores e interesses constitucionais que justificam a restrição.

Sendo estes valores a protecção da segurança, das liberdades dos outros e da eficácia da justiça penal, dir-se-ia que a repartição solidária do sacrifício por via da atribuição de uma indemnização ao indivíduo que esteve sujeito a prisão preventiva que se viesse a revelar, *ex post*, materialmente injustificada, em nada afectaria a prossecução dos valores constitucionais justificativos da restrição, pelo que seria desde logo desnecessária a suportaçã, em exclusivo, pelo arguido, do prejuízo decorrente de privação da liberdade fora das circunstâncias previstas no n.º 2 do artigo 225.º do Código de Processo Penal.

Tal conclusão seria, porém, apressada, diz o acórdão.

«É que a apreciação da questão de saber se a repartição solidária do sacrifício afecta ou não a eficácia do sistema criminal, ou a segurança e, fundamentalmente, a liberdade individual dos demais membros da comunidade implica, dada a estrutura multipolar das relações jurídicas envolvidas, arbitrar um verdadeiro conflito de liberdades, algo que o Tribunal Constitucional não está em condições de efectuar.

«O controlo sobre o modo como o legislador ordinário cumpriu os seus deveres de protecção de bens jurídicos tutelados constitucionalmente, ainda que com restrição de direitos, liberdades e garantias individuais, não pode ter como consequência ser o poder judicial a proceder a avaliações sobre factos, a efectuar ponderações entre bens e a formular juízos de prognose que integram, na sua essência, a função legislativa do Estado.

De resto, «ao contrário do que, numa primeira apreciação, se seria levado a pensar, para uma incerteza sobre se a introdução de um regime de

⁵ *Diário da República*, 2ª série, de 13 de Setembro de 2010.

responsabilização solidária inevitavelmente conduz a uma situação de deficit de prisão preventiva.

«Com efeito, não é desrazoável admitir-se a hipótese de o cenário ser o oposto, i. é de a introdução de um mecanismo de responsabilização solidária por sujeição a prisão preventiva através da atribuição de uma indemnização em casos de absolvição vir agilizar a aplicação da prisão preventiva por parte de magistrados judiciais.

«Sabendo que a sujeição de um indivíduo a prisão preventiva, em caso de posterior absolvição, daria sempre lugar à atribuição de uma indemnização, o magistrado judicial poderia, consciente ou inconscientemente, sentir-se menos compelido a moderar o recurso a essa medida de coacção comparativamente com o que sucede face ao regime actualmente em vigor, verificando-se, inclusive, um aumento do número de prisões preventivas decretadas e, portanto, uma afectação mais intensa da própria liberdade individual do aguido.

«Não interessa saber se tal cenário é certo, provável, ou apenas hipotísivel. A mera incerteza basta para que o Tribunal Constitucional não possa senão deferir perante o juízo formulado pelo legislador, gozando este último de ampla liberdade de conformação relativamente ao próprio juízo quanto à necessidade do regime contido no n.º 2 do artigo 225.º».

3. Quanto ao artigo 22.º da Constituição, ele não conteria senão uma garantia de instituto. «A Constituição recebe e protege aí o instituto infraconstitucional da responsabilidade civil extracontratual do Estado, impedindo dessa forma que o legislador ordinário o aniquile ou desfigure, nos seus traços essenciais. É certo que, nesses traços essenciais, se pode incluir uma injunção de previsão dos pressupostos da responsabilidade pública por actos prejudiciais da função judicial; no entanto, tal não exonera o legislador do cumprimento da específica tarefa de conformação que é a sua. É à lei que cabe determinar em que casos deve o Estado responder civilmente por prejuízos causados às pessoas por actos da função judicial, determinando os seus pressupostos e a medida da indemnização. A tese segundo a qual decorreria, *in casu*, e da simples redacção do artigo 22.º da CRP, um direito à indemnização directamente aplicável, análogo a um direito, liberdade e garantia nos termos conjugados dos artigos 17.º e 18.º, n.º 1, primeira parte — o que seria bastante para fundamentar a inconstitucionalidade das condições «restritivas» do dever público de indemnizar fixadas no n.º 2 do artigo 225.º do CPP — não colhe, portanto, atenta a natureza de garantia institucional que detém a previsão, na Lei Fundamental, do regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado.»

Por último, quanto à Convenção Europeia, o acórdão, na linha de muitos outros arestos, entendeu que nada acrescentava ao artigo 27.º da Constituição.

4. O juiz Vítor Gomes fez uma declaração de voto dissidente.

Para este juiz, a interpretação normativa aplicada não teria consistido em negar o direito a indemnização ao arguido sujeito a prisão preventiva que vem a ser absolvido com fundamento no princípio *in dubio pro reo* mas, de modo mais absoluto, em negá-la ao arguido absolvido cuja inocência não fique provada. «[...] no acórdão penal absolutório não ficou provado que a ora recorrente não tenha sido autora dos crimes por que foi acusada. [...] O que se escreveu no dito acórdão foi que não resulta dos factos provados que os arguidos, ou qualquer deles, tenham ateado fogo ou provocado incêndio; não se escreveu que dos factos provados resulta que os arguidos, ou qualquer deles, não ateou fogo nem provocou incêndio — e só esta conclusão significaria a comprovação da efectiva inocência da ora recorrente (fls. 1224)». Esta oneração do arguido com a prova de que «está limpo de toda a suspeição» colide com o sentido último do n.º 2 do artigo 32.º da Constituição (cf. ac. *Sekanina* do TEDH). O princípio da presunção de inocência é incompatível com o entendimento de que, terminado o procedimento criminal pela absolvição do arguido por não ter a acusação logrado a prova dos factos que lhe imputava, sobre o mesmo possa continuar a recair o labéu da suspeita até que prove positivamente a sua inocência. Terminado o procedimento por absolvição, para efeitos directamente decorrentes da existência desse procedimento, como é a indemnização por prisão preventiva que no seu decurso tenha sido imposta ao arguido, não pode haver duas categorias de absolvidos, os que o foram pelo funcionamento do princípio *in dubio pro reo* e os restantes. (...)»

«Numa interpretação valorativamente coerente da Constituição, à luz do princípio geral de ressarcibilidade dos encargos e danos que ultrapassem a álea geral e sejam geradores de uma desigualdade perante os encargos públicos, não existe razão válida para que a indemnização por privação injustificada da liberdade fique condicionada à existência de erro grosseiro na imposição desta. Nem sequer à existência de erro censurável no momento da aplicação. Esta restrição não existe no caso de danos causados a outros direitos fundamentais por actos lícitos do poder público, designadamente pelo sacrifício do direito de propriedade, como sucede na requisição ou expropriação por utilidade pública (artigo 62.º, n.º 2, da CRP). Não se vê em salvaguarda de que valores haveria a Constituição de tolerá-la perante o sacrifício (materialmente) injustificado da liberdade. Seria incongruente admitir o dever de indemnizar do Estado sempre que um acto do poder público afecte lícitamente, para prossecução do interesse público, os interesses patrimoniais do cidadão, deixando desprotegida a lesão, lícita mas não menos gravosa, de um valor elementar como o da liberdade pessoal, ao sujeitar o ressarcimento dos danos decorrentes da prisão preventiva à prova de erro do aplicador do direito avaliável por referência à realidade processual no momento em que a decretou.

«A imposição da medida de coacção tem justificação nos valores constitucionalmente tutelados que o acórdão refere. Mas fazer recair o risco de a sua imposição vir a revelar-se objectivamente desnecessária, exclusivamente, sobre o indivíduo a ela sujeito, afigura-se uma restrição desproporcionada do direito à liberdade individual, porque, a meu ver, não passa o teste da necessidade. Com efeito, a prossecução dos valores que constitucionalmente justificam a restrição da liberdade autorizada pela alínea *b*) do n.º 2 do artigo 27.º da Constituição alcança-se com a decretação judicial da medida de coacção, de acordo com o regime legal e os pressupostos de facto que à data da sua imposição o processo revelava. E nisso se esgota. Não justifica que, em nome deles (ou dessa autorização constitucional para restringir), continue, depois da absolvição por falta de provas, a sacrificar-se o indivíduo que foi sujeito à medida de coacção, privando-o do ressarcimento dos prejuízos dessa prisão preventiva que a evolução do processo revelou ser materialmente injustificada, em vez de repartir o seu custo por toda a comunidade em benefício de quem foi decretada. Pelo menos é excessivo (proporcionalidade em sentido estrito) que seja o arguido a suportar as gravosas consequências de uma decisão que, em nome de interesses opostos aos seus, teve de ser tomada perante prova indiciária que vem a revelar-se insubsistente, quando para esse sentido da decisão não tenha ele dado causa determinante, por qualquer comportamento processual doloso ou negligente. (...)»

O n.º 5 do artigo 27.º da Constituição não deveria ser interpretado como limitando o direito a indemnização pela prisão preventiva feita «contra a Constituição e na lei» às hipóteses de ilicitude da imposição da medida. A prisão preventiva lícita, mas que vem a revelar-se materialmente injustificada, não deixa de constituir uma lesão do direito de liberdade individual. A conformidade à lei e a correcção de apreciação dos pressupostos de facto no momento da imposição da medida de coacção é o bastante para a privação da liberdade, mas não explica a privação da compensação pelo sacrifício. O legislador pode conformar o direito à indemnização, de acordo com a ampla liberdade que a parte final do preceito lhe outorgou (*v.gr.*, limitação ou sistema de determinação dos danos atendíveis, prazos, mecanismos processuais), mas não pode eliminar o seu núcleo essencial. (...)

«Não atribuir indemnização pelo sacrifício aos indivíduos particularmente atingidos por prisão preventiva que o desfecho do processo venha a revelar materialmente injustificada por receio de que isso possa induzir os juízes a um uso mais frequente da prisão preventiva, é adoptar um meio que, à luz dos princípios do Estado de direito, tem de ser considerado, se não inadequado, pelo menos manifestamente excessivo para esse mesmo fim da tutela da liberdade. Efectivamente, não pode dizer-se que há risco de «uma afectação mais intensa da própria liberdade individual do argui-

do» se o sistema reconhecer indemnização aos arguidos absolvidos por não se ter provado a acusação. Para o indivíduo a quem a medida tenha sido aplicada a afectação da liberdade é real, já não é um risco. À inevitável privação da liberdade soma-se a suportaçãõ individual dos respectivos efeitos lesivos. Ora, proteger a hipotética liberdade de uma categoria (todos os arguidos) mediante a não compensaçãõ pública do sacrifício da liberdade do arguido efectiva e concretamente atingido pela prisãõ preventiva que *a posteriori* vem a revelar-se injustificada, é soluçãõ que me parece desproporcionada e repelida pelo princípio do Estado de direito.

5. Esta declaraçãõ de voto merece nos inteira concordância, por todas as razões que aduz e ainda, porque, ao invés do sentido do acórdãõ, sempre temos encarado o artigo 22.º da Constituiçãõ como consignando um verdadeiro direito fundamental, e não apenas uma garantia institucional.

6. SUSPENSÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO DE PROCEDIMENTO CRIMINAL. NATUREZA DO RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. O Supremo Tribunal de Justiça fixou em recurso para uniformizaçãõ de jurisprudência, o seguinte: «A pendência de recurso para o Tribunal Constitucional constitui causa de suspensãõ do prazo de prescriçãõ do procedimento criminal prevista no segmento normativo «dependência de sentença a proferir por tribunal não penal», da alínea a) do n.º 1 do artigo 119.º do Código Penal de 1982, versãõ original, ou da alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do Código Penal de 1982, revisãõ de 1995.»

Deste acórdãõ interpuseram recursos o Ministério Público e um particular condenado na primeira instância pela prática de um crime de participaçãõ económica em negócio, defendendo a inconstitucionalidade da norma aplicada pelo acórdãõ. O Tribunal Constitucional concedeu lhes provimento, pelo acórdãõ n.º 195/2010, de 12 de Maio⁶.

2. No seu recurso, o Ministério Público alegou, designadamente, que:
- O Tribunal Constitucional intervém como instância de recurso das decisões de outros tribunais, sendo sempre necessária, por isso, a intermediaçãõ de um outro tribunal; para o efeito, o Tribunal Constitucional intervém no quadro de um concreto recurso de constitucionalidade e age no âmbito do próprio processo em que o recurso é suscitado;

⁶ *Diário da República*, 2ª série, de 16 de Junho de 2010.

- Nos casos de fiscalização concreta, a questão de constitucionalidade apresenta-se como uma questão incidental da questão principal (por exemplo de natureza criminal), não se autonomizando desta; permanece, nessa medida, delimitada pelo caso concreto em que surgiu, pelo que os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional são limitados, compreensivelmente, ao caso concreto, apenas neste fazendo caso julgado;
- O recurso para o Tribunal Constitucional, ao realizar-se no quadro da instância processual penal, carece de ser apreciado sob o ângulo das garantias de defesa em processo penal, previstas no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição;
- Ao decidir um recurso de constitucionalidade num processo criminal, em que não há autonomia entre a questão criminal subjacente e a questão de constitucionalidade suscitada, o Tribunal Constitucional age, para todos os efeitos, como um tribunal criminal;
- O recurso de decisões judiciais para o Tribunal Constitucional não deve constituir causa de suspensão de prescrição do procedimento criminal, ao abrigo do segundo segmento normativo previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º do Código Penal, uma vez que a decisão do Tribunal Constitucional não deve ser considerada, para este efeito, como uma sentença proferida «por tribunal não penal»;
- Por esse motivo, o Acórdão recorrido, ao interpretar, da forma como o fez, o disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º do Código Penal de 1982 (revisão de 1995) — disposição essa relativa às causas de suspensão da prescrição do procedimento criminal —, ampliou inovatoriamente a tipologia das causas de suspensão nela previstas;
- Afigura-se materialmente inconstitucional, por ofensa aos princípios da proporcionalidade e das garantias de defesa, a interpretação normativa que — sem qualquer limite temporal — amplie os prazos de prescrição do procedimento criminal, como consequência de os mesmos se suspenderem enquanto estiverem pendentes, perante o Tribunal Constitucional, recursos de constitucionalidade;
- No sentido da solução interpretativa proposta nas presentes alegações aponta, também, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, anteriormente citada, ao considerar que a intervenção do Tribunal Constitucional se verifica no âmbito de um recurso, por isso, no âmbito do processo concreto em que tal recurso é interposto — o que parece afastar a ideia de o recurso de constitucionalidade ser um «mecanismo de reenvio a título prejudicial», ou uma mera «questão prejudicial» —, adquirindo, por isso, a decisão proferida, força de caso julgado no processo a que respeita.

3. Também, por seu turno, o recorrente particular veio sustentar que a «dimensão normativa concreta» aplicada nos autos ofendia os artigos 20.º, n.º 4, 32.º, n.º 1 e 280.º da Constituição.

Essa «dimensão normativa concreta» lesaria os direitos de defesa e de recurso, previstos no artigo 32.º, n.º 1 da Constituição, na medida em que a sujeição do caso a um juízo de constitucionalidade — quantas vezes não suscitada pelo arguido — ao mesmo tempo que é configurado, não como um verdadeiro recurso, antes como uma mera questão de cunho incidental em lógica de devolução, acaba por traduzir uma diminuição estatutária do arguido que fica penalizado pela suspensão do prazo prescricional numa lógica que não tem fundamento proporcionado aos fins que levam à consagração do instituto da suspensão do prazo de prescrição do procedimento criminal.

Ela configuraria, ainda, um sistema de fiscalização concreta de constitucionalidade que não traduz a lógica jurídica subjacente ao artigo 280.º da CRP, esvaziando a sua natureza de verdadeiro recurso e configurando-o como mero incidente de devolução de questão prejudicial ao Tribunal Constitucional.

3. O artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*) do Código Penal dispõe que a prescrição do procedimento criminal se suspende, para além dos casos especialmente previstos na lei, durante o tempo em que o procedimento não puder legalmente iniciar se ou continuar por falta de autorização legal ou de sentença a proferir por tribunal não penal ou por efeito da devolução de uma questão prejudicial a juízo não penal.

O Tribunal Constitucional — como não podia deixar de ser, considerando o nosso sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade — declarou se arredado de qualquer das hipóteses contempladas naquele preceito. Para tanto fez um largo excursão em que lembrou a sua natureza de verdadeiro e próprio tribunal, cujas características especiais não afectam o essencial do sistema, e sentido do acesso a ele dos cidadãos.

4. Conforme se lê no acórdão, no sistema português, todos os tribunais têm competência para conhecer e decidir as questões de constitucionalidade, apreciando a conformidade com a Constituição das normas que hajam de aplicar e devendo recusar a aplicação daquelas que considerem inconstitucionais. O acesso ao Tribunal Constitucional não se faz por intermédio do envio de questão prejudicial, mas sim por meio de recurso, a interpor nos próprios autos; e o Tribunal Constitucional só intervém a título incidental, enquanto instância de recurso das decisões de outros tribunais (proémio do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição).

«O juízo proferido pelo Tribunal Constitucional no recurso de fiscali-

zação concreta só tem efeitos no caso concreto (salvo os efeitos indirectos referidos no artigos 280.º, n.º 5, e 281.º, n.º 3). Ou seja, só tem efeitos na decisão recorrida, proferida pelo tribunal *a quo*, que ficará obrigado a reformar essa decisão na parte respeitante à questão de constitucionalidade para a conformar, quando necessário, com aquele juízo de constitucionalidade (o tribunal recorrido ou qualquer outro tribunal que intervenha em recurso naquele processo não pode deixar de recusar a aplicação de norma que o Tribunal Constitucional tenha julgado inconstitucional; assim como não pode desaplicar norma que o Tribunal Constitucional tenha julgado não inconstitucional).

«É certo que o recurso de constitucionalidade apenas tem por objecto a questão de constitucionalidade e não a questão de fundo discutida em juízo (artigo 280.º, n.º 6, da Constituição). Neste sentido, a questão de constitucionalidade aparece destacada (separada) do litígio de onde emerge. Mas essa separação — que, no fundo, corresponde à separação de competências entre o Tribunal Constitucional e o tribunal da causa — não permite dizer que o recurso de constitucionalidade é estranho ao processo que lhe deu origem. (...)»

«O recurso de constitucionalidade nem sequer tem a natureza de um recurso extraordinário. Como se escreveu no Acórdão n.º 1166/96, “o recurso de constitucionalidade, no domínio da fiscalização concreta (art. 280.º da Constituição; art. 70.º da Lei do Tribunal Constitucional), não pode qualificar-se como uma modalidade de recurso extraordinário. De facto, e nos termos da sua regulamentação constitucional e legal, ele tem de ser interposto no prazo legal, antes do trânsito em julgado da decisão recorrida. Por outro lado, sendo o Tribunal Constitucional, nos termos do art. 223.º da Constituição, “o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”, daí decorre que o mesmo não é um “corpo estranho”, com uma diferente natureza, no conjunto dos tribunais das diferentes ordens, razão por que a própria Constituição tem o cuidado de ressaltar as suas competências quando se refere à posição hierárquica do Supremo Tribunal de Justiça na ordem dos tribunais judiciais: “o Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional” (art. 212.º, n.º 1). E o mesmo vale para o Supremo Tribunal Administrativo (STA), na respectiva ordem, como decorre do artigo 214.º, n.º 1, da Constituição. (...) Acresce que a circunstância de a decisão do Tribunal Constitucional ter, no caso de o recurso de constitucionalidade ser procedente, uma mera eficácia revogatória (art.º 8.º, n.ºs 1 e 3, da Lei do Tribunal Constitucional) não implica a natureza “extraordinária” daquele recurso. De facto, nem sempre as decisões dos Tribunais superiores se substituem às dos tribunais hierarquica-

mente subordinados, estando previstos casos no processo civil em que, sem haver anulação da decisão recorrida, se ordena que a mesma seja reformada pelo tribunal a quo (basta recordar, como exemplo, o previsto nos arts. 729.º, n.º 3, e 730.º, n.º 1, do Código de Processo Civil).»

5. E de tudo isto pôde concluir o acórdão que ao interpretar o segundo segmento da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º (anterior artigo 119.º) do Código Penal como incluindo o recurso de constitucionalidade, o tribunal recorrido estava a criar *ex novo* uma causa de suspensão do prazo de prescrição, que o legislador não tinha contemplado.

«A pendência de recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade no Tribunal Constitucional não podia ser havido como um caso de suspensão da prescrição especialmente previsto na lei: não está expressamente referido pelo legislador, nem pode ser incluído entre as situações de «sentença a proferir por tribunal não penal», previstas no segundo segmento da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 120.º (anterior artigo 119.º) do Código Penal. Tendo em conta o recorte constitucional do mecanismo processual do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, a norma actualmente vigente não pode ser interpretada no sentido de que a decisão a proferir pelo Tribunal Constitucional, no âmbito desse recurso, é uma «sentença a proferir por tribunal não penal», cuja falta impede a «continuação do procedimento criminal». A tal obstam, na verdade, as acrescidas exigências de determinabilidade decorrentes do princípio da legalidade criminal.

Donde, a inconstitucionalidade, por violação do disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição, da norma do artigo 119.º, n.º 1, alínea *a*), do Código Penal de 1982 (na versão original) correspondente à norma do artigo 120.º, n.º 1, alínea *a*), após a revisão de 1995 (operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), interpretada em termos de a pendência de recurso para o Tribunal Constitucional constituir causa de suspensão do prazo de prescrição do procedimento criminal, prevista no segmento normativo «sentença a proferir por tribunal não penal».

6. As considerações aduzidas pelo Tribunal Constitucional descrevem bem a singularidade do nosso sistema e elucidam bem o alcance da decisão. Tudo poderia, aliás, resumir-se nesta nota: os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional formam um complexo unitário, em que a primeira palavra cabe a qualquer tribunal (desde um julgado de paz ou um tribunal arbitral até ao Supremo Tribunal de Justiça) e a última, a definitiva, ao Tribunal Constitucional.

Permita-se nos, porém, acrescentar, *de jure condendo*, que não nos parece justificar-se a não suspensão do prazo de prescrição do procedimen-

to criminal quando o recurso para tribunal superior seja interposto pelo arguido, sabendo se como a justiça portuguesa é lenta, como as desigualdades económicas levam a que nem todos tenham capacidade para o fazer e como é muito necessário reforçar a autoridade dos tribunais de primeira instância e a efectividade das normas incriminadoras.

Ainda *de jure condendo* poderia, a propósito, confrontar se o nosso sistema com o sistema europeu de incidente ou reenvio prejudicial⁷. Há autores que preferem este, invocando razões de segurança jurídica e de garantia objectiva da constitucionalidade. Nós, pelo contrário, *a priori*, não veríamos vantagem na sua substituição, porque a experiência desde 1976 tem sido positiva, fazendo de todos os juízes portugueses juízes constitucionais (assim como, simetricamente, o Tribunal Constitucional, ao julgar questões de constitucionalidade de normas civis, penais, administrativas, tributárias é tribunal cível, penal, administrativo, tributário). Eis um debate que, por certo, vai continuar.

7. ENTIDADE COMPETENTE PARA JULGAR ILÍCITOS DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL QUANTO A MENSAGENS DE PROPAGANDA

1. O Provedor de Justiça requereu, ao abrigo do artigo 281.º, n.ºs 1, alínea *a*), e 2, alínea *d*), da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, «da norma do artigo 10.º, n.º 4, da Lei n.º 97/88, de 17 de Agosto, quando aplicada às mensagens de propaganda», por violação da norma «constante do artigo 37.º, n.º 3, da Constituição, na parte em que atribui a entidade administrativa independente a competência para a apreciação dos ilícitos de mera ordenação social no âmbito do exercício dos direitos associados às liberdades de expressão e de informação».

Isso por o artigo 2.º dessa Lei qualificar como contra-ordenação punível com coima a violação de determinadas condutas aí impostas e determinar que a aplicação dessas coimas «compete ao presidente da câmara municipal da área em que se verificar a contra-ordenação, revertendo para a câmara municipal o respectivo produto».

O Tribunal Constitucional, por meio do acórdão n.º 224/2010, de 2 de Junho⁸, não declarou a inconstitucionalidade.

⁷ Observe se que são duas coisas diferentes: uma, um sistema de reenvio prejudicial; outra, a qualificação, no terreno substantivo, da questão de inconstitucionalidade suscitada e, entre nós, decidida por qualquer tribunal como questão prejudicial – prejudicial porque, na medida do nexo incindível com a questão *principal* objecto, da sua decisão depende a decisão desta.

⁸ *Diário da República*, 2ª série, de 10 de Setembro de 2010.

2. O Tribunal começou por reiterar o entendimento do acórdão n.º 258/2006, segundo o qual a propaganda (nomeadamente a propaganda política) se acha abrangida pelo artigo 37.º, n.º 1 da Constituição, que garante a liberdade de expressão do pensamento (aspecto substantivo) e, bem assim, a livre utilização de meios através dos quais o pensamento pode ser difundido.

Reiterou também a *ratio* da norma do artigo 37.º, n.º 3, que consiste em proibir tanto um direito penal como um direito de mera ordenação social de excepção, o que implicaria não ser constitucionalmente admissível existir uma entidade administrativa independente com competência exclusiva para apreciar as infracções cometidas no exercício de direitos de expressão e de informação.

Assim, essa entidade a que se refere o artigo 37.º, n.º 3 seria a entidade com competência para a regulação da comunicação social nos termos do artigo 39.º. Todavia, por as infracções cometidas por via de mensagens de propaganda não equivalerem às infracções cometidas na comunicação social, nada impediria que fosse o presidente de câmara municipal a aplicar as sanções decorrentes da violação dos artigos 3.º, n.º 2, 4.º e 6.º da Lei n.º 97/88. A entidade administrativa independente para a comunicação social apenas estaria encarregada de apreciar as infracções cometidas no exercício dos direitos de expressão e comunicação, através dos meios de comunicação social.

3. O acórdão justifica fortes críticas. Surpreende nos que, por um lado, nele se diga que a liberdade de expressão compreende a liberdade de propaganda e que, por outro lado, se circunscreva o âmbito da 2ª parte do artigo 37.º, n.º 3 à expressão pela comunicação social.

Admitimos, de bom grado que a entidade reguladora da comunicação social contemplada no artigo 39.º não seja talvez a entidade mais indicada para cuidar de ilícitos de mera ordenação social em cartazes e outras formas de propaganda, embora nada obste a que a lei lhe acrescente competências nessa área na hipótese de não ser criada ou aproveitada outra entidade independente para o efeito.

Mas quem não é, por certo, órgão idóneo para aplicar coimas na circunscrição municipal é o presidente de câmara, sempre ou quase sempre ligado a um partido político e sem, como sugere o juiz João Cura Mariano, assegurar as imprescindíveis independência e isenção.

De resto, nunca o presidente de câmara municipal pode ser uma entidade administrativa independente, tal como esta figura é tomada pelo artigo 267.º, n.º 3, e tal como exige, justamente, o artigo 37.º, n.º 3.

8. ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS DO AMBIENTE. AUTONOMIA REGIONAL

1. O Representante da República para a região autónoma dos Açores requereu, em fiscalização preventiva, a inconstitucionalidade de várias normas do diploma aprovado pela Assembleia Legislativa Regional sobre organizações não governamentais do ambiente.

Versando o diploma sobre liberdade de associação e sobre outros direitos, liberdades e garantias, estaria ferido de inconstitucionalidade orgânica, por tais matérias serem reservadas aos órgãos legislativos de soberania [artigos 165.º, n.º 1, alínea *b*), 112.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, alínea *a*)]. Mas também ocorreria inconstitucionalidade quando o diploma estabelece restrições desrespeitadoras dos regimes constitucionais sobre leis restritivas (artigo 18.º, n.º 2).

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 119/2010, de 26 de Março⁹, pronunciou se apenas pela inconstitucionalidade de algumas das normas impugnadas, não sem que alguns dos seus juizes tivessem declarado que outras também justificavam idêntico juízo.

2. Segundo o acórdão apesar de se aceitar a importância global das questões ambientais, não poderia deixar de se considerar que a protecção do ambiente estava, naturalmente, muito ligada ao território e, em particular, no caso dum espaço isolado pela sua especial geografia, reconhecidamente encarado, em sede constitucional, como tendo carácter ultraperiférico (artigo 9.º, alínea *g*), *in fine*). A defesa e a valorização do ambiente e do património natural e a conservação da natureza nos Açores interessavam, desde logo, aos que no território fazem a sua vida.

Foi a partir daí que o acórdão entendeu que:

- A criação de um registo das organizações não governamentais do ambiente com actuação na área regional não representava, pela função em si instrumental que tinha, uma intervenção na liberdade de associação;
- Outra coisa eram os efeitos decorrentes de inscrição ou não inscrição no registo;
- Havia efeitos não colidentes com a Constituição como a dependência de inscrição no registo para efeito de apoio técnico e financeiro ou para participação em órgãos consultivos sobre o meio ambiente.

⁹ *Diário da República*, 2ª série, de 14 de Abril de 2010.

- Não era inconstitucional a sujeição das organizações não governamentais a auditorias realizadas pela Administração regional, por as auditorias também se reconduzirem a actividade instrumental, quando muito com relevo instrutório;
- Não era inconstitucional, em face da ligação ao território, a exigência, para inscrição no registo, de um mínimo de 50 associados quanto às organizações com sede na região e de um mínimo de 100 associados aí residentes quanto às organizações nacionais e internacionais;
- E também não era materialmente inconstitucional o poder da Administração regional de solicitar às organizações «elementos adicionais importantes para a decisão», nem o regime de suspensão de inscrição no registo, nem a realização das auditorias nas sedes das organizações;
- Já eram, contudo, organicamente inconstitucionais a atribuição às organizações não governamentais de direito de acção popular e de direito de antena bem como o regime de isenção de custas, emolumentos e imposto de selo, por tais matérias caberem na reserva de competência da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alíneas *b*) e *i*)];
- E era materialmente inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, o acesso pela Administração regional às fichas dos associados.

3. Ao contrário de outros acórdãos, relativamente restritivos da autonomia regional, estamos diante de um acórdão benévolo quanto à autonomia regional, o que pode compreender se tendo em conta o pano de fundo em que se moveu. Não levanta objecções.

9. SEGURANÇA PRIVADA E LIBERDADE DE EMPRESA

1. A certa empresa de restauração e bebidas foi aplicada uma coima, por ter ao seu serviço um empregado com função de segurança, sem que ela tivesse a licença exigida pelo artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro. Tendo impugnado a decisão, por, entre outros motivos, esta norma admitir uma ingerência do Estado na livre iniciativa privada, e, assim, violar o artigo 61.º, n.º 2 da Constituição, acabou, depois de esgotar os recursos ordinários, por interpor recurso para o Tribunal Constitucional.

Pelo acórdão n.º 304/2010, de 14 de Julho¹⁰, o Tribunal Constitucional

¹⁰ *Diário da República*, 2ª série, de 23 de Setembro de 2010.

não julgou inconstitucional a norma impugnada e negou provimento ao recurso.

2. O Tribunal não teve dificuldades em fundamentar a sua decisão: em primeiro lugar, acentuando que, segundo esse mesmo artigo 61.º, n.º 1, a liberdade de empresa se exerce nos termos definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral; em segundo lugar, salientando a especial relevância dos serviços de autoprotecção ou de segurança privada.

«Não restam dúvidas, lê se no texto do acórdão, que releva do interesse geral a regulação do modo de exercício das actividades de segurança privada — revistam elas a forma de prestação de serviços a terceiros ou a forma de organização, para proveito próprio, de serviços de autoprotecção. Estando em causa a protecção de pessoas e bens e a prevenção de prática de crimes, está em causa desde logo o exercício de uma ineliminável função estadual, qual seja, a da tutela eficiente de bens jurídicos constitucionalmente valiosos, e decorrentes de direitos, liberdades e garantias pessoais. A estadualidade da tarefa — e, portanto, a sua «natural» publicidade — revela desde logo a estreita relação que as questões de segurança sempre terão com o interesse geral. Relação que seguramente se não perderá, naqueles casos em que, para proveito próprio, quaisquer entidades organizem serviços de autoprotecção ainda com vista à prevenção da prática de crimes e ao assegurar da integridade de pessoas e bens. Apesar de organizados por privados, semelhantes serviços requererão, para serem prestados, o recurso a meios de força que poderão pôr em risco (para usar as palavras do texto constitucional italiano) a segurança, a liberdade e a dignidade dos demais membros da comunidade jurídica. Justifica-se por isso, e precisamente em nome do interesse geral, que caiba ao Estado, e mormente ao legislador, a definição das condições e pressupostos que devem ser preenchidos para que a actividade de autoprotecção possa ser licitamente exercida.

3. Votando embora a conclusão, a juíza Maria Lúcia Amaral distanciou-se dela, por, a seu ver, o problema em causa, não ser um problema de restrição ou limite à liberdade de empresa, mas sim um problema de exercício de uma função do Estado (o que não teria ficado suficientemente enfatizado):

«Actividade que se traduza (para usar as expressões da lei) na “protecção de pessoas e bens” e na “prevenção da prática de crimes” não é, para a Constituição, uma actividade qualquer. De acordo com o disposto no artigo 9.º, alínea *b*) da CRP, corresponde a mesma, antes, ao cumprimento de uma tarefa fundamental do Estado, exigida ademais pelos deveres públicos de protecção de bens constitucionais vali-

osos, como os decorrentes dos artigos 24.º, 25.º e 27.º e inscrita, em última análise, no âmago do próprio princípio do Estado de direito.

«Assim, perante a clara qualificação constitucional desta “actividade” como tarefa estadual (e, portanto, como ineliminável tarefa pública) (...) a questão prévia e fundamental que haveria a resolver seria a de saber se, e em que medida, admitiria a Constituição o seu exercício por parte de privados. Como é evidente, a resposta não se pode colher simplesmente do texto da CRP, visto que, nele, não há nem autorização expressa nem proibição expressa da assunção, por parte de particulares, de funções de “protecção de pessoas e bens” e de “prevenção da prática de crimes”. Implicando, nestes termos, a resolução do problema um esforço de interpretação constitucional, concluí, em síntese, que: (i) sendo a garantia dos direitos e liberdades fundamentais uma tarefa pública obrigatória, necessária e irrenunciável, ao Estado caberá sempre, em matéria de segurança (“protecção de pessoas e bens e prevenção da prática de crimes”), uma responsabilidade na própria execução da tarefa, e não apenas uma responsabilidade na garantia da sua execução; (ii) este princípio, como qualquer outro princípio constitucional, admitirá compressões, desde que justificadas à luz do sistema da CRP; (iii) no âmbito dessas compressões admissíveis, será constitucionalmente legítima a decisão do legislador de confiar aos privados o exercício de actividades de segurança — para efeitos de prestação de serviços a terceiros ou para efeitos de organização, em proveito próprio, de serviços de autoprotecção — desde que se preserve o núcleo essencial da publicidade da tarefa, o que implica (iv) que o Estado jamais se retire, de forma integral, da responsabilidade na execução da tarefa e que (v) esteja vinculado, no domínio da responsabilidade pela garantia da execução da mesma, a fixar, *ex ante*, as condições que permitam o seu o exercício lícito por parte dos privados, tal como (vi) a fiscalizar, *ex post*, o modo concreto desse exercício.

«Assim, a exigência legal de obtenção de licença, em juízo no caso concreto, não só surge como algo de constitucionalmente legítimo como, mais do que isso, é — no quadro da admissibilidade de actividades privadas de segurança — algo de constitucionalmente necessário.

(...)

«É que não há lugar para a liberdade de empresa, na sua dupla dimensão de liberdade de acesso à actividade económica e de liberdade de organização da actividade que se iniciou, se a actividade que se pretende empreender se traduzir na “protecção de pessoas e bens” e na “prevenção da prática de crimes”. Se o Estado, em partilha de responsabilidades, decidir confiar essa actividade a privados uma vez preenchidas certas condições, pode fazê-lo permitindo, por lei, a forma empresarial de organização; tal não significa, porém, que, nessa

situação, a decisão legal seja uma concretização da liberdade que o n.º 1 do artigo 61.º da CRP consagra. Não há nenhum direito fundamental ao exercício de actividades de segurança privada: o legislador ordinário pode, pura e simplesmente, proibi-las.

Aderimos inteiramente a esta posição.

10. ALTERAÇÃO DA TAXA DE IMPOSTO. RETROACTIVIDADE DE LEI TRIBUTÁRIA

1. O Presidente da República requereu a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade da norma constante do n.º 1 do artigo 68.º do Código do IRS (Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares), na redacção dada pelo artigo 1.º da Lei n.º 11/2010, de 15 de Junho e depois pelo artigo 1.º da Lei n.º 12 A/2010, de 30 de Junho.

Fundamentou o pedido em violação do princípio da não retroactividade da lei tributária, consignado desde 1997 no n.º 3 do artigo 103.º. E isso porque o artigo 3.º da Lei n.º 11/2010 estabelecia a sua entrada em vigor no dia seguinte ao da publicação, o que implicaria que a alteração feita — traduzida no aumento da taxa de imposto — seria aplicável aos rendimentos durante o ano de 2010 e, portanto, também a alguns auferidos antes da sua entrada em vigor.

O Tribunal Constitucional — muito dividido, por terem votado contra cinco dos seus juízes — não declararia, porém, pelo acórdão n.º 399/2010, de 27 de Outubro¹¹, a inconstitucionalidade.

2. O acórdão começou por delimitar o conceito de retroactividade fiscal, apoiando se, para tanto, na doutrina, na jurisprudência do próprio Tribunal e nos trabalhos preparatórios do n.º 3 do artigo 103.º da Constituição.

Assim, entendeu que este apenas proibia a retroactividade autêntica, própria ou perfeita de lei, não abrangia as situações em que o facto tributário que a lei nova pretendesse regular não se esgotasse na vigência de lei antiga, antes continuasse a formar se na vigência da lei nova. E o IRS era, precisamente, um imposto assente num facto tributário complexo que só se completaria no último dia do período da tributação.

3. Conclusão semelhante tirou o acórdão do «teste da protecção de confiança», em termos preemptórios.

«No caso em apreço, várias foram as razões que levaram o legislador a proceder a essas alterações já no decurso do ano fiscal.

¹¹ *Diário da República*, 2ª série, de 26 de Novembro de 2010.

«Em primeiro lugar, tendo em conta a conjuntura económico-financeira internacional, incluindo a situação dos mercados internacionais, a avaliação da situação financeira portuguesa por parte das instâncias internacionais, designadamente do FMI e da OCDE, bem como as medidas tomadas em Estados-Membros da União Europeia em idêntica situação, como foram os casos da Grécia e da Espanha, não seria razoável pensar que Portugal ficaria imune a esta tendência.

«Em segundo lugar, não é possível afirmar que esta medida fosse algo com que os contribuintes por ela afectados não pudessem razoável e objectivamente esperar, tendo em conta que um dos modos de fazer face à situação económico-financeira do País e, nomeadamente, ao desequilíbrio orçamental, é pela via do aumento da receita fiscal. Além disso, o anúncio reiterado, no debate político e no espaço público, da necessidade de medidas conjuntas de combate ao défice orçamental e aos custos da dívida pública acumulada apontava no mesmo sentido.

«Em terceiro lugar, deve notar-se que a produção de efeitos das normas em apreço, desde 1 de Janeiro de 2010, não se afigura intolerável nem insuportável para os contribuintes. (...)

«O carácter excessivo ou não do ónus imposto pelo novo escalão tem de ser aferido em função da proporção dos valores aí implicados. Ora, o aumento de 3% que corresponde ao novo escalão poderia ser excessivo em outros patamares de rendimento, mas não o é em valores que excedem os € 150.000,00.

«Por último, refira-se que o grau de tolerância da medida legislativa tomada face ao princípio da confiança é directamente correspondente ao grau de relevância do interesse público constitucionalmente tutelado. Ora, não tem este Tribunal razões que lhe permitam pôr em causa que a prossecução do interesse público, em face da situação económico-financeira do País, exige a adopção de medidas deste tipo.»

4. Vale a pena referir duas das declarações de voto dissidentes.

Na sua declaração, a juíza Maria Lúcia Amaral afirmou que o Acórdão operava «uma cisão lógica e metodológica entre o princípio do nº 3 do artigo 103.º e os princípios do artigo 2.º que a jurisprudência anterior do Tribunal não efectuou, e que nenhuma regra de interpretação constitucional legítima. (...) Sendo o excesso aferido, não em função da escolha «aumento/não aumento das taxas», mas em função da escolha aumento retroactivo/aumento não retroactivo, entendi que ficara por provar que ao legislador ordinário só restava, como único meio possível de consecução dos fins relevantes de interesse público, a via do aumento retroactivo, constitucionalmente censurada.»

Também segundo o juiz João Cura Mariano, com a revisão constitui-

onal de 1997 não se teria visado explicitar uma simples refracção do princípio geral da protecção da confiança dos cidadãos, inerente a toda a actividade do Estado de Direito democrático, mas sim expressar, numa matéria nevrálgica, uma regra absoluta de definição do âmbito de validade temporal das leis criadoras ou agravadoras de impostos, prevenindo, assim, a existência de um perigo abstracto de grave violação daquela confiança.

Não havia, pois, que efectuar, em qualquer caso, um juízo de proporcionalidade relativamente a qualquer medida legislativa com eficácia retroactiva, para verificar se a mesma afectava desrazoavelmente a confiança dos cidadãos, porquanto essa validade temporal já se encontraria absolutamente proibida pela regra inserida no artigo 103.º, n.º 3, da Constituição.

«Ora, face às razões e princípios que cimentam esta regra, não é possível estabelecer qualquer distinção entre a lei que cria um novo imposto e a lei que altera a taxa de um imposto já existente em desfavor do contribuinte. Em ambas as situações se estabelecem consequências danosas para o património deste para actos ocorridos em data anterior à previsão por lei dessas consequências, em manifesto desrespeito pela lealdade que deve, necessariamente, caracterizar as relações entre um Estado de direito democrático e os seus cidadãos.

«Do mesmo modo não se justifica, como faz o presente acórdão, exportar para este domínio a distinção entre retroactividade autêntica e inautêntica, uma vez que o que releva, face aos princípios constitucionais enunciados, não é o momento em que se produzem os efeitos de um imposto, mas sim o momento em que ocorre o acto que determina o pagamento desse imposto. É esse acto que vai dar origem à constituição de uma obrigação tributária, pelo que é nessa altura, em obediência ao princípio da legalidade, na vertente fundamentada pelo princípio da protecção da confiança, que se exige, como medida preventiva, que já se encontre em vigor a lei que prevê a criação ou o agravamento desse imposto, de modo a que o cidadão possa equacionar as consequências fiscais do seu comportamento.

«Tendo-se já iniciado a prática do facto que vai dar origem à obrigação tributária posteriormente agravada por lei nova, as razões que presidiram à consagração da regra de proibição da retroactividade neste domínio estão integralmente presentes, uma vez que também aqui importa prevenir o risco abstracto de que a lei publicada medio temporis provoque agravos financeiros desrazoáveis, pela impossibilidade financeira em que se encontravam os cidadãos afectados, vinculados a tais factos já pendentes, de prevenir e prover quanto às suas consequências tributárias determinadas por lei futura.»

5. Parece-nos algo artificial ou pouco consistente a construção feita pelo acórdão sobre retroactividade autêntica e inautêntica. No IRS há, por

certo, um facto tributário de produção sucessiva, mas esse facto decompõe-se em múltiplos factos que se vão desenvolvendo em diversos momentos e, por isso, a lei nova não deve aplicar-se àqueles que já ocorreram.

O princípio da protecção da confiança não deve servir para enfraquecer a regra do artigo 103.º, n.º 3 da Constituição; pelo contrário, ele reforça o seu alcance e fundamenta-o. Por isso, independentemente de qualquer outra consideração, sempre as expectativas dos contribuintes relativas a factos produzidos até Junho de 2010 mereceriam protecção. E que seria se, na linha do acórdão, a lei tivesse sido publicada em Novembro ou Dezembro?

Também a referência ao interesse público aparece, no acórdão, com certa ressonância política menos adequada. O interesse público pode (ou deve) ser tido, naturalmente, em conta quando se trate de medidas legislativas para o futuro e contra as quais não podem então ser invocadas expectativas ainda não concretizadas dos cidadãos (sobretudo, em tempo de crise económica grave). Já não pode ser invocada para afectar as que eles já tinham antes de a lei ser publicada.

11. EXECUÇÕES FISCAIS. CREDITORES COM GARANTIA REAL. DÉFICE DE PROTECÇÃO

1. Determinado Banco reclamou créditos em execução fiscal com fundamento na titularidade de um crédito com garantia real.

Por ocasião da realização da venda do imóvel sobre que recaía a garantia, a Fazenda Pública não havia notificado o credor reclamante com garantia real para o efeito de, depois de frustrada a venda judicial através de propostas em carta fechada devido à inexistência de propostas, este se pronunciar sobre a modalidade de venda por negociação particular bem como sobre o preço base.

Assim, do despacho do Chefe do Serviço de Finanças que determinou que se procedesse à venda desse imóvel por negociação particular (após a venda do imóvel por propostas em carta fechada não ter sido conseguida, por nenhuma proposta ter sido formulada), apresentou o Banco reclamação, pedindo a anulação do processado, incluindo a venda deste modo efectuada.

Como o Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé julgasse a reclamação improcedente, interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, arguindo a constitucionalidade da norma resultante das disposições conjugadas da alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º e n.º 3 do artigo 252.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário e dos artigos 201.º, 904.º e alínea c), do n.º 1 do artigo 909.º do Código de Processo Civil, quando interpretada «no sentido de dispensar a audição dos credores providos com garan-

tia real nas fases de venda ordenada pelos Serviços de Finanças e, fundamentalmente, quando é ordenada a venda por negociação particular e feita a adjudicação consequente».

Fê-lo com fundamento em violação dos princípios de igualdade (artigo 13.º da Constituição), da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2) e do do acesso à justiça (artigo 20.º, n.º 4), bem como do direito de propriedade privada (artigo 62.º, n.º 1).

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 166/2010, de 28 de Abril¹², concedeu provimento ao recurso.

2. O Tribunal não aceitou alguns dos fundamentos de inconstitucionalidade invocados pelo recorrente.

Assim, quanto ao princípio de igualdade, entendeu, ao invés do que ele sustentava, que a não aplicabilidade do regime do artigo 870.º do Código de Processo Civil ao processo de execução fiscal se explicava pelo interesse público ínsito na cobrança de créditos através do processo de execução fiscal, que recomendava que não se colocasse na disponibilidade das partes, independentemente de qualquer intervenção judicial, a possibilidade de suspensão do processo, tendo como corolário um prejuízo para aqueles interesses.

Quanto ao direito de propriedade, considerou, na senda de outros acórdãos, que não havendo coincidência entre o conceito constitucional de propriedade e o correspondente conceito civilístico, e incluindo-se no âmbito de protecção da norma contida no n.º 1 do artigo 62.º da Constituição situações patrimoniais outras que não apenas as respeitantes à propriedade das coisas e aos direitos reais menores, alguma tutela reservará a garantia constitucional da propriedade aos chamados direitos de crédito.

«O conteúdo concreto que, nos diferentes momentos históricos, adquirem estes direitos é no entanto conformado pela lei ordinária e não pela Constituição. Assim, e como o Tribunal tem esclarecido em jurisprudência também ela constante (...), no âmbito de protecção da norma constitucional relativa à garantia do património privado não se contém o direito de crédito em si mesmo considerado, mas tão somente o direito do credor à satisfação do seu crédito, direito esse que se traduz na possibilidade de exigir, em caso de inadimplência, a realização coactiva do crédito à custa do património do devedor.»

3. Diferentemente, o acórdão acolheu a existência de inconstitucionalidade, por défice de protecção do legislador, e esse é o seu ponto de maior interesse.

¹² *Diário da República*, 2ª série, de 28 de Maio de 2010.

O princípio da proporcionalidade decorrente das exigências do Estado de Direito compreende tanto a proibição de excesso como a proibição da insuficiência de protecção. E sobre este e sobre as circunstâncias apertadas em que o juiz constitucional censurar uma medida legislativa por esta se mostrar, em face de deveres estaduais de protecção ou de prestação de normas, deficitária ou insuficiente, já se tinha pronunciado o Tribunal.

«Basicamente, poderá considerar-se que existe um deficit inconstitucional de protecção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o dever de proteger adoptam medidas insuficientes para garantir a protecção adequada às posições jusfundamentais em causa, sendo que tal sucede sempre que se verificar um duplo teste: (i) sempre que se verificar que a protecção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não é imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado. (...).

«Para que se saiba se a protecção adoptada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa necessário é que se tenha em conta a intensidade do perigo ou do risco de lesão que pode resultar, para as referidas posições, da medida legislativa sob juízo. Por seu turno, para que se saiba se tal risco de lesão é ou não justificado, em ponderação, por motivos constitucionais relevantes, necessário é que se identifiquem os bens jurídicos e interesses contrapostos às referidas posições, e se decida se, na escolha do legislador, foi ou não sobreavaliado o seu peso (...)».

A norma *sub judice*, de dispensa de audição prévia dos credores reclamantes com garantia real não comprometia só por si o direito de satisfação do crédito. Apenas aumentava o risco de insatisfação pelo facto de eles não serem ouvidos tanto para efeitos da escolha da modalidade de venda como para efeitos da determinação do valor base do bem para a venda.

«Simplesmente, não basta a conclusão, segundo a qual se verifica *in casu* um aumento do risco de insatisfação do crédito, para com isso se dar por verificada a inconstitucionalidade, por cumprimento insuficiente ou deficitário dos deveres de prestação normativa que impendem sobre o legislador ordinário nos termos do princípio decorrente do artigo 2.º da CRP. (...)

«Importa, assim, analisar se, e em que medida, é efectivamente necessária para a realização do interesse público de cobrança coerciva de impostos, a dispensa da audição prévia dos credores reclamantes com garantia real.

«Ora, não se vê como é que tal audição possa pôr em causa a realização do interesse público. Mesmo considerando eventuais incidentes de re-

clamação que possam vir a ocorrer ao abrigo do disposto no artigo 276.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário, resulta da circunstância de, nos termos do n.º 1 do artigo 278.º do mesmo Código, o tribunal só conhecer de reclamações após a realização da venda — justamente por, de outro modo, a subida imediata da reclamação poder afectar a desejada celeridade do processo de execução fiscal —, que a dispensa de audiência prévia dos credores reclamantes com garantia real não pode, objectivamente, ser considerada uma medida necessária, de forma tal que a sua ausência comprometa inelutavelmente os fins pertinentes de interesse colectivo.

«Tanto basta para que se conclua que a norma *sub judicio* não assegure uma ponderação razoável entre a posição jusfundamental que deve acautelar e o valor constitucional (de realização do interesse público) que com tal posição conflitua.

«A tudo isto acresce que, para a ponderação a efectuar, não pode deixar de relevar o facto de a audiência prévia dos credores reclamantes com garantia real poder vir a compensar o eventual prejuízo que dela resulte em termos de celeridade processual. Com efeito, uma formação mais informada da decisão administrativa sobre a escolha da modalidade de venda e sobre o valor base do bem para a venda — informação essa resultante da contribuição oferecida, em audiência prévia, pelos credores reclamantes com garantia real — pode redundar num ganho geral do interesse público. Assim, e independentemente da questão da celeridade do processo de execução fiscal, importa assinalar que, em abstracto, longe de existir um conflito entre o interesse público e o interesse dos credores reclamantes, poderá existir uma convergência de interesses consistente em realizar a venda do bem de modo a garantir a satisfação dos seus créditos.»

4. Merecem inteira concordância estas considerações.

12. NOMEAÇÃO E CONTRATO NA FUNÇÃO PÚBLICA. TUTELA DA CONFIANÇA

1. A Lei n.º 12 A/98, de 27 de Fevereiro, distingue na constituição da relação jurídica de emprego público duas modalidades: por nomeação e por contrato.

São nomeados (artigo 10.º) os trabalhadores a quem compete, em função da sua integração nas carreiras adequadas para o efeito, o cumprimento ou a execução de atribuições, competências e actividades relativas a: *a)* missões genéricas e específicas das Forças Armadas em quadros permanentes; *b)* representação externa do Estado; *c)* informações de segurança; *d)* investigação criminal; *e)* segurança pública, quer em meio livre quer em meio institucional; *f)* inspecção.

São contratados (artigo 20.º) os trabalhadores que não devam ser nomeados e cuja relação jurídica de emprego público não deva ser constituída por comissão de serviço. E o contrato reveste as modalidades de contrato por tempo indeterminado e de contrato a termo resolutivo, certo ou incerto (artigo 21.º, n.º 1).

Os actuais trabalhadores nomeados definitivamente que exercem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º mantêm os regimes de cessação da relação jurídica de emprego público e de reorganização de serviços e colocação de pessoal em situação de mobilidade especial próprios da nomeação definitiva e transitam, sem outras formalidades, para a modalidade de contrato por tempo indeterminado (artigo 88.º, n.º 4).

Estas normas foram impugnadas perante o Tribunal Constitucional por um grupo de Deputados à Assembleia da República, ao abrigo do artigo 281.º, n.º 2, alínea f) da Constituição. Mas o Tribunal Constitucional não considerou estas e as demais normas objecto do pedido inconstitucionais, através do acórdão n.º 154/2010, de 20 de Abril¹³.

2. O argumentário dos requerentes da fiscalização de constitucionalidade repousou, no essencial, na afirmação de que o diploma alteraria a configuração do Estado e das suas funções ou tarefas constitucionalmente assinaladas, atingindo uma parte significativa de trabalhadores que exerciam funções públicas, por via da mudança do vínculo e/ou estatuto de que usufruíam presentemente e tinha a legítima expectativa de continuar a usufruir.

O enfraquecimento dos direitos dos trabalhadores, bem como a redução do seu universo decorria da circunstância de o regime de nomeação passar a ter um âmbito de aplicação muito restrito, generalizando-se a figura do contrato de trabalho em funções públicas, o que significaria um novo e substancial passo no sentido de transferir a regulação jurídica da administração pública e dos seus trabalhadores do Direito administrativo para o Direito privado.

A fim de demonstrar a sua afirmação, os requerentes observaram ainda que carreiras importantes para o interesse público e o serviço dos cidadãos — professores de todos os ramos de ensino (incluindo o ensino superior), médicos e outros profissionais do Serviço Nacional de Saúde, funcionários da Justiça e da Administração Fiscal, entre outras — não estavam abrangidas pela norma do artigo 10.º, devendo os seus trabalhadores, nos termos do artigo 20.º do diploma, ser contratados em vez de nomeados.

Nessa reestruturação da Administração Pública estaria implicada uma ideia de Estado subsidiário, em que se privilegiariam as funções de carác-

¹³ *Diário da República*, 2ª série, de 7 de Maio de 2010.

ter repressivo e de conservação da ordem pública, de defesa da legalidade democrática, de soberania nacional e da integridade do território e de garantia da liberdade e segurança das populações — apenas para essas áreas se reservando o vínculo de nomeação — em detrimento de outras áreas não menos essenciais associadas ao Estado Providência ou Estado Social e destinadas a assegurar o bem-estar, criando condições propícias a alcançá-lo nos planos económico, político, social e cultural e garantindo o desenvolvimento pleno dos cidadãos e das suas actividades. Ora, estando as funções do Estado constitucionalmente fixadas, não poderia o legislador delas dispor livremente, privilegiando umas em detrimento de outras.

O regime da função pública — a qual está «exclusivamente ao serviço do interesse público» — não poderia dissociar-se dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores com realce para o direito à segurança no emprego (artigo 53.º), o direito ao trabalho (artigo 58.º) e o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso (artigo 47.º); nem da responsabilização, interligada com a responsabilidade das entidades públicas (artigos 22.º e 271.º).

As soluções consagradas na Lei n.º 12 A/2008, de 27 de Fevereiro, violariam os princípios da segurança jurídica e da confiança ínsitos no artigo 2.º da Constituição; e o novo regime de vinculação e o novo modelo de esvaziamento das funções estaduais afectariam as legítimas e justas expectativas dos trabalhadores da Administração Pública, em especial, as que respeitavam aos trabalhadores vinculados por acto de nomeação, que iriam, muitos deles (uma maioria significativa) ao arrepio da boa fé, perder esse vínculo (e em prejuízo dos cidadãos, pois ficaria afectada a realização da democracia económica, social e cultural e com ofensa ainda do artigo 267.º); tal como violaria os artigos 53.º e 58.º, pois o direito à função pública e o segmento do direito ao lugar eram atingidos com o novo regime de vinculação e a transição para a modalidade de contrato por tempo indeterminado;

3. Bem pelo contrário, para o Tribunal, não poderia dizer-se que a alteração do regime de nomeação (por acto de autoridade unilateral da Administração) para um regime contratual (por conjugação do interesse público servido pela Administração Pública com a autonomia privada do particular) ofendesse, em si mesmo, a ideia de um estatuto específico da função pública.

Nenhuma das regras e princípios que caracterizavam esse estatuto (fossem elas relativas a concurso no acesso e na carreira; direito de reclamação; garantias em processo disciplinar, responsabilidade por acções e omissões ou acumulações e incompatibilidades) estaria posta em causa pela mera alteração da modalidade de vínculo e todas elas eram compatíveis

com um regime jurídico de matriz contratual. O estatuto específico da função pública não era atingido apenas pelo facto de haver formas contratuais de recrutamento de trabalhadores da Administração Pública.

Em segundo lugar, não parecia pertinente, à luz da evolução constitucional portuguesa, a alegação de que o modelo de Estado social que a Constituição consagra exigisse que se mantivesse o regime de nomeação definitiva e excluísse que a Administração Pública se regesse por critérios de contratualidade laboral. A democracia económica, social e cultural não correspondia a um modelo ideológico predefinido de organização e actuação do Estado e da Administração Pública, mas a uma transcendental exigência de juridicidade constitucional, que se compadecia com modelos estruturalmente diversos de organização administrativa pública e com formas heterogéneas de realização do interesse público.

Por outro lado, a função pública não era um estatuto que obrigatoriamente fosse marcado pela homogeneidade. Haveria no interior da Administração Pública diferenciações a fazer e especificidades a ter em conta e haveria diversas modalidades de constituição da relação de emprego público. Existiam, para além dos trabalhadores nomeados a título definitivo e em regime de contrato administrativo de provimento, trabalhadores em regime de «contrato a termo» e em regime de «comissão de serviço». E seria ilegítimo pensar que estes últimos tivessem necessariamente menor empenho na realização do interesse público e dos princípios jurídicos fundamentais do que os funcionários ou agentes com um vínculo menos precário e mais estável. A estabilidade promove o compromisso, mas não seria legítimo presumir que os trabalhadores com contrato por tempo indeterminado viessem a ter menor empenhamento na prossecução do interesse público do que os trabalhadores definitivamente nomeados; e qualquer das modalidades de constituição da relação jurídica do emprego público estava submetida às mesmas garantias de incapacidade.

4. Quanto à segurança do emprego, continuava o acórdão, ela não era um direito absoluto; era, como outros direitos, um direito que admitia limites e restrições à luz de outros direitos e valores constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição).

Era necessário ponderar o objectivo constitucionalmente definidor da Administração Pública, ou seja, o «interesse público», com o dever de boa administração que lhe é inerente. E, deste modo, o regime de vínculos, remunerações e carreiras da Administração Pública poderia restringir a segurança do emprego público.

«Os trabalhadores da Função Pública não beneficiam de um direito à segurança do emprego em medida diferente daquela em que tal direito é reconhecido aos trabalhadores em geral. É certo que a Administração Pú-

blica está, na sua autonomia pública e privada, sujeita a parâmetros de juridicidade que não vinculam, na mesma medida, a generalidade dos cidadãos, na específica margem de liberdade decorrente da sua autonomia privada. Todavia, uma tal diversidade estrutural não constitui obstáculo ou impedimento à adoção de modelos contratuais no âmbito das relações laborais existentes no seio da Administração Pública. As específicas limitações constitucionalmente impostas à autonomia da Administração Pública deverão constituir garantia constitucional suficiente da justa e ponderada realização do interesse público. E a interferência da liberdade de celebração e de estipulação dos particulares, na determinação de tais relações — não colidindo com as exigências nucleares da justiça, da imparcialidade, da igualdade e da proporcionalidade —, só potencia a melhor prossecução do interesse público, ao serviço do qual os trabalhadores da Administração Pública, e a própria Administração Pública, exclusivamente se encontram.

5. Tendo concluído pela admissibilidade constitucional da generalização do contratato na constituição da relação jurídica de emprego público, apreciou depois o Tribunal a questão de saber se seria conforme à Constituição aplicar o novo regime jurídico aos trabalhadores anteriormente nomeados, como, no entender dos requerentes, resultaria da norma constante dos artigos 88.º, n.º 4, e 109.º, n.ºs 1 a 6 da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, o que teria como efeito a modificação da sua situação estatutária na pendência da mesma.

Mas, diversamente do que eles alegavam, o Tribunal notou que não resultava dessas normas que o regime nele instituído fosse aplicável aos trabalhadores que gozavam já de um vínculo de nomeação definitiva, tendo como consequência a perda deste último.

Com efeito, apesar de aí se prever que os actuais trabalhadores nomeados definitivamente que exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º transitavam, sem outras formalidades, para a modalidade de contrato por tempo indeterminado, também aí se fixava um regime específico aplicável a essa categoria que não correspondia materialmente ao regime de vinculação, de carreiras e de remunerações estabelecido no diploma.

Feita essa precisão, não deixou o Tribunal de reconhecer que se introduzia uma alteração na posição jurídica de trabalhadores nomeados definitivamente que exercessem funções em condições diferentes das referidas no artigo 10.º, traduzida na sujeição desses trabalhadores a um regime de mobilidade geral e de maior flexibilidade da relação jurídica de emprego no que respeitava ao tempo, lugar e modo da prestação laboral comparativamente àquele de que gozavam anteriormente. E teve então o Tribunal de averiguar se ela respeitava o princípio da tutela da confiança.

6. Aqui o acórdão arrimou-se na «reflectida jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o tema», de acordo com a qual, para que a confiança seja tutelada é necessário que se reúnam dois pressupostos essenciais:

- «a) a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar;
- «b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição).»

Estes critérios reconduzir-se-iam a quatro diferentes requisitos ou «testes»: 1.º) que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; 2.º) que tais expectativas sejam legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; 3.º) que os privados tenham feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; 4.º) que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que tenha gerado a situação de expectativa.

A confiança não era, por conseguinte, uma confiança qualquer: se ela não reunisse os estes quatro requisitos formulados, a Constituição não lhe atribui protecção. E citando o acórdão n.º 287/90, em princípio, e tendo em conta a autorevisibilidade das leis, «não há (...) um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados».

Considerando o diploma a essa luz, era difícil sustentar que o primeiro requisito se encontrasse cumprido, em termos de se poder afirmar que, *in casu*, o Estado (mormente o legislador) teria encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade.

«A circunstância de, em abstracto, o trabalhador ver o conteúdo da sua posição jurídico-laboral sofrer alterações no decurso da relação jurídica de emprego, só por si, não basta para que se possa considerar sequer existir uma frustração de expectativas. Seria ainda necessário demonstrar que, *em concreto*, a alteração em causa vem afectar expectativas geradas em virtude do regime jurídico-laboral existente no momento da constituição da relação jurídica de emprego.

«Ora, é difícil sustentar que consubstancia uma situação de todo inesperada a alteração na posição jurídica dos trabalhadores, consistente em

sujeitá-los a um regime de mobilidade geral e de maior flexibilidade (em relação ao que lhes era anteriormente aplicável) quanto ao tempo, lugar e modo da prestação laboral. (...)

«Qualquer outro entendimento seria indefensável. A mobilidade dos trabalhadores da Administração Pública é matéria que, pela sua própria natureza, tendo em conta a necessidade de uma eficiente gestão dos recursos humanos, carece de ser testada e revista periodicamente, não sendo razoável, por assim se comprometer de modo excessivo a prossecução do interesse público (artigo 266.º, n.º 1, da Constituição) assim como o modelo de boa administração que lhe é inerente, a cristalização do regime no momento da constituição de cada relação jurídica de emprego público.

«Com efeito, tal cristalização traduzir-se-ia em custos administrativos incomportáveis em matéria de gestão de recursos humanos, pois, na hipótese de sucessão de leis que viessem alterar o regime de mobilidade, poderia gerar-se uma situação em que, no limite, se seria obrigado a aplicar um regime de mobilidade diferente para cada trabalhador, em função do momento da constituição da relação jurídico-laboral.

«Além de incomportável da perspectiva de uma necessária harmonização de regimes de mobilidade — se cada regime aplicável a cada trabalhador contivesse regras diferentes, tal poderia levar à incompatibilidade e, portanto, neutralização de cada regime individualmente considerado e, em agregado, de todo o sistema de mobilidade — tal situação seria dificilmente tolerável face à exigência de existência de regras mínimas de uniformidade de tratamento dos trabalhadores da Administração Pública.»

7. A conclusão do acórdão parecer de aceitar, apesar de expendida em termos demasiado afirmativos. A tutela da confiança dos funcionários e agentes do Estado não implica imodificabilidade do seu estatuto jurídico, embora, naturalmente, haja sempre de assegurar o conteúdo essencial dos seus direitos como trabalhadores numa adequada ponderação de estabilidade e exigência profissional.

O problema deveria, porém, ter sido encarado ainda sob o prisma da igualdade, perguntando — como fizeram os requerentes — porquê só as carreiras previstas no diploma ficaram beneficiando do regime da nomeação e não também outras, não menos importantes para a vida colectiva. O Tribunal não deu relevo a este ponto.

Em contrapartida e sem prejuízo das normas específicas sobre função pública [artigos 15.º, n.ºs 2 e 3, 47.º, n.º 2, 2ª parte, 165.º, n.º 1, alínea t), 269.º, 271.º e 276.º, n.º 6 da Constituição), poderia supor-se que o novo diploma não faz outra coisa senão continuar na senda da equiparação dos funcionários e agentes aos demais trabalhadores (explicitada em 1982 pelo novo teor do artigo 269.º, n.º 1) e, então, inconstitucionais seriam as diferenciações sem fundamento.

13. CONCURSO PARA PROFESSORES CATEDRÁTICOS. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

1. O contencioso relativo a provas e concursos universitários tem vindo a crescer exponencialmente nos últimos anos, em consequência do aumento do número de candidatos, da deficiência de funcionamento das Universidades e de problemas de interpretação da legislação.

Em recurso para o Tribunal Constitucional discutiu se se eram aplicáveis ao recrutamento de professores catedráticos e associados as normas constantes das alíneas *b)* e *c)* do artigo 5.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho. Se o fosse, segundo o recorrente, colidiriam com a autonomia universitária consignada no artigo 76.º da Lei Fundamental.

À previsão constitucional da autonomia universitária subjazaria a especialidade ou especificidade do lugar de professores associados e catedráticos, impondo especiais exigências em termos do seu recrutamento e selecção; e, assim, a avaliação do relatório e do *curriculum* teria de ser global e concreta e realizada ou efectivada através duma avaliação pessoal dos candidatos já que não seria possível submetê-los, na maioria das situações, a uma grelha de classificação prévia e abstracta (sendo, aliás, por isso, que a lei teria previsto uma ordenação por mérito relativo dos candidatos admitidos e não uma classificação final de zero a vinte).

O Tribunal, pelo acórdão n.º 248/2010, de 17 de Junho¹⁴, julgou improcedente o recurso.

2. O acórdão entendeu — e bem — que, muito longe de afectar a liberdade científica e pedagógica, inerente à autonomia, a sujeição dos concursos universitários às normas procedimentais estabelecidas no diploma questionado, representava uma garantia suplementar de autonomia e do princípio geral de igualdade no acesso aos cargos públicos do artigo 47.º, n.º 2 da Constituição.

Estariam por demonstrar as alegadas impossibilidades de aplicação de métodos e critérios objectivos de avaliação e de divulgação atempada dos métodos de selecção a utilizar e do sistema de classificação final.

«A autonomia universitária — a liberdade de cátedra — não é ameaçada pela obrigação legal de definição e divulgação antecipada dos referidos critérios objectivos desde que seja a própria comunidade científica a fazê-lo livremente, sem quaisquer interferências externas. Em salvaguarda da liberdade de cátedra, a Universidade goza de uma margem de livre decisão, dir-se-ia quase total, na escolha dos critérios formais de avaliação

¹⁴ *Diário da República*, 2ª série, de 19 de Julho de 2010.

dos candidatos a que ficará posteriormente vinculado o próprio júri do concurso e que permitirão explicar a decisão final de ordenação dos candidatos.

«A liberdade de cátedra não é incompatível com o procedimento justo de recrutamento de professores catedráticos nos termos definidos pelo tribunal *a quo*, continuando a ser possível recortar um regime específico de recrutamento derivado da autonomia universitária e materialmente distinto daquele que é observado relativamente no recrutamentos dos funcionários públicos em geral, nomeadamente no recrutamento dos funcionários não docentes das universidades.

«Pelo contrário, a divulgação antecipada e a aplicação final de métodos e critérios objectivos de avaliação pela própria Universidade reforçam a sua autonomia normativa, colocam os candidatos em pé de igualdade e asseguram a imparcialidade do júri do concurso em particular, tudo isto contribuindo para a selecção dos melhores candidatos.

14. CRIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. LEIS DE VALOR REFORÇADO. RESPONSABILIDADE POR ACTOS DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

1. O Supremo Tribunal de Justiça manteve a condenação do Estado a pagar ao município de Santo Tirso determinada indemnização pelos prejuízos causados pelo seu desmembramento com a criação do município da Trofa feita pela Lei n.º 83/98, de 14 de Dezembro, sem observância, por alguma das normas deste diploma, da lei quadro de criação de municípios (a Lei n.º 14/85, de 18 de Novembro).

O Ministério Público interpôs recurso (para ele obrigatório, por força do artigo 280.º, n.º 3 da Constituição) para o Tribunal Constitucional, contestando a natureza de lei de valor reforçado da lei reguladora da criação de municípios, por os atributos de «pressuposto normativo necessário» e de «vinculatividade material» relativamente a outras leis que caracterizavam as leis com valor reforçado terem de derivar directamente da Constituição, não bastando que uma lei se autoproclamasse como pressuposto ou parâmetro de validade de outra para que tal supremacia normativa devesse ser reconhecida; e por não poder inferir-se tal valor reforçado de um mero princípio de congruência lógico jurídica, traduzido na conclusão de que as leis concretas ou leis-medida tem de respeitar integralmente a disciplina normativa delineada pelo mesmo legislador parlamentar no exercício da mesma reserva de competência, em precedente «lei-quadro», definidora, em abstracto, da disciplina jurídica, plenamente actuada e concretizada pelo ulterior acto legislativo.

Mas o Tribunal Constitucional não deu provimento ao recurso pelo

acórdão n.º 134/2010, de 14 de Abril¹⁵, no qual confirmou o juízo de ilegalidade sobre as normas impugnadas.

2. O acórdão começou por equacionar a relação entre desaplicação de normas jurídicas e efectivação de responsabilidade civil por actos de função legislativa à luz da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, a qual estatui que a decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional — para os efeitos do apuramento da responsabilidade civil do Estado e das regiões autónomas pelos danos decorrentes do exercício da função político-legislativa —, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso (artigo 15.º, n.º 2).

Assim, «a instauração da acção de indemnização não depende de um prévio juízo de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por parte do Tribunal Constitucional; é o tribunal competente para conhecer da acção que irá verificar a existência do requisito de ilicitude para efeito de considerar ou não procedente a acção. No entanto, o reconhecimento ou não da existência de uma inconstitucionalidade ou ilegalidade, ainda que represente uma apreciação meramente incidental para efeito de se tomar posição quanto ao direito indemnizatório peticionado, é passível de recurso para o Tribunal Constitucional, de acordo com os critérios gerais do artigo 280.º da CRP e do artigo 70.º, n.º 1, da LTC, uma vez que corresponde, para todos os efeitos legais, a uma decisão positiva ou a uma decisão negativa de inconstitucionalidade ou de ilegalidade ou de desconformidade com o direito internacional. (...)

«Interposta a acção de responsabilidade com fundamento em ilícito legislativo sem que tenha ocorrido prévia declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral, a demonstração da ilegalidade da norma produtora de efeitos lesivos é condição necessária da procedência do pedido. Se a ordem jurídica conferir aos interessados acção de indemnização (defesa jurídica secundária por contraposição à defesa jurídica primária que consiste na discussão contenciosa, ainda que a título incidental, da própria validade do acto legislativo) contra lesões provocadas por leis independentemente da prévia declaração de ilegalidade (ou inconstitucionalidade) do acto normativo lesivo, é indispensável que se prove, na acção de condenação, o valor jurídico negativo do acto legislativo gerador do prejuízo decorrente da violação de uma norma dotada de

¹⁵ *Diário da República*, 2ª série, de 8 de Junho de 2010.

valor paramétrico (no nosso sistema jurídico, a Constituição ou uma lei de valor reforçado). (...)

«Há uma substancial identidade problemática e de significado jurídico-político entre a recusa de aplicação de uma norma a título incidental no uso dos poderes de fiscalização judicial difusa e o reconhecimento da sua inconstitucionalidade ou ilegalidade como integrante de um dos elementos da causa de pedir da acção de indemnização. A tarefa cometida ao tribunal da causa é idêntica, exige a realização das mesmas operações e ponderações valorativas acerca do conteúdo, da forma, ou do procedimento adoptados pelo legislador face às vinculações decorrentes da Constituição, quer esse tribunal seja colocado perante uma questão incidental de inconstitucionalidade ou ilegalidade reforçada no âmbito de um qualquer litígio que devesse resolver por aplicação da norma questionada, quer seja chamado a estabelecer a ilicitude como pressuposto da acção de indemnização e, para tanto, a ajuizar da inconstitucionalidade ou ilegalidade integrante da causa de pedir.

«O tribunal extrai do juízo instrumental que faz, através desses mesmos passos de actividade judicante incidente sobre a conformidade de uma dada norma, constante de acto legislativo, com os parâmetros constitucionais ou legais a que devia observância, diferentes consequências decisórias — num caso vai à procura da norma que há-de regular o caso sujeito (artigos 204.º e 282.º, n.º 1, da Constituição); no outro, passa à determinação dos efeitos lesivos e aos termos do seu ressarcimento — mas isso é já actividade que se desenvolve num momento posterior (na lógica do processo decisório) à apreciação da inconstitucionalidade ou ilegalidade a que anteriormente procedeu.

«Todas as razões que, num sistema difuso de controlo da constitucionalidade, justificam a existência de um recurso das decisões dos (demais) tribunais para o Tribunal Constitucional — em certos casos, recurso obrigatório para o Ministério Público — estão presentes perante decisões de contencioso de responsabilidade fundado em ilícito legislativo.

«Proferido um juízo de inconstitucionalidade ou ilegalidade sobre determinada norma, como elemento *sine qua non* do requisito de ilicitude da actuação do legislador geradora de responsabilidade, a não admissibilidade do recurso para o Tribunal Constitucional permitiria que decisões dos demais tribunais fundadas no tipo de ponderações que justificam as competências do Tribunal Constitucional como órgão ao qual a Constituição confere a competência para, em última instância, administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (artigo 221.º da CRP) lhe fossem subtraídas, o que é contrário à teleologia da consagração do Tribunal Constitucional como órgão superior da justiça constitucional, como tribunal especificamente dedicado a ela. Com a consequência de, em matéria tão

delicada e polémica no plano constitucional e jurídico-político como é o da responsabilidade por acto da função legislativa, se agravar o risco de subsistirem decisões desencontradas, por falta de intervenção do órgão jurisdicional a que a Constituição reservou a última palavra em tal domínio.»

4. Estando em causa a contradição com uma lei qualificada na decisão recorrida como lei com valor reforçado, o Tribunal teve de atender a este conceito e, depois, ao problema de saber se a Lei n.º 142/85 entrava nessa categoria. E, para o efeito, apoiou-se largamente no anterior acórdão n.º 374/2004, que havia sistematizado a jurisprudência e a doutrina sobre a matéria.

No tocante em especial à lei de regime de criação dos municípios (e das freguesias), ela subsumir-se-ia na subcategoria das leis de enquadramento. Pois, prevendo a Constituição a existência de uma lei destinada a definir, em abstracto, o regime que outras leis deveriam observar quando, em concreto, procedessem à criação de qualquer autarquia local, não poderia deixar de se reconhecer que ela tinha em vista a existência, neste domínio, de uma lei com valor paramétrico, de uma lei dotada de valor reforçado em relação às leis que concretizassem o exercício dessa competência.

«Pretende-se, com a subordinação da matéria a uma lei de enquadramento, que a vontade política manifestada nas leis de criação, modificação ou extinção concreta não resulte em soluções discrepantes entre si. Efectivamente, a existência de um regime de enquadramento, num domínio onde, com frequência, surgem tensões obnubiladoras de uma perspectiva global ou conflitos precipitantes de decisões políticas condicionadas por conjunturas temporais ou locais desgarradas, introduz no processo decisório de criação de autarquias um resguardo do decisor político contra pretensões casuísticas que afectem a racionalidade e equilíbrio da organização administrativa do território.

Nem à qualificação da Lei n.º 142/85, de 18 de Novembro, como lei reforçada obsta o facto de ela ser anterior à emergência constitucional do conceito. «A força paramétrica das leis que são pressuposto necessário de outras leis ou que por estas devam ser respeitadas depende de aquelas regularem a matéria em razão da qual a Constituição lhes reconhece proeminência funcional. Se elas traduzem o exercício da competência para preencher esse domínio de regulação, passam a ocupar esse domínio do ordenamento e impõem-se ao exercício posterior do poder legislativo, independentemente do momento em que foram emitidas.»

5. A Lei n.º 142/85 teria, pois — prossegue o Tribunal —, uma função disciplinadora do exercício concreto da competência legislativa de cri-

ação de municípios, vinculando o legislador no exercício dessa competência quanto a aspectos como o dos requisitos de que dependia tal criação, do procedimento a seguir na elaboração das leis que a viessem a determinar e dos aspectos essenciais a disciplinar através do diploma legal de criação ou modificação da autarquia.

«Ora, a Lei n.º 83/98, não procedeu às discriminações e à definição dos critérios que haviam de presidir às transferências patrimoniais e de responsabilidades a realizar entre os municípios envolvidos e à repartição entre eles dos direitos e encargos que deveriam corresponder a cada um. Deferiu essa competência para a comissão instaladora prevista no artigo 3.º, que incumbiu de «elaborar um relatório donde constem, tendo em vista o disposto na lei, a discriminação dos bens, universalidades e quaisquer direitos e obrigações do município de Santo Tirso que se transferem para o município da Trofa», em clara desconformidade com o disposto nos artigos 8.º, n.º 1, alíneas e) e f), e 9.º, alínea b), da Lei n.º 142/85, de 18 de Novembro.

«Foi esse evidente desvio da lei instituidora do novo município ao programa da «Lei Quadro» respectiva que o acórdão recorrido qualificou como ilícito legislativo e a que reconheceu nexos causal com o sobredimensionamento dos custos com pessoal no município do origem em que se fundou a condenação do Estado.»

Entretanto, posteriormente à publicação da Lei n.º 83/98, que criou o Município da Trofa, tinha sido publicada a Lei n.º 48/99, de 16 de Junho, sobre o regime de instalação de novos municípios. Lei esta que, segundo o respectivo artigo 20.º produz efeitos a partir de 15 de Setembro de 1998 (apesar de entrar em vigor em 17 de Junho de 1999) e que teria, portanto, efeitos retroactivos. Mas os artigos 11.º e 15.º deste diploma não revogaram as exigências de conteúdo da lei de criação de cada município e, consequentemente, para o Tribunal, não deixara de ocorrer a ilegalidade pressuposta da responsabilidade.

6. A juíza Maria Lúcia Amaral, sem discordar do decidido, emitiu uma declaração de voto em que exprimiu reservas a respeito da equivalência de natureza ou de substância entre a decisão judicial que não aplica norma com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade (ou a decisão judicial que a aplica, não obstante a questão de constitucionalidade ou de legalidade ter sido suscitada durante o processo) e a decisão judicial que condena o Estado ao pagamento de uma indemnização por prejuízos causados por actos legislativos que sejam «ilícitos».

«Sendo, no contencioso de responsabilidade do Estado, a invalidade do acto legislativo pressuposto do dever público de indemnizar, a condenação do Estado (ou a sua absolvição) pressuporá um juízo

prévio que, por «natureza» ou «substância», pertencerá sempre ao núcleo de competências próprias do Tribunal Constitucional. Como decidir sobre a «ilicitude» de uma lei — ou seja, julgar a sua constitucionalidade ou legalidade — é, sempre, administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais, nada legitimaria que este tipo de decisões, quando tomadas em acções de responsabilidade, se furtassem ao controlo do Tribunal ao qual compete especificamente realizar a justiça constitucional. (...)

«O juízo sobre a «ilicitude» de uma lei, feita em acção de responsabilidade do Estado, não poderia ser tido simplesmente como um *continuum* dos recursos para o Tribunal desenhados no n.º 1 do artigo 280.º da CRP. Ele seria outra coisa, dado que se não traduz na composição de um litígio com fundamento em norma de cuja constitucionalidade se duvida.

«Nas situações do artigo 280.º, o tema a decidir não é a censura do poder legislativo. Tal censura aparece incrustada incidentalmente na questão principal, de direito infraconstitucional, que tem que ser decidida. Nas acções de responsabilidade por ilícito legislativo o *thema decidendum* é a censura do legislador. E uma censura ainda mais intensa do que aquela que é feita em sede de controlo puro de constitucionalidade, visto que se não destina apenas a accertare a invalidade de uma escolha do poder legislativo. Partindo dessa invalidade, a acção de responsabilidade (por ilícito legislativo) destina-se a eventualmente repartir os custos da escolha legislativa censurável por toda a comunidade política, de modo a ressarcir o «prejudicado». O tema é, pois, a censura do legislador, e uma censura que, no seu significado constitucional e jurídico-político, ganha contornos de gravidade ou de intensidade que não são compartilhados pelos juízos de inconstitucionalidade de normas, formulados em processos de fiscalização concreta. É por tudo isto que a decisão de inconstitucionalidade que é tomada, pelo tribunal comum, em acção de responsabilidade, não equivale (...) àquela outra que é tomada pelo mesmo tribunal em processo de fiscalização concreta. Não estamos aqui perante coisas idênticas. Estamos perante algo (na acção de responsabilidade) que é um *plus* face ao já existente, e que, em última análise, se traduzirá em um novo modo de acesso directo dos particulares à justiça constitucional.»

7. Como se vê do resumo esboçado, este é um acórdão muito interessante pelos temas que teve de enfrentar — a responsabilidade por actos legislativos, a conexão entre a acção para efectivação de responsabilidade civil do Estado e a decisão de inconstitucionalidade e o papel das leis de valor reforçado — e pela forma como os tratou.

Pela nossa parte¹⁶, pensamos que a acção prevista no artigo 15.º da Lei

¹⁶ Não muito longe de JORGE REIS NOVAIS, em conferência proferida em 2008 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

n.º 67/2007 comporta ou coenvolve uma acção de inconstitucionalidade. Na verdade, enquanto nos demais casos submetidos a tribunal, a suscitação de inconstitucionalidade surge (para além da iniciativa do juiz ou do Ministério Público), na generalidade das situações, por via de excepção do réu contra o autor de acção, aqui essa suscitação surge logo no interior da acção de responsabilidade.

Não deixa de haver algum paralelo com a figura decorrente do artigo 20.º, n.º 5 da Constituição e regulamentada no artigo 109.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, através da qual o cidadão requer ao tribunal a emissão de uma decisão que impunha à Administração uma conduta positiva ou negativa para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade e garantia (ou de um direito de natureza análoga). Sem confundir este instituto com a acção de responsabilidade civil, ambos os institutos têm de comum um impulso processual que, em última análise, se funda na defesa dos princípios e direitos constitucionalmente consagrados.

8. O acórdão trabalhou exclusivamente sobre a Lei n.º 67/2007, sem aludir ao artigo 22.º da Constituição, onde está plasmado o princípio da responsabilidade civil do Estado.

Este princípio é, antes de mais (até pela sua localização) um princípio de garantia dos direitos dos cidadãos. Mas, independentemente da *vexata quaestio* da possibilidade de entidades públicas serem titulares de direitos fundamentais, certo é que ele tem uma amplitude que vai muito para além deles como princípio estruturante do Estado de Direito e que deve ser apercebido ainda no contexto do Direito Internacional e do Direito da União Europeia.

O dever do Estado de indemnizar o município de Santo Tirso ancora se igualmente no artigo 22.º.

15. ILEGALIDADE POR CONTRADIÇÃO COM ESTATUTO REGIONAL

1. O Representante da República para a Região Autónoma da Madeira requereu, ao abrigo do artigo 281.º, n.ºs 1, alínea c), e 2, alínea g), da Constituição, a declaração de ilegalidade, com força obrigatória geral, «das normas contidas nos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, e 5.º do Decreto Legislativo Regional n.º 1/2009/M, de 12 de Janeiro, que “Adapta à administração regional autónoma da Madeira a Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas”», por “desconformidade com o artigo 79.º, n.º 2, do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma da Madeira”».

Pelo acórdão n.º 256/2010, de 23 de Junho¹⁷, o Tribunal Constitucional declarou a ilegalidade das normas do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 do diploma regional questionado, mas não a do artigo 5.º.

2. O interesse deste acórdão consiste em o Tribunal:

- Reiterar que os estatutos político administrativos das regiões autónomas possuem valor reforçado e servem de parâmetro para ajuizar da legalidade de outras normas legislativas;
- Admitir que, no entanto, nem todas as normas estatutárias possuem esse valor reforçado;
- Distinguir entre princípios fundamentais das leis gerais da República e princípios fundamentais do estatuto político administrativo da região autónoma da Madeira.

«O desaparecimento da fórmula “princípios fundamentais das leis gerais da República” não implica, lê-se no texto, a mencionada relativização da norma estatutária. Não há motivos para rejeitar a necessária vinculação do legislador regional aos princípios fundamentais a que se refere o n.º 2 do artigo 79.º do estatuto político administrativo da região autónoma da Madeira, não podendo pretender-se que a competência legislativa regional esteja limitada apenas pelo “dever de observância das opções políticas fundamentais adoptadas pelas leis de bases em matéria de função pública”. Trata-se de uma exigência que está presente desde o texto originário deste Estatuto, justificável quer por a Constituição ter reservado à Assembleia da República as bases do regime da função pública, quer por estar em causa uma matéria — fundamentalmente, a natureza jurídica da relação de emprego na função pública — em que o princípio da unidade do Estado e o princípio da igualdade, a ele subjacente, impõem claramente uma igualdade de tratamento, quer, ainda, por ser a regra que melhor se harmoniza com a garantia de mobilidade consagrada no artigo 80.º do estatuto.»

16. SUBSTITUIÇÃO DE UM JUIZ

Tendo renunciado em 2009 o juiz Mário Torres, a Assembleia da República substituiu-o pela Mestre em Direito Catarina Castro.

Também em 2010 renunciou o juiz Benjamim Rodrigues, mas ainda não foi designado novo juiz para o substituir.

¹⁷ *Diário da República*, 2ª série, de 9 de Setembro de 2010.

