

RPDC N.º 2 (2022)

REVISTA PORTUGUESA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PORTUGUESE REVIEW OF CONSTITUTIONAL LAW



Ficha Técnica

Revista Portuguesa de Direito Constitucional

Diretor: Miguel João Costa

Diretora-Adjunta: Catarina Gouveia Alves

Conselho de Redação: Joana Silva; José Manuel Ribeiro de Almeida; Nuno Lemos Jorge; Rui Tavares Lanceiro; Sergio Maia Tavares Marques

Sede do Editor e da Redação: RPDC – Rua de “O Século”, n.º 111, 1249-117 Lisboa

Proprietário: Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC)

NIPC: 506272982

Sede: AATRIC – Rua de “O Século”, n.º 111, 1249-117 Lisboa

Estatuto editorial: disponível em www.rpdc.pt

Contacto: rpdc.aatric@gmail.com

Periodicidade: anual (com a possibilidade de edição números especiais ou temáticos)

Preço: gratuito

Design gráfico: APS – Consultoria e formação para empresas

Número de Registo ERC: 127656

ISSN: 2795-4471

Índice

Editorial

pp. 5-7

Comunicações do IV Seminário da AATRIC – Jurisprudência Constitucional Recente

Eutanásia: Entre a Proteção da Vida e a Autonomia!

Jorge Pereira da Silva

pp. 11-25

*Suspensão da Prescrição do Procedimento Contra-Ordenacional e COVID-19:
Retrospectiva sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 500/2021*

Nuno Brandão

pp. 27-38

Estudos e Comentários

*Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético: Um Imposto sob Outro
Nome*

José Casalta Nabais & Marta Costa Santos

pp. 41-80

*Notas sobre o Conhecimento do Recurso Previsto na Alínea i) do n.º 1 do Artigo
70.º da LTC Quando Está em Causa a Integração Europeia – em Jeito de
Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020*

Rui Tavares Lanceiro

pp. 81-104

Haverá um Direito dos Trabalhadores a que os Empregadores Sejam Todos Iguais? A Responsabilidade de Sociedades Coligadas por Créditos Laborais no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 272/2021

Rui Pereira Dias

pp. 105-130

Tribunal Constitucional: Guardiã da Constituição ou do Centralismo de Estado? A Tensão entre Soberania e Autonomia no Princípio da Gestão Partilhada do Espaço Marítimo Nacional – Análise ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 484/2022

Paulo Linhares Dias & Bruno Reis

pp. 131-152

As Garantias do Detido na Execução de um Mandado de Detenção Europeu – Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 540/2022

Margarida Santos

pp. 153-168

Editorial

O segundo – seja um passo, um livro, um ponto de vista – pode bem ser o que mais exige. Que o diga o segundo preceito da maioria dos diplomas jurídicos, a que cabe a inglória tarefa de se seguir à lacónica enunciação de um objeto ou à proclamação do princípio mais abstrato. Do segundo, apesar de ser *apenas o segundo*, já algo se espera. Que afirme ou confirme, que avance ou ao menos comece a traçar um caminho inteligível, visto que *é já o segundo*.

Este é o segundo número da Revista Portuguesa de Direito Constitucional, que se apresenta aos seus leitores ciente de ser o segundo mas ainda movido pela alegria e pela prudência que anunciou o primeiro. Na linha dos objetivos traçados, este número já leva à estampa, por assim dizer, as primeiras propostas espontâneas de publicação e os primeiros artigos submetidos a revisão por pares. A Revista começa assim a fazer o seu próprio caminho, mantendo todavia o cuidado com a diversidade de temas, perspetivas e escolas; continuando, bem assim, a dedicar especial atenção à atividade jurisdicional do Tribunal Constitucional português, tanto em sede de fiscalização abstrata como concreta. É com este mesmo propósito que a AATRIC organiza, anualmente, o seu Seminário dedicado à jurisprudência constitucional recente, que a Revista mais uma vez se propôs documentar, publicando as Comunicações orais disponibilizadas pelos oradores.

Neste número, publica-se a reflexão de Jorge Pereira da Silva sobre o delicado tema da morte medicamente assistida e a tensão entre proteção da vida e autonomia individual, que o atravessa desde os seus pressupostos teóricos fundamentais até à sua concreta conformação normativa pelo legislador. Já apreciado pelo Tribunal no Acórdão n.º 123/2021, o tema tem a absoluta atualidade de todos conhecida, dada a recente aprovação de um novo diploma que permite, em certas condições, a morte medicamente assistida.

O maior interesse mantém igualmente os problemas jurídicos relativos às situações de exceção constitucional e administrativa recentemente vividas. Se podemos sem excessivo otimismo dar como superada a situação pandémica, os desafios que ela revelou ainda reclamam observação crítica. Estão, de resto, entre os temas debatidos no processo de revisão constitucional em curso. Neste número, publica-se a análise de Nuno Brandão ao Acórdão n.º 500/2021 e à questão, aí tratada, de saber se é legítima, em face do princípio da legalidade, a aplicação imediata de uma causa de suspensão da prescrição do procedimento contraordenacional aprovada durante o estado de emergência. O problema

estende-se ao domínio penal propriamente dito e inscreve-se na mais ampla discussão – muito relevante e que de resto teve já expressão no n.º 1 desta Revista – sobre os limites dos poderes legislativos do Governo durante o estado de emergência.

A secção de Estudos e Comentários caracteriza-se novamente pela diversidade dos temas abordados, o que se considera imprescindível num projeto editorial dedicado ao direito constitucional.

Esta secção abre com um artigo dedicado a uma das matérias que mais protagonismo tem adquirido na jurisprudência constitucional recente: o direito tributário e, em especial, a disciplina das contribuições financeiras. Para refletir sobre este domínio *em expansão*, José Casalta Nabais e Marta Costa Santos tomam como ponto de partida a Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético, cujo regime jurídico foi pela primeira vez apreciado pelo Tribunal no Acórdão n.º 7/2019 e que, apesar de se anunciar «transitório», foi objeto de sucessivas renovações, sempre suscitando o debate sobre se não se tratará – como propõem os autores – de “um imposto sob outro nome”.

Segue-se um comentário de Rui Tavares Lanceiro ao Acórdão n.º 711/2020, em que, pela primeira vez na sua história, o Tribunal Constitucional submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de reenvio prejudicial, a propósito da conciliação de uma norma do Código do Imposto Sobre Veículos com os artigos 110.º e 191.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Assinalando este marco relevante, o artigo aprofunda o debate sobre a competência atribuída ao Tribunal Constitucional para apreciar normas constantes de atos legislativos com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, quando está em causa o direito da União Europeia.

Rui Pereira Dias analisa o Acórdão n.º 272/2021, relativo à responsabilidade de sociedades coligadas por créditos laborais – mais especificamente à responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura –, que perspetiva a partir da assumidamente “provocatória” – no melhor sentido do termo, acrescentamos – questão de saber se “haverá um direito dos trabalhadores a que os empregadores sejam todos iguais”.

Controversa é também a questão colocada por Paulo Linhares Dias e Bruno Reis, a respeito do Acórdão n.º 484/2022, de saber se, na apreciação ali feita do princípio da gestão partilhada do Espaço Marítimo Nacional

– e do difícil equilíbrio, que ele requer, entre soberania e autonomia –, o Tribunal Constitucional não terá assumido, se não *continuou* a assumir, um papel de “guardião do centralismo do Estado”.

Por último, com toda a relevância que logo lhe advém de versar sobre a primeira decisão de mérito do Tribunal no domínio do Mandado de Detenção Europeu, Margarida Santos analisa o Acórdão n.º 540/2022, onde se apreciou a questão de saber se o consentimento prestado pelo detido em ser entregue ao Estado de emissão exclui qualquer possibilidade de ainda reagir judicialmente contra essa entrega. A questão ganha alcance suplementar tendo como pano de fundo a trajetória que o direito penal europeu, após décadas de pendor securitário, vem mais recentemente descrevendo no sentido da promoção das garantias individuais.

Eis o segundo número da Revista Portuguesa de Direito Constitucional. Sabemos que dele já algo se esperava, pelas palavras de apoio que recebemos, de dentro e de fora do Tribunal Constitucional e da AATRIC. Se não as defraudar, aos Autores, aos Revisores, a todos os elementos do Conselho de Redação e a todos os sócios da AATRIC o devemos. Confiamos que serão cada vez mais os que, com a sua leitura, os seus comentários ou as suas propostas de publicação, contribuirão para desenhar este caminho.

Afinal, o terceiro – parece-nos agora – poderá bem ser o que mais exige.

A Direção da RPDC

**COMUNICAÇÕES
DO IV SEMINÁRIO
DA AATRIC –
JURISPRUDÊNCIA
CONSTITUCIONAL
RECENTE**

Eutanásia: Entre a Proteção da Vida e a Autonomia!

Jorge Pereira da Silva

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa
jsilva@ucp.pt*

I. Um processo legislativo sinuoso

1. Desde sempre que a matéria de eutanásia é objeto de forte controvérsia política e de um intenso debate jurídico.

Não obstante, considerando a transcendente relevância da questão – que nos toca a todos enquanto pessoas e, sobretudo, enquanto seres mortais – seria de esperar dos diferentes atores políticos, por um lado, um interesse genuíno num debate público aberto e, por outro lado, que revelassem algum espírito de compromisso.

Em tempos em que são já evidentes os danos que o radicalismo causa ao sistema democrático, a circunstância de as diferenças de opinião cruzarem as linhas partidárias (e de muitos protagonistas confessarem as suas dúvidas sobre o assunto) poderia gerar a oportunidade de um processo legislativo diferente, mais participado, mais dialogado e, quem sabe, mais consensual. No fundo, um processo legislativo em que o mais importante não fosse ganhar na contagem dos votos no Parlamento e no Tribunal Constitucional, mas contribuir para o desenho de uma lei que pudesse ter o máximo de aceitação social – não uma lei que consumasse a vitória de uns e a derrota de outros.

2. O primeiro sinal de que o caminho não seria o do diálogo construtivo surgiu logo quando a Assembleia da República rejeitou uma iniciativa popular de referendo, com base em dois argumentos vazios.

Com efeito, o primeiro dos argumentos invocados contra a realização de um referendo sobre a questão da eutanásia é o de que Portugal é uma democracia representativa e não uma democracia direta.

A verdade, porém, é que a Constituição não qualifica a nossa democracia como “representativa”, mas sim como “participativa”. O que faz, justamente, com o objetivo de sublinhar que considera a representação política, nos moldes

tradicionais herdados do liberalismo, insuficiente. Não basta os cidadãos votarem de quatro em quatro anos e, entre eleições, assistirem passivamente às decisões que os governantes tomam em seu nome. É necessário que os cidadãos participem mais ativamente nas decisões políticas fundamentais, por iniciativa dos governantes e por sua própria iniciativa.

Daí que, após amplo debate, na revisão de 1989 se tenha introduzido na Constituição o instituto do referendo. Daí também que na revisão constitucional de 1997, largamente dedicada ao reforço dos direitos políticos, se tenha previsto a iniciativa legislativa popular e a iniciativa popular de referendo. Daí ainda a valorização constitucional e legal do direito de petição e do direito de ação popular, bem como do direito dos cidadãos a participarem nas decisões que lhes dizem respeito e, em geral, em inúmeros processos de consulta pública.

Ser contra a realização de um referendo – numa questão política muito controversa e de “relevante interesse nacional” – significa um retrocesso no caminho que a Constituição qualifica de “aprofundamento da democracia”. Parece, aliás, pouco avisado, considerando que um dos problemas da democracia portuguesa é o afastamento entre governados e governantes, o desinteresse crescente dos cidadãos pela política. Num quadro de crise da representação político-partidária, seria importante não prescindir do mais importante instrumento de democracia direta que a Constituição consagra.

O segundo argumento mais invocado – tanto à esquerda como à direita – contra a realização do referendo sobre a eutanásia foi o de que os direitos fundamentais não se referendam.

Ora, por um lado, é evidente a petição de princípio que consiste em assumir que já existe um direito antes mesmo de se tomar a decisão, em referendo ou por outra via, se esse direito deve ser consagrado legalmente – seja ele o direito a morrer com dignidade, o direito a decidir sobre a própria morte ou o direito ao suicídio. Por outro lado, a tese em causa está em ostensiva contradição com o facto de em Portugal já se terem efetuado, em 1998 e 2007, dois referendos sobre a interrupção voluntária da gravidez, que é igualmente uma questão fraturante sobre o valor da vida e dos seus limites.

De resto, o legislador de revisão constitucional, quando em 1989 consagrou o instituto do referendo, teve o cuidado de excluir do seu âmbito um conjunto de matérias, com receio do seu desvirtuamento populista, como por exemplo as matérias tributárias ou relativas ao estatuto dos titulares de cargos políticos. Mas deixou claramente dentro do âmbito do referendo

todas as matérias respeitantes a “direitos, liberdades e garantias”. Não, naturalmente, para se referendar o direito à vida, como princípio consagrado no artigo 24º, mas apenas algumas das suas declinações específicas, situadas nas franjas do âmbito constitucional de proteção da vida humana.

A não convocação do referendo – ainda para mais na sequência de uma iniciativa popular – foi claramente uma oportunidade perdida. O chumbo da iniciativa não apenas faz temer pelo destino deste instituto como priva a futura lei da eutanásia de uma legitimidade democrática reforçada, que seria importante para garantir a sua estabilidade.

3. Sem referendo, a lei viria a ser aprovada na Assembleia da República a 29 de janeiro de 2021, em pleno estado de emergência, num dos piores dias da pandemia, com 13.200 infetados e 279 mortos.

A Constituição proíbe que determinadas decisões especialmente importantes sejam tomadas em estado de emergência, como a dissolução da Assembleia da República ou a prática de atos de revisão constitucional. É certo que nada impede, formalmente, que nesse contexto excecional sejam aprovadas lei particularmente sensíveis do prisma político e constitucional, mas talvez o mesmo princípio recomendasse alguma prudência. A verdade é que, com o País em sobressalto, o Serviço Nacional de Saúde em situação de rotura, quando médicos e profissionais de saúde lutavam para salvar a vida de largos milhares de doentes internados, os deputados não viram nisso razão suficiente para adiar a aprovação da lei da morte medicamente assistida.

Assim como haviam rejeitado o referendo, com a aprovação do Decreto n.º 109/XIV, os deputados rejeitaram também a atenção dos cidadãos relativamente aos debates parlamentares, às posições assumidas pelos partidos políticos e aos argumentos esgrimidos por uns e outros. O processo legislativo já se tinha arrastado e era preciso aproveitar a maioria que, entretanto, se tinha formado para a aprovação do diploma.

4. Seja como for, recebido o diploma para promulgação pelo Presidente da República, este haveria de dar-lhe o destino inevitável: o Tribunal Constitucional, para fiscalização preventiva.

Contudo, o pedido de fiscalização formulado pelo Presidente – além de ter tido a pretensão de afastar o Tribunal da análise do problema da constitucionalidade da eutanásia *qua tale* – questionou apenas a utilização de conceitos indeterminados numa lei que, pela sua natureza penal e por

incidir sobre os limites do direito à vida, deveria ser o mais densa e precisa possível. O requerimento ficou a meio caminho, deixando deliberadamente de fora do pedido várias questões essenciais.

A primeira foi a de saber em nome de que outro direito fundamental se admite a limitação do direito à vida. Limitação essa que não se traduz apenas na retirada da incriminação penal, mas também no empenhamento do Estado – e em especial do Serviço Nacional de Saúde – no encurtamento ativo da vida de um número significativo de doentes que estão ao seu cuidado. Não basta afirmar que esse direito é a autonomia individual, a liberdade de cada um – como soberano artífice de si próprio (G.P. Mirandola) – para decidir sobre o seu destino, tanto nos momentos bons como nos maus. Assim formulado, este argumento da liberdade prova demais e, por isso, nada prova em definitivo. No limite, aliás, ele conduziria à inconstitucionalidade dos próprios conceitos que a lei utiliza como pressupostos da eutanásia não punível. E não por serem indeterminados, mas precisamente por comprimirem essa mesma liberdade absoluta de cada um sobre si mesmo.

A segunda questão excluída do requerimento do Presidente foi a da (in)existência de uma alternativa efetiva à decisão de eutanásia. Na verdade, a autonomia individual só poderá ser convocada para comprimir o direito à vida se existirem condições para o seu exercício efetivo, com a formação pelo doente de uma vontade livre e esclarecida (tanto quanto as circunstâncias o permitam). Sem uma alternativa real à eutanásia – que só pode estar no acesso universal a cuidados paliativos – não há liberdade possível. Se nos dois pratos da balança estiverem a eutanásia, por um lado, e uma morte lenta e agónica, por outro, não há verdadeira escolha. É certo que o legislador decretou que “ao doente é sempre garantido, querendo, o acesso a cuidados paliativos”, mas é sabido que o nível de execução prática da Lei de Bases dos Cuidados Paliativos (Lei n.º 52/2012, de 5 de setembro), não se resolve nem por decreto nem de um dia para o outro.

Em terceiro e último lugar, o Presidente não viu razão para questionar o facto de a lei reguladora do procedimento de antecipação da morte revelar um enviesamento dificilmente compaginável com o dever do Estado de dar prioridade à vida em situações dilemáticas. Como grande número de médicos e enfermeiros invocarão objeção de consciência – motivo pelo qual não poderão intervir no procedimento, nem integrar a pequena comissão de cinco personalidades encarregada de analisar *a priori* e *a posteriori* os casos de eutanásia –, as decisões mais difíceis ficarão nas mãos de um número restrito de profissionais de saúde, com a mesma mundividência e sem contraditório.

5. Proferido o Acórdão n.º 123/2021, publicado em abril, a lei regressou ao Parlamento para reapreciação.

Ao contrário daquilo que seria de esperar, porém, o novo decreto que veio a ser aprovado – o Decreto n.º 199/XIV – não se limitaria a corrigir os problemas identificados pelo Tribunal Constitucional. Dos três conceitos indeterminados utilizados no artigo 2.º do anterior Decreto n.º 109/XIV com a função de delimitar o campo da eutanásia não punível – “situação de sofrimento intolerável”, “lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico” e “doença incurável e fatal” –, o Tribunal Constitucional pronunciou-se apenas pela inconstitucionalidade do segundo. Normal seria, portanto, que o legislador parlamentar se limitasse a melhorar a determinabilidade desse conceito, explicitando qual o seu entendimento sobre o que deve entender-se por “lesão definitiva de gravidade extrema”.

Em vez disso, porém, a Assembleia da República decidiu também reconfigurar os outros dois conceitos, com vista a maximizar o espectro de casos candidatos a uma morte medicamente assistida não punível, dentro do quadro de oportunidades resultante dos sentidos de voto e das declarações de voto dos diferentes juízes. Assim, o “sofrimento intolerável” passou a ser o sofrimento “considerado intolerável pela própria pessoa” – afastando, aparentemente, a possibilidade de qualquer métrica científica ou avaliação objetiva. Por sua vez, o conceito de “doença incurável e fatal” parece ter sido parcialmente substituído (na alínea *d*) do novo artigo 2.º) pelo conceito de “doença grave ou incurável”. Mas, inexplicavelmente, no preceito central do diploma, que avançou para o artigo 3.º, manteve-se a formulação antiga no n.º 1 e utilizou-se a nova formulação no n.º 3 do mesmo preceito. Ora, “grave” não é seguramente a mesma coisa que “fatal”, assim como não é indiferente saber se entre os dois termos qualificativos da doença está um “e” ou antes um “ou”!

Esta reconfiguração manifestamente descuidada da lei, aprovada já depois de anunciada a dissolução da Assembleia da República e fixada a data das novas eleições, não deixou ao Presidente da República outra alternativa senão recorrer ao veto político. Uma segunda fiscalização preventiva seria uma perda de tempo, uma vez que com os 25 dias para o Tribunal Constitucional decidir, seria impossível o Parlamento voltar a pronunciar-se sobre a lei antes das eleições. Tanta pressa e, afinal, a legislatura terminou e a lei da eutanásia não foi aprovada.

II. O dever de proteção como figura central do acórdão

1. O Acórdão n.º 123/2021 parece ter elegido o dever de proteção da vida como a figura central da decisão. Assim, no seu ponto 30, afirma-se que o direito à vida, consagrado no artigo 24.º, implica “o reconhecimento de um exigente dever para o Estado, e em particular para o legislador, de proteger e promover a vida humana”.

A própria Convenção Europeia dos Direitos Humanos – sublinha-se também – impõe às autoridades “o dever de protegerem as pessoas vulneráveis, defendendo-as dos seus comportamentos que ameacem a sua própria vida”. Aliás, a Convenção “impõe ao Estado não apenas que se abstenha de causar a morte intencionalmente (obrigações negativas), mas também que tome as medidas necessárias à proteção da vida das pessoas sob sua jurisdição (obrigações positivas)”.

O aresto prossegue ainda salientando que “o dever de proteção da vida impõe atuações não predeterminadas, mas com um sentido ou a finalidade de salvaguardar o bem vida”, competindo ao legislador “conceber modelos de proteção e de os estabelecer normativamente, gozando para o efeito de liberdade de conformação”. É esta liberdade que determina que as possibilidades de “controlo de eventuais défices de proteção” sejam algo limitadas.

2. Não obstante, importa reconhecer que a morte medicamente assistida não é um caso típico de deveres estaduais de proteção, semelhante àqueles que nasceram na jurisprudência alemã e portuguesa, a respeito da interrupção voluntária da gravidez, mas que depois se alargaram a outras situações em que determinados bens jusfundamentais carecem de salvaguarda em face de perigos ou ameaças causadas por outros sujeitos privados.

Por outras palavras, o problema constitucional da morte medicamente assistida não se enquadra bem na estrutura triangular das relações jurídicas de proteção. Relações em que o Estado é chamado a intervir, restringindo de um lado os direitos de uns sujeitos privados para proteger, do outro lado, os bens jurídicos fundamentais de outros sujeitos privados. Relações em que há um agressor, potencial ou efetivo, dos direitos de outrem, de um lesado, também ele potencial ou efetivo – e em que, por isso, o Estado tem a responsabilidade de salvaguardar a parte mais vulnerável.

Com efeito, nos casos de eutanásia em sentido estrito (em que um terceiro causa a morte a pedido da vítima) e ainda mais nos casos de suicídio medicamente assistido (ato suicida executado com o apoio de um terceiro),

o agressor e o lesado são uma e a mesma pessoa: o doente em sofrimento intolerável. Ainda que o médico assistente esteja presente em ambos os casos – participando mais ou menos ativamente no processo –, não se pode descrevê-lo cabalmente como um agressor da vida do seu doente, contra quem o titular do direito tenha de ser defendido ou protegido. Ainda que a lei penal possa considerar por ora a sua conduta como ilícita, do que se trata nos debates sobre a eutanásia em sentido amplo não é de como defender os doentes terminais contra os médicos. De resto, os médicos não são titulares, neste contexto, de qualquer direito que se confronte ou que tenha de se harmonizar com o direito à vida dos doentes terminais.

O caso é, portanto, bastante diferente da interrupção voluntária da gravidez, em que o feto não manifestou vontade alguma quanto à subsistência da sua vida e carece de proteção relativamente a uma decisão da gestante (e de quem possa fazer uma intervenção abortiva a seu pedido). Seguramente, a situação é muito diversa daquelas em que se confrontam trabalhadores e empregadores, consumidores e produtores de bens e serviços, cidadãos em geral e empresas privadas poluentes, titulares de dados pessoais e responsáveis pelo seu tratamento, ou os utilizadores das redes sociais com as respetivas plataformas digitais.

3. Do ponto de vista constitucional, a questão é sobretudo a de saber se as pessoas podem ser defendidas contra si próprias – ou se, ao invés, podem dispor sem especiais limites dos seus direitos fundamentais, incluindo o direito à vida.

Ainda que a resposta a esta interrogação não seja pacífica, existe algum consenso em torno da ideia de que as pessoas capazes de formar a sua vontade em termos livres e esclarecidos – e de se determinarem em conformidade com essa vontade – não podem por regra ser protegidas pelo Estado contra si mesmas. Se as condutas de auto-colocação em perigo ou mesmo de auto-lesão não implicarem também risco para os direitos de terceiros ou para o interesse público, estão normalmente protegidas por um princípio geral de disponibilidade dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não são direitos bumerangue, nem deve admitir-se que possam revoltar-se contra os seus próprios titulares.

A ideia de indisponibilidade ou de irrenunciabilidade que muitas vezes se associa aos direitos fundamentais decorre da circunstância de, historicamente, estes terem sido consagrados como direitos contra o Estado. Ou seja, esferas de autonomia em face do poder do Estado e prerrogativas

de defesa dos cidadãos contra o Estado. E, nesta perspetiva vertical, o Estado não deve promover nem beneficiar de condutas dos sujeitos privados em que estes abdicam de exercer ou renunciaram, unilateral ou contratualmente, aos seus direitos fundamentais. A questão, porém, coloca-se de forma completamente diferente quando as condutas em causa são adotadas – de forma livre e esclarecida – nas relações entre particulares (relações intersubjetivas privadas) ou são puramente autorreferentes (relações do titular do direito consigo mesmo).

4. Com esta prevenção de que os deveres estaduais de proteção aqui se cruzam com o princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais – do qual decorrem limites muito claros à proteção das pessoas contra si próprias –, importa sublinhar o seguinte:

- a) Ainda que os deveres de proteção estaduais impendam sobre todos os órgãos do Estado, independentemente da função que desempenham, em matéria de eutanásia é antes de mais ao legislador que compete definir um modelo de proteção eficaz da vida, a respetiva intensidade e os instrumentos que podem ser utilizados para o efeito;
- b) Para a salvaguarda da vida humana, o legislador pode e deve combinar instrumentos de proteção (mais agressivos) de natureza penal e instrumentos (mais suaves) de natureza procedimental – pelo que o dever de proteção se traduz também num dever de organização e procedimento;
- c) Os deveres de proteção assistem normalmente direitos negativos, ou direitos na sua dimensão negativa, suscetíveis de produzir efeitos nas relações horizontais, mas podem também estar associados a deveres de concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, como as que consagram a generalidade dos direitos sociais e, em particular, o direito à saúde.

Por conseguinte, o que o legislador procura fazer quando regula a eutanásia é reduzir o âmbito da proteção penal da vida e compensar essa redução com um procedimento administrativo garantístico, destinado a permitir aos médicos e a quem tem a obrigação de tomar decisões neste domínio alcançar a certeza de que o doente em sofrimento profundo conseguiu, ainda assim, formar a sua vontade de forma livre e consciente. Nesta perspetiva, a regulação da eutanásia é estruturalmente semelhante à efetuada a respeito da interrupção voluntária da gravidez: recuo da proteção

penal para as situações mais graves e criação de um mecanismo de tutela procedimental destinado a proteger a vida nas demais situações, objeto de uma decisão política descriminalizadora.

Além do procedimento, há também na regulação da eutanásia uma dimensão de organização, uma vez que – à semelhança do que ocorre no aborto – é necessário criar no Serviço Nacional de Saúde uma nova valência, uma vez que as condutas em causa só deixam de ser qualificadas como ilícitos criminais quando praticadas dentro de um enquadramento institucional específico. Fora desse quadro institucional e desse procedimento garantístico, a incriminação permanece.

5. Por sua vez, a determinação da intensidade da proteção devida ao bem jurídico fundamental em apreço obedece a uma fórmula que, resumidamente, se poderia designar “quanto mais... mais...”. A saber:

- a) Quanto mais elevada a posição de um bem jurídico na ordem de valores constitucional – ainda que essa ordem seja necessariamente aberta e flexível –, mais intenso deve ser o nível de proteção e mais se justifica o recurso a instrumentos de tutela robustos;
- b) Quanto mais forte ou mais elevado é o risco de uma lesão significativa do bem jusfundamental em questão, mais intensa e mais completa deve ser a proteção garantida a esse mesmo bem;
- c) Quanto mais frágil é ou está o titular do direito ameaçado, mais intensa deve ser a proteção proporcionada pelo legislador e mais cuidada deve ser a seleção dos instrumentos de tutela a mobilizar;
- d) Quando maior é a irreversibilidade das lesões do bem jusfundamental carecido de proteção, maior deve ser o investimento em mecanismos de tutela preventiva desse mesmo bem.

Em contrapartida:

- e) Quando maior for a capacidade de autoproteção do titular do direito sob ameaça ou a reversibilidade das lesões efetivas do bem fundamental em jogo, menos se justifica vincular o legislador a deveres de proteção muito intensos;
- f) Quanto mais fortes forem os sinais jusfundamentais de sinal contrário – e, em particular, os direitos afetados pelas próprias medidas de proteção – menos intenso (ou mais balanceado) deve ser o modelo de tutela adotado pelo legislador.

Assim, no caso da eutanásia, é evidente que pelo menos os fatores referidos nas alíneas *a)*, *c)*, *d)* e *e)* convergem na exigência de um nível elevado de proteção. Não há grandes dúvidas de que a vida ocupa a posição mais elevada da ordem de valores constitucional, que um doente em sofrimento intolerável se encontra numa situação de grande vulnerabilidade – quando não praticamente impossibilitado de se defender – e que a perda da vida é uma lesão absolutamente irreversível.

Também aqui se regista uma grande proximidade com a questão da interrupção voluntária da gravidez, que praticamente fez nascer a figura dos deveres de proteção. Em ambos os casos é da proteção de uma vida especialmente frágil que se trata, em face de uma lesão por definição irreversível. A grande diferença está na circunstância de, no aborto, a vida e o livre desenvolvimento da personalidade pertencerem a entes diversos – o feto e a gestante – e de, na eutanásia, a vida e a autonomia pessoal pertencerem à mesma pessoa – o doente em sofrimento profundo.

6. De um modo geral, os deveres de proteção são relativamente neutros quanto aos instrumentos normativos de cumprimento por parte do legislador.

Assim, é comum o legislador editar, com fins de proteção, diferentes categorias de normas:

- a) sancionatórias, a começar pelas incriminatórias;
- b) de organização, procedimento e processo;
- c) de informação;
- d) de segurança;
- e) e de correção de posições desigualitárias (v.g., ónus da prova, presunções, regras especiais de responsabilidade).

O legislador democrático guarda, por isso, uma significativa liberdade de conformação quanto à escolha dos meios que considera mais adequados para alcançar os objetivos de proteção que se propõe. A salvaguarda efetiva da vida implica, por regra, a mobilização do Direito Penal. Mas, mesmo em relação à vida de pessoas particularmente frágeis ou indefesas, essa proteção não tem de ser feita sempre e necessariamente com recurso a normas penais incriminadoras. Não podemos é cair no polo diametralmente oposto, segundo o qual da Constituição nunca resultaria nenhuma imposição de criminalização. O mais comum é, em todo o caso, que o legislador recorra a estratégias complexas de proteção, combinando diferentes tipos de normas,

umas com uma função mais preventiva e outras com uma função mais sancionatória ou ressarcitória.

7. Importante é que, no conjunto das soluções adotadas, o legislador não incorra num défice de proteção. Numa leitura integrada do artigo 18.º da Constituição, em que as restrições se justificam para proteger outros direitos (ou interesses) constitucionais, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em duas vertentes: a proibição do excesso e a proibição de défice (de defeito ou de proteção insuficiente).

O legislador navega num corredor de liberdade conformativa, que está balizado acima pela proibição do excesso – na medida em que restringe direitos – e pela proibição de défice – na medida em que tem um dever de proteção de outros direitos para cumprir. A dificuldade da tarefa legislativa está, portanto, nesse equilíbrio instável, em que é necessário proteger de forma suficiente certos bens jusfundamentais em risco de lesão, sem contudo ir longe de mais na compressão de outros.

A esta luz, o problema da denominada legalização da eutanásia não é tanto saber se a inviolabilidade da vida, a que se refere a letra do artigo 24.º, resolve em bloco a questão constitucional. Esta questão é pertinente e o Tribunal Constitucional não podia ser afastado dela – como, aparentemente, pretendeu fazer o requerimento de fiscalização preventiva. Mas a questão central é a de saber se o procedimento administrativo concretamente estabelecido pela lei está bem desenhado e se protege suficientemente a vida, quando esta se confronta com a autonomia ou a autodeterminação pessoal dos doentes em sofrimento intenso. Por outras palavras, o ponto é garantir que os pressupostos de abertura do procedimento e os seus diferentes passos constituem – com um nível razoável de certeza e segurança jurídicas – uma medida justa de salvaguarda da vida humana, em face de solicitações formuladas por pessoas numa situação de profunda vulnerabilidade.

III. O equilíbrio da posição maioritária no Acórdão n.º 123/2021

1. A esta luz, a posição que fez vencimento no Acórdão n.º 123/2021 – concorde-se ou não com ela na sua totalidade – é claramente uma decisão equilibrada.

Essencialmente por quatro motivos:

- a) não considerou a figura da eutanásia inconstitucional por violação da garantia da inviolabilidade da vida, tal como consagrada no n.º 1 do artigo 24.º;

- b) aceitou o conceito de sofrimento intolerável – embora com algumas dúvidas quanto à sua mensurabilidade – como pressuposto base da eutanásia não punível;
- c) considerou que o conceito de doença incurável e fatal, apesar de indeterminável, era passível de ser determinado;
- d) permitiu que a eutanásia fosse algo mais do que a antecipação de uma morte iminente ou a acontecer a muito breve trecho, uma vez que a lesão definitiva de gravidade extrema não tem de ser *fatal*, nem sequer a doença fatal tem de se encontrar em fase verdadeiramente *terminal*.

2. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional exigiu um razoável nível de determinabilidade dos conceitos cujo preenchimento é necessário para obter uma decisão de morte medicamente assistida, assim como objetividade (e controlabilidade) da avaliação do sofrimento intolerável.

A decisão do Tribunal não é, assim, uma decisão fechada, nem insuficientemente consideradora da autonomia ou autodeterminação individual. Como se sublinha a dado momento na fundamentação, para o Tribunal, ir mais longe seria incorrer no risco de relativização da vida humana, lançando sobre as pessoas em fim de vida um “ônus subliminar de justificar a própria existência”.

O que o Tribunal rejeita é que a autonomia e a autodeterminação pessoal possam ser promovidas através da indeterminação dos conceitos que constituem os pressupostos de uma decisão favorável do procedimento de eutanásia. Havendo envolvimento de terceiros e a convocação do Estado para a organização de um sistema público de antecipação da morte, no quadro do Serviço Nacional de Saúde, a vida e o livre desenvolvimento da personalidade não podem ser colocados no mesmo plano, nem, menos ainda, se pode deixar a porta aberta a uma sistemática prevalência desta liberdade sobre um direito que constitui o *prius* fundante de todo o catálogo de direitos fundamentais.

A autonomia e a autodeterminação individuais, mesmo na sua relação com a vida humana, merecem certamente ampla tutela jurídica, sobretudo quando a vida já não reveste especial valor para o próprio. Mas não só a vida não pode nunca deixar de ter valor para a sociedade, como os poderes públicos têm a obrigação estrita de verificar se a vontade expressa pelas pessoas no ocaso da sua existência corresponde a uma vontade genuína, formada autónoma e conscientemente. Em particular, e em termos muito práticos, o legislador tem o dever de desenhar um procedimento decisório que evite o drama das rampas deslizantes, o alargamento desmesurado da

morte medicamente assistida e, conseqüentemente, a banalização da vida humana.

Num domínio em que a terminologia não é de todo irrelevante, a diferença entre um *sistema de morte medicamente assistida* e um *sistema de morte a pedido* passa justamente pela circunstância de, no primeiro caso, o direito a uma morte autodeterminada resultar de um processo de diálogo entre o doente e o seu médico e de, no segundo caso, o médico ser um simples figurante ou um mero executor de uma vontade autossuficiente.

3. Por outro lado, a autonomia e a autodeterminação pessoais devem ser valorizadas – embora o Tribunal não o afirme neste ponto – pela abertura de alternativas reais à morte medicamente assistida, nos momentos mais dilemáticos do fim da vida.

O Conselho de Ética para as Ciências da Vida, num dos seus pareceres sobre esta matéria, afirmou que “não é eticamente aceitável legislar sobre procedimentos (de eutanásia) sem assegurar, ao mesmo tempo, uma oferta de cuidados organizados em fim de vida aos quais todos os cidadãos possam recorrer se assim o desejarem”.

Um Estado de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, que declara a vida humana como um direito inviolável, não pode colocar os seus cidadãos em fim de vida perante a alternativa de continuar a viver num sofrimento agonizante ou recorrer à eutanásia. Tem a obrigação de garantir aos seus cidadãos acesso universal aos cuidados de saúde, incluindo cuidados paliativos. Só há verdadeira autodeterminação se o doente tiver, antes de mais, a possibilidade efetiva de escolher continuar a viver os seus últimos dias com dignidade. Pelo que o Estado tem a obrigação de lhe oferecer uma alternativa eticamente válida à eutanásia.

Ciente disso, o legislador afirmou, laconicamente, que “ao doente é sempre garantido, querendo, o acesso a cuidados paliativos”. Mas a questão não foi colocada nestes termos pelo requerimento de fiscalização preventiva e, mesmo que tivesse sido, o Tribunal teria sempre muita dificuldade em pronunciar-se sobre ela, uma vez que – considerando também a vigência da Lei de Bases dos Cuidados Paliativos –, o problema é claramente mais de natureza empírica do que de índole normativa.

4. Esta decisão do Tribunal Constitucional constitui uma decisão apelativa.

Com efeito, em vários momentos da fundamentação, o Tribunal desafia o legislador a inspirar-se em normas legais nacionais e estrangeiras quando

for chegado o momento de corrigir as soluções que adotou, em particular para densificar o conceito de doença definitiva de gravidade extrema. É assim que são convocadas:

- a) leis estrangeiras, de alguns países próximos;
- b) legislação nacional, como a já referida Lei de Bases dos Cuidados Paliativos;
- c) alguns projetos legislativos apresentados entre nós;
- d) e, por último, o artigo 144.º do Código Penal, que tipifica o crime de ofensa à integridade física grave.

Esta atitude cooperante do Tribunal relativamente ao legislador ordinário torna ainda mais chocante a reformulação do diploma que a Assembleia da República viria a aprovar com o Decreto n.º 199/XIV. Na verdade, apesar de ter seguido algumas das orientações do Tribunal, sobretudo no aproveitamento das lições de outros regimes nacionais da eutanásia, o Parlamento criou um conjunto de parâmetros novos para a morte medicamente assistida. A manter-se num próximo projeto legislativo a reconfiguração dos conceitos de “sofrimento intolerável” e de “doença incurável e fatal” – em parte transmutado em “doença grave ou incurável” –, será inevitável uma nova fiscalização preventiva.

Muito em especial, não parece aceitável que o conceito de sofrimento – não obstante o cruzamento (redundante) deste com os conceitos de doença grave ou incurável e de lesão de gravidade extrema, na alínea *f*) do novo artigo 2º – seja, em última análise, aquele que é “considerado intolerável pela própria pessoa”, sem possibilidade de avaliação externa objetiva e de qualquer processo de diálogo com os médicos assistentes. Se há ponto em que o Tribunal foi claro é o de que o sofrimento se pode medir: não deve ser um simples autorrelato, mas carece de alguma forma de aferição objetiva.

5. Finalmente, importa salientar que o parâmetro utilizado pelo Tribunal para se pronunciar pela inconstitucionalidade foi o princípio da determinabilidade da lei, que remonta originalmente ao conhecido Acórdão n.º 285/92, sobre a então denominada “lei dos disponíveis”, e que foi também acolhido noutros arestos posteriores, como os Acórdãos n.ºs. 296/2013 e 225/2018.

Não é seguramente dos princípios com mais presença na jurisprudência constitucional. Mas é um princípio que constitui um corolário da reserva de lei, que a Constituição associa às leis sobre direitos, liberdades e garantias e, sobretudo, às leis restritivas do conteúdo dos respetivos preceitos. Com

algum excesso de ecletismo, o Tribunal fundamenta o princípio em causa na ideia de Estado de Direito, na reserva de competência legislativa do Parlamento, no artigo 24.º e no princípio fundamental da dignidade humana. Em última análise, porém, o que está em causa é a necessidade de as decisões fundamentais sobre o alcance concreto dos direitos, liberdades e garantias de maior sensibilidade – como sucede com o direito à vida – serem tomadas pelo próprio legislador e não deixadas para os momentos posteriores, da aplicação administrativa ou jurisdicional das leis. Isso implica uma elevada exigência de precisão das normas emanadas pelo legislador, em termos tais que os respetivos destinatários possam prever com segurança os efeitos dessas mesmas normas legais e pautar a sua conduta em conformidade.

Em coerência com esse elevado padrão de determinabilidade da lei, exige-se igualmente uma elevada densidade de controlo por parte dos tribunais – a começar pelo próprio Tribunal Constitucional. Ao contrário do que sucedeu noutros arestos, incluindo alguns incidentes sobre o direito à vida, desta vez o Tribunal não se limitou a um controlo de evidência, não se cingiu a efetuar um controlo restrito das inconstitucionalidades mais manifestas, não valorizou especialmente a liberdade de conformação do legislador, nem tão pouco sublinhou a necessidade de confiar em regras técnicas ou nas *leges artis* da profissão médica. Numa palavra, o Acórdão n.º 123/2021 é um bom exemplo daquilo que a literatura chama de controlo intensificado de conteúdo.

*Suspensão da Prescrição do Procedimento Contra-Ordenacional e COVID-19: Retrospectiva sobre o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 500/2021**

Nuno Brandão

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
nbrandao@fd.uc.pt*

I. A questão objecto do Acórdão n.º 500/2021

O Acórdão n.º 500/2021 foi proferido pelo Tribunal Constitucional no âmbito de um recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade interposto por um arguido de um processo contra-ordenacional. Em causa estava a questão de saber se um regime normativo relativo à suspensão do prazo de prescrição do processo contra-ordenacional, introduzido em Março de 2020, por altura do decretamento do primeiro estado de emergência ligado ao surgimento da pandemia COVID-19, poderia aplicar-se imediatamente aos processos então pendentes.

Tratou-se de uma regulação abrangente, que englobou os mais diversos tipos de processos e procedimentos, judiciais e administrativos, assente na seguinte lógica: dada a imperiosa necessidade de imediato confinamento domiciliário da generalidade da população, o legislador decidiu suspender a marcha da larga maioria dos processos; concomitantemente, e por causa disso, decidiu ainda que ficariam também suspensos todos os prazos de

* Por opção do Autor, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

prescrição e de caducidade: «A situação excecional constitui igualmente causa de suspensão dos prazos de prescrição e de caducidade relativos a todos os tipos de processos e procedimentos» (artigo 7.º, n.º 3, da Lei 1-A/2020, publicada no dia 19 de Março de 2020, cujo início de vigência foi fixado no dia 9 de Março de 2020). Dirigindo-se, naturalmente, aos processos e procedimentos que se encontravam já em curso aquando da sua publicação, relativos como é óbvio a factos que lhe eram prévios, a nova legislação de emergência foi pensada para ser aplicada retroactivamente¹.

A *ratio* que justificou a suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos sancionatórios é autoexplicativa e creio que será tida como inquestionável e inatacável por qualquer pessoa de boa-fé: estando os processos paralisados, por ingentes motivos de saúde pública, não será de admitir a progressão dos respectivos prazos de prescrição, já que a inércia processual não se ficará a dever à passividade voluntária e indevida do Estado no processamento das infracções deles objecto, antes resulta de um pesado quadro de circunstâncias imprevistas e a ninguém imputáveis que impedem a normal progressão dos processos.

E todavia, não são descabidas as objecções lançadas na doutrina² e na prática judiciária, com acolhimento em numerosas decisões dos tribunais comuns³, à aplicação retroactiva do regime da suspensão dos prazos de prescrição dos procedimentos penais e contra-ordenacionais. Com efeito, pode porventura verificar-se aí uma afronta ao princípio da legalidade criminal, quanto ao corolário da lei prévia. Foi essa, precisamente, a questão ponderada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021. Louvando-se numa compreensão substantiva do instituto da prescrição do procedimento sancionatório, com um longo lastro doutrinal⁴ e jurisprudencial⁵ entre nós,

¹ Assim, a propósito de legislação italiana similar, GIAN LUIGI GATTA, «*Lockdown*» da justiça penal, suspensão da prescrição do crime e princípio da irretroatividade: um curto-circuito», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 30, n.º 2 (2020), p. 303.

² Cf., v.g., RUI CARDOSO / VALTER BAPTISTA, «Prazos Substantivos», in Edgar Taborda Lopes (coord.), *Estado de Emergência – COVID-19 Implicações na Justiça*, 2.ª ed., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020, pp. 608 ss., em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=G13pNmaeQc%3d&portalid=30>.

³ Cf., v.g., o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.07.2020 (Proc. n.º 128/16.5SXL5B.L1-5), o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07.12.2021 (Proc. n.º 200/09.8TASRE.C3), o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 23.02.2021 (Proc. n.º 201/10.3GBVRS.E1) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26.10.2021 (Proc. n.º 28/06.7IDFAR-AE1), todos em www.dgsi.pt.

⁴ Cf., v.g., AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, 3.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 351 ss. e 379 ss., e PEDRO CAEIRO, «Aplicação da lei penal no tempo e prazos de suspensão da prescrição do procedimento criminal: um ‘caso prático’», in Jorge de Figueiredo Dias *et al.* (eds.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues – Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 243 s.

⁵ Cf., v.g., o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008 (Plenário).

o recorrente arguiu a inconstitucionalidade, por violação, além do mais, da proibição de aplicação retroactiva da lei penal *in malam partem* (artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição), das normas de emergência que ditaram a suspensão do prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional relativo a facto praticado antes da sua entrada em vigor.

De facto, há um largo acolhimento na doutrina e jurisprudência nacionais da ideia de que a prescrição tem uma natureza híbrida, processual-material, por força da qual lhe são aplicáveis os diversos corolários do princípio da legalidade criminal. Esse carácter misto envolve a sujeição a este princípio de todos os aspectos da prescrição do procedimento sancionatório relevantes para a questão de saber *se*, tendo em conta o tempo decorrido desde a consumação da infracção, o agente *deve ser punido*. Nomeadamente, o prazo de prescrição, o momento de início de contagem desse prazo, as causas de interrupção do prazo e as causas de suspensão do prazo. Uma vez que relevam para o *se* da punição, vem-se entendendo que todas essas circunstâncias devem estar subordinadas ao princípio da legalidade criminal. Com a seguinte consequência: em princípio, a menos que entretanto hajam sido introduzidas normas mais favoráveis ao agente, na contagem do prazo de prescrição só deverão ser tomadas em consideração as normas definitórias da extensão do prazo, do seu início, da sua interrupção e da sua suspensão vigentes no momento da realização da acção típica (artigo 3.º do Código Penal).

Compreende-se, assim, a arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo recorrente: uma vez que aquando da prática da contra-ordenação *sub judice* não se previa que uma suspensão do processo ditada legalmente acarretaria uma suspensão do prazo prescricional, então a desconsideração para a contagem da prescrição do tempo em que o processo esteve parado por força das normas de emergência, imposta pelas normas da Lei n.º 1-A/2020, representou uma aplicação retroactiva *in malam partem* de tais normas atentatória do princípio da legalidade criminal.

II. A decisão tomada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021

No Acórdão n.º 500/2021, a 3.ª Secção do Tribunal Constitucional não julgou, porém, procedente a alegação do recorrente, tendo entendido que as normas aplicadas pela decisão recorrida para suspender o prazo de prescrição contra-ordenacional enquanto o processo se encontrou suspenso não contrariam o princípio da legalidade criminal plasmado no artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, da Constituição. Juízo de não inconstitucionalidade entretanto

reiterado, com fundamentação idêntica, pelo Tribunal Constitucional, nos Acórdãos n.ºs 660/2021 e 798/2021, ambos da 1.ª Secção.

O Tribunal Constitucional entendeu que a matéria se encontra à margem do âmbito de aplicação do princípio da proibição da retroactividade *in pejus* a que a Constituição, no seu artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, sujeita a aplicação das leis que definem as acções e omissões puníveis e fixam as penas correspondentes (§ 30). As normas de emergência que estabeleceram a suspensão dos prazos de prescrição foram, por isso, consideradas não inconstitucionais. Logo, portanto, por nem sequer se encontrarem abrangidas pelo princípio da legalidade. E isto, *grosso modo*, pelo facto de a pausa imposta à marcha dos prazos de prescrição não ter sido arbitrária nem se poder dizer que os particulares viram perturbadas as suas expectativas e a sua confiança quanto aos termos em que a sua punição poderia vir a ter lugar. Justificando-se a proibição de retroactividade *in malam partem* por um intuito de precaver arbitrariedades no exercício do *jus puniendi* e pela necessidade de garantir a segurança jurídica e a protecção da confiança das pessoas a ele sujeitos, entendeu o Tribunal Constitucional que nenhuma destas razões reclama o seu funcionamento para travar a suspensão dos prazos de prescrição estabelecida pelas normas objecto do recurso. Por um lado, porque se tratou de uma suspensão fundada em razões de saúde pública, que não são culpa de ninguém; e, por outro lado, porque a consumação da prescrição está sujeita a tantas vicissitudes, de tal ordem imprevisíveis quanto ao se e ao momento da sua concreta ocorrência, que não há propriamente expectativas a tutelar através do princípio da legalidade criminal. Nesta última vertente, partindo implicitamente da ideia de que à decisão sobre o cometimento da infracção será estranha qualquer consideração do agente acerca do arco temporal dentro do qual poderá vir a sofrer uma punição, concluiu o Tribunal Constitucional que não haverá então uma confiança que deva ser protegida pelas normas constantes dos n.ºs 1, 3 e 4, do artigo 29.º da Constituição.

Neste seu percurso argumentativo, o Tribunal Constitucional seguiu de perto a posição assumida por Gian Luigi Gatta a propósito de questão em tudo idêntica que se suscitou em Itália⁶, o qual, por seu turno, se inspirou no pensamento de Roxin e de Marinucci / Dolcini, também citados pelo Acórdão.

⁶ GIAN LUIGI GATTA, «Lockdown» da justiça penal..., *op. cit.*, pp. 299 ss.

III. O parâmetro de constitucionalidade

Pelo que vem de se ver, o parâmetro de constitucionalidade que o TC teve em conta foi o princípio da legalidade da intervenção penal, na sua dimensão de proibição de retroactividade *in malam partem* prescrita pelo artigo 29.º da Constituição.

Foi essa a norma constitucional invocada pelo recorrente e que o Tribunal julgou pertinente discutir. Vai aqui implicada uma premissa que nem sempre tem sido clara na jurisprudência constitucional, a da aplicabilidade ao direito das contra-ordenações do princípio da legalidade criminal consagrado no artigo 29.º da Constituição, seja directamente seja por analogia⁷.

Foi com satisfação, mas não sem alguma perplexidade que encarei o enquadramento da questão de constitucionalidade no âmbito do princípio da legalidade criminal. Com satisfação, porque se trata, a meu ver, como já defendi anteriormente, da norma que deverá ser chamada sempre que, no domínio das contra-ordenações, se suscitem dúvidas sobre a admissibilidade do funcionamento retroactivo *in malam partem* de normas contra-ordenacionais⁸. Julgo que o essencial das razões que estão na base do princípio da legalidade valem também para o sancionamento em sede contra-ordenacional, não se justificando o apelo a outros princípios, designadamente, ao princípio do Estado de Direito, para garantir que uma punição por uma contra-ordenação deve assentar numa lei certa, estrita e prévia. Em todo o caso, perante a jurisprudência constitucional das últimas duas décadas, alguma dela aliás bem recente, estaria longe de ser seguro que o quadro constitucional ao qual a questão seria de reconduzir seria o do princípio da legalidade criminal. E daí a perplexidade.

Na verdade, desde o Acórdão n.º 41/2004, o Tribunal Constitucional tem oscilado na resposta acerca da norma constitucional que deve ser chamada para aferir a constitucionalidade de normas contra-ordenacionais desafiadas à luz dos corolários da lei certa e da lei prévia próprios do princípio da legalidade, ora apelando a este princípio ora invocando antes o princípio do Estado de Direito (artigo 2.º da Constituição). Se neste nosso caso o Tribunal Constitucional analisou o problema tendo em conta o princípio da legalidade criminal, o certo é que tem igualmente enveredado antes pelo princípio do Estado de Direito para apreciar e julgar, como julgou, inconstitucionais normas contra-ordenacionais com fundamento no carácter demasiado indeterminado

⁷ Cf. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra: Coimbra Editora, 2016, pp. 893 ss.

⁸ NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações... op. cit.*, pp. 900 ss.

da proibição instituída legalmente. Foi o que sucedeu muito recentemente no Acórdão n.º 825/2021, também da 3.ª Secção, que julgou inconstitucional, por violação do princípio da segurança jurídica ínsito no artigo 2.º da Constituição, a norma do artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 50/2005, quando conjugada com o artigo 43.º, n.º 2, do mesmo diploma, enquanto estabelece que a falta de verificação periódica dos equipamentos de trabalho sujeitos a influências que possam provocar deteriorações suscetíveis de causar riscos, constitui uma contra-ordenação grave.

No panorama actual temos então que, no âmbito contra-ordenacional, quando está em causa um problema de retroactividade o Tribunal apela, e bem, ao artigo 29.º da Constituição (princípio da legalidade criminal), mas quando o problema se prende com a indeterminação da norma sindicada o parâmetro já é antes o artigo 2.º da Constituição (princípio do Estado de Direito)⁹. Correspondendo as exigências de lei certa e de lei prévia a subprincípios do princípio da legalidade criminal, não me parece que se justifique esta segmentação, que quebra a unidade de sentido que agrega todos os corolários do *nullum crimen sine lege* e para a formação da qual todos eles são indispensáveis.

É interessante e sintomático que sendo chamado a discutir um problema de retroactividade o Tribunal Constitucional tenha decidido a questão de acordo com a lógica do princípio da legalidade e não da do Estado de Direito, dando a entender que se se pudesse considerar que as normas legais objecto do recurso devessem considerar-se abrangidas pelo princípio da legalidade então o desfecho não seria outro senão o da sua inconstitucionalidade. Com isto alinhando pela ideia, firme na jurisprudência constitucional (Acórdão n.º 183/2008), de que o princípio da legalidade constitui um princípio-garantia de carácter absoluto imune a soluções de concordância prática. Tivesse o problema sido analisado à luz do princípio do Estado de Direito não seria de excluir o recurso a uma chave de análise fundada na máxima do interesse preponderante, em que seriam balanceados os interesses em conflito¹⁰. Aliás, se, no âmbito sancionatório, havia caso em que poderia fazer sentido apelar a uma lógica desta natureza seria este. O distanciamento de um cenário com essa feição, com base na premissa, correcta, de que o problema deveria ser

⁹ Cf. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 397/2012, 374/2013, 76/2016, 825/2017, 659/2020 e 825/2021.

¹⁰ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 270 ss., e NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações...* *op. cit.*, pp. 905 ss., com amplas referências à jurisprudência constitucional nacional na matéria.

discutido e decidido de acordo com o espírito do princípio da legalidade criminal é a prova provada de que se não justifica desviar este princípio da esfera do direito contra-ordenacional: se as dúvidas como aquelas que aqui se puseram reclamam o accionamento dos critérios próprios do princípio da legalidade não há razão para a este propósito se falar, em primeira linha, pelo menos nominalmente, no princípio do Estado de Direito.

IV. A aplicabilidade do princípio da legalidade

Como se viu, o Tribunal concluiu pela inaplicabilidade do princípio da legalidade, na sua vertente de irretroactividade, a esta específica causa de suspensão do prazo prescricional. Isto, não obstante ter entendido que o princípio da legalidade, nesta sua dimensão da lei prévia, se aplica *prima facie* à suspensão do prazo de prescrição (§ 28).

Tenho dificuldade em acompanhar esta posição do Tribunal Constitucional, pelas razões que de seguida exporei. Adiantando já o sentido da minha discordância, parece-me, no essencial, que, ao contrário do que concluiu o Tribunal, a norma questionada entra no âmbito de aplicação do princípio da legalidade, dificilmente podendo considerar-se que escapa à proibição de aplicação retroactiva que lhe é inerente. Creio que havia e continua a haver uma lacuna, que não pode ser suprida por apelo a normas posteriores à data da prática do facto qualificado como contra-ordenação.

Parto da premissa, alinhada com a generalidade da doutrina e da jurisprudência nacionais, de que a matéria da prescrição, tanto do procedimento penal como do contra-ordenacional, está subordinada ao princípio da legalidade criminal, em todas as suas valências.

Não valorizo especialmente a questão da natureza substantiva e/ou processual do instituto, parecendo-me que as posições que a propósito dela se tomam são, em geral, dominadas por uma intenção prévia de sujeitar ou não sujeitar a prescrição ao princípio da legalidade. Isto é, o que o debate dá a transparecer é que o que verdadeiramente determina a opção por uma solução material ou processual é o intuito, a montante, de aplicar ou não à prescrição o princípio da legalidade. E portanto, é a conclusão desejada que dita a fundamentação e não, como deveria ser, o contrário.

Acresce que diferentemente do que sucede noutros ordenamentos – como, por exemplo, o alemão¹¹ – entre nós há uma larga propensão para

¹¹ Cf. CLAUS ROXIN / LUÍS GRECO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen; Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., München: C.H.Beck, 2020, § 5, nm. 43 e 57 ss.

subordinar ao princípio da legalidade criminal não só as normas de direito substantivo, como também até as de carácter marcadamente adjectivo¹².

Dependendo a punição do agente da não ultrapassagem do prazo de prescrição do procedimento sancionatório respetivo, a necessidade de garantir que a definição dos pressupostos (positivos e negativos) essenciais de tal punição se faça com observância do princípio da separação de poderes, com um mínimo de previsibilidade, de forma a que o agente possa formar uma ideia, ainda que geral, sobre o tempo durante o qual se poderá ver a contas com a justiça, e sem arbitrariedades justifica que o instituto da prescrição esteja sujeito às exigências próprias do princípio da legalidade criminal. A possibilidade de os termos determinantes para a contagem e verificação do prazo de prescrição permanecerem à margem da lei, ficando inteiramente nas mãos do poder judicial, e serem sucessivamente ajustados depois da prática do facto, mediante aprovação de novas normas que retardem o seu *dies ad quem*, é algo que não me parece compaginável com a ideia de Estado de Direito, justificando a protecção do agente pelo princípio da legalidade criminal.

Posto isto, considerando esta posição de princípio de adesão à concepção entre nós dominante de que o princípio da legalidade criminal é aplicável à prescrição dos procedimentos penal e contra-ordenacional, incluindo na vertente relativa às causas de suspensão do prazo prescricional, vejamos as reservas que o Acórdão n.º 500/2021 me suscita.

1. Uma primeira objecção prende-se com o argumento relativo à tutela da segurança jurídica e da confiança, na esteira de Roxin¹³. Trata-se de um argumento que desconsidera a diferença de posições de que o Tribunal e Roxin partem. É que enquanto o Tribunal arranca da ideia de que a prescrição está abrangida pelo âmbito de tutela do princípio da legalidade, Roxin segue a premissa de que, *prima facie*, a prescrição está à margem desse princípio, podendo eventualmente receber a sua protecção se, tendo em conta a teleologia do princípio da legalidade, se justificar a sua intervenção. O que não será o caso do alargamento de um prazo de prescrição ainda não ultrapassado, já que a previsibilidade que o princípio da legalidade visa

¹² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Universidade de Coimbra, 1988-9, pp. 68 s. Na jurisprudência constitucional, cf., no plano da lei estrita, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 324/2013 (Plenário), e no plano da lei prévia, os Acórdãos n.ºs 247/2009, 551/2009 e 645/2009. E na jurisprudência comum, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2009, *Diário da República*, 1.ª série, n.º 55, 19.03.2009, p. 1755, em <https://files.dre.pt/1s/2009/03/05500/0175201762.pdf>.

¹³ Por último, ROXIN / GRECO, *op. cit.*, § 5, nm. 58 ss.

assegurar se circunscreve ao comportamento sujeito a punição e à sanção aplicável¹⁴.

Ora, se se entende que, em princípio, a prescrição, em geral, e dentro dela as causas de suspensão do prazo, em particular, se inscrevem no quadro normativo do princípio da legalidade criminal, tendo em conta uma pluralidade de razões que se prendem com a sua fundamentação e a sua teleologia, não parece aceitável afastá-lo com base numa ordem de razão que nem sequer se liga à previsibilidade que motiva a sua intervenção: como bem se afirma na declaração de voto do Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro, a que se refere ao “horizonte temporal máximo em que o agente pode gozar de um estado de absoluta paz jurídica”.

É interessante notar que o Tribunal Constitucional italiano, na sua Sentença n.º 278/2020, também relativa à suspensão da prescrição penal no contexto do estado de emergência, não introduziu uma restrição ao alcance aplicativo do princípio da legalidade. Bem pelo contrário – e aqui divergindo dos autores italianos invocados pelo Acórdão n.º 500/2021, como Giorgio Marinucci / Emilio Dolcini e Gian Luigi Gatta –, entendeu a *Corte Costituzionale* que a questão entra de pleno na esfera normativa do princípio da legalidade, não havendo que sujeitá-lo a uma redução teleológica¹⁵.

2. Como vimos, os diferentes corolários do princípio da legalidade criminal encontram-se irmanados numa unidade de sentido global que atende aos diferentes fundamentos que lhe subjazem e às funções de defesa do cidadão que deve desempenhar. Esta compreensão global e articulada das distintas componentes do princípio da legalidade justifica que se questione se será de admitir que uma certa solução normativa possa ser aceitável em face de um dos subprincípios do *nullum crimen*, mas já não em face de um outro. O presente caso pode ilustrar este dilema.

Suponhamos que, no contexto do estado de emergência, o legislador só previa a suspensão da prescrição do procedimento penal fundada na suspensão dos processos penais, esquecendo-se dos processos contra-ordenacionais, apesar de também ter decretado a suspensão destes.

¹⁴ *Ibid.*, § 5, nm. 60.

¹⁵ Sentença n.º 278/2020, de 18.11.2020, 12 e *passim*, em https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI.IT:COST:2020:278. A *Corte Costituzionale* concluiu pela não inconstitucionalidade do regime legal de emergência que instituiu a suspensão dos prazos de prescrição penal não, portanto, pelo facto de o princípio da legalidade criminal não incidir sobre essa matéria, mas antes, e decisivamente, pela circunstância de o Código Penal italiano conter uma norma, sem paralelo na nossa lei penal, que dita a suspensão da prescrição do crime sempre que haja uma suspensão do processo (artigo 159.º).

Poderíamos, nesse caso, admitir o apelo à analogia para afirmar uma suspensão do prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional? Na Alemanha, provavelmente dir-se-ia que que sim¹⁶. Não vejo, contudo, que, no ordenamento português, se pudesse aceitar tal solução. É certo que há um fundamento externo do princípio da legalidade, o relativo à separação de poderes, que é especialmente relevante para o corolário da lei estrita e que pode não ser partilhado pelo subprincípio da lei prévia – como sucede no caso presente, em que é o próprio legislador a impor a aplicação retroactiva de uma norma desfavorável ao agente –, mas tenho dúvidas que se possa compactuar com uma geometria variável do princípio da legalidade consoante os subprincípios que estejam em causa e os fundamentos que lhe estão especificamente associados.

3. A principal objecção que me parece poder ser dirigida ao Acórdão n.º 500/2021 incide sobre a ideia nele sustentada de que a questão escapa ao princípio da legalidade porque a norma posta em crise não representa um exercício de arbitrariedade. Pelo contrário, está ligada a uma necessidade social ingente que não é imputável ao Estado.

Penso que aqui o Tribunal labora num equívoco. É certo que o princípio da legalidade se funda no interesse em prevenir acções arbitrárias e persecutórias do Estado, através da instrumentalização abusiva do direito sancionatório. Mas se é essa a teleologia, daí não se poderá avançar para a consideração do conteúdo da norma em discussão, designadamente em tudo aquilo que extravase o necessário para perceber se é ou não desfavorável ao agente, com vista a avaliar se se trata de uma solução normativa político-criminalmente justificada e materialmente fundada à luz dos princípios que regem o direito sancionatório. O princípio tem por finalidade precaver arbitrariedades, definindo os termos essenciais de acordo com os quais uma punição poderá ser imposta ao cidadão. Já não pretende, porém, garantir que as normas que poderão implicar essa punição não sejam elas próprias arbitrárias.

Tanto assim é que não é ao princípio da legalidade que se recorre quando se põe o problema de saber se é inconstitucional uma dada norma com efeitos sobre a punição por ser tida como materialmente inaceitável. Veja-se, por exemplo, o caso do disposto no artigo 120.º, n.º 5, do Código Penal, introduzido em 2013, que duplica o tempo em que o prazo de suspensão

¹⁶ Cf. ROXIN / GRECO, *op. cit.*, § 5, nm. 43.

da prescrição poderá ficar suspenso após a sentença condenatória no caso de haver recurso para o Tribunal Constitucional. Se um arguido objectar que se trata de uma solução desproporcionada e injustificada, e por isso arbitrária, não será por certo ao princípio da legalidade que o Tribunal Constitucional apelará para avaliar uma eventual arguição da sua inconstitucionalidade.

Com isto percebe-se que a ponderação sobre a eventual arbitrariedade da norma objecto do recurso desenvolvida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 500/2021 constituiu um exercício acerca da bondade material de tal norma, que, em rigor, é substancialmente alheio ao princípio da legalidade. Pois, como é sabido, como princípio-barreira que é, a este são estranhas eventuais considerações que possam justificadamente fazer-se sobre a necessidade social de uma certa intervenção sancionatória promovida pelo Estado¹⁷. Por maior e mais premente que uma tal necessidade seja, a introdução de uma norma penal para a ela acorrer sempre esbarrará no princípio da legalidade criminal quando implique uma afronta a qualquer um dos seus corolários¹⁸. O princípio da legalidade criminal atua, enfim, *a montante* das considerações político-criminais que justificam uma dada solução normativa, delas se abstraindo.

4. Postas assim as coisas, estão apresentados os dados que me parecem levar a que se aponte para uma direcção diferente daquela a que o Tribunal Constitucional chegou no Acórdão n.º 500/2021.

É indiscutível que a suspensão dos prazos de prescrição penais e contra-ordenacionais fundada na paralisação dos processos é uma solução perfeitamente razoável e justificada. As necessidades sociais que ditaram o *lockdown* do sistema de justiça são inquestionáveis, tal como, em princípio, seria inquestionável a concomitante pausa na marcha dos prazos de prescrição.

Porque faz todo o sentido que quando se imponha legalmente uma pausa nos processos se ponham também em pausa os prazos de prescrição, há muito que tal deveria estar legalmente previsto. Tal como, por exemplo, acontece em Itália (artigo 159.º do Código Penal) ou na Alemanha (§ 78b, (1), 2. do StGB). Mas não está. A verdade é que o legislador não previu (e continua a não prever!) essa situação como causa suspensiva da prescrição.

Temos, enfim, uma lacuna nesta matéria. Que não pode ser suprida nem mediante recurso à analogia, nem através da criação de normas *ad-*

¹⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (com a colaboração de Maria João Antunes / Susana Aires de Sousa / Nuno Brandão / Sónia Fidalgo), *Direito Penal. Parte Geral*, I, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 8.º Cap., § 6.

¹⁸ Lapidar, o já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 183/2008, § 5.

hoc posteriores aos factos a que pretendem aplicar-se para assim travar o decurso de um prazo que, de acordo com a lei do *tempus delicti*, não deveria ser paralisado. Tudo isto, sob pena de violação do princípio da legalidade criminal.

E assim concludo: por mais razoável e justificada que tenha sido a intervenção legislativa sobre os prazos de prescrição no contexto do decretamento do estado de emergência, tratou-se de uma intervenção *in malam partem* de carácter retroactivo proibida pelo princípio da legalidade criminal.

**ESTUDOS E
COMENTÁRIOS**

*Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético: Um Imposto sob Outro Nome**

José Casalta Nabais
Marta Costa Santos

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: A Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético (CESE) enquadra-se no movimento crescente de criação de verdadeiros impostos sob o nome de taxas ou de contribuições financeiras, com o visível fito de escaparem ao escrutínio a que os impostos estão sujeitos no Estado de Direito, sendo expressão da crescente degradação do conceito ocidental de constituição em que assenta. Embora enquadrada pelo Tribunal Constitucional no “tertium genus” dos tributos, na realidade a CESE não integra nenhuma das espécies que compõem o universo das contribuições especiais. Assume-se antes como um imposto especial, reportado ao rendimento das empresas do sector energético, embora medido pelo património ou capital das empresas, sendo como tal que o seu regime deve ser confrontado com os pertinentes princípios da constituição fiscal, que parece claro violar.

Abstract: The Extraordinary Contribution on the Energy Sector (CESE) is part of the growing movement to create actual taxes under the cloak of fees or financial contributions, with the clear goal of escaping the scrutiny to which taxes are submitted under the Rule of Law. Movement which is an example of the increasing degradation of the western concept of constitution on which it is based. Although framed by the Constitutional Court in the “tertium genus” of levies, in reality the CESE does not belong

* Por opção dos Autores, o presente texto segue a ortografia anterior ao Acordo Ortográfico em vigor desde 2009.

to the universe of special contributions. Instead, it constitutes a special tax on the income of companies in the energy sector, although measured by the corporations' assets or capital, and as such it must respect the principles of tax law, which it clearly seems to infringe.

Palavras-chave: bilateralidade; contribuições financeiras; imposto especial; “IRC paralelo”; princípio da legalidade fiscal; princípio da igualdade fiscal; tributação pelo rendimento real; inconstitucionalidade.

Keywords: bilaterality; financial contributions; special tax; “Parallel CIT”; principle of tax legality; principle of fiscal equality; taxation on real income; unconstitutionality.

I. O sentido e alcance da distinção entre impostos e tributos bilaterais

A Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético (CESE) tem feito correr muita tinta na doutrina e jurisprudência, tendo hoje uma litigiosidade a si associada por si só reveladora das fragilidades visíveis de que padece o tradicional financiamento do estado fiscal, assente na figura dos tributos unilaterais ou impostos. O que implica que, antes de enfrentarmos o problema da natureza da CESE, que, como vamos ver, constitui um inequívoco imposto, façamos algumas reflexões muito sumárias sobre o profundo sentido e alcance da distinção entre impostos e tributos bilaterais.

Pois, não obstante a referência constitucional, a partir da revisão constitucional de 1997, a três tipos de tributos, tendo a Constituição passado a reconhecer uma divisão tripartida dos tributos, referindo-se aos impostos, às taxas e às demais contribuições a favor de entidades públicas, não temos a menor dúvida de que, por inultrapassáveis razões estruturais, que naturalmente têm evidentes implicações funcionais, se impõe a divisão dicotómica entre tributos unilaterais ou impostos e tributos bilaterais, separando muito claramente os dois tipos.

E, do ponto de vista estrutural, temos uma distinção primária de tributos que se impõe, segundo a qual os impostos diferenciam-se das taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas por, nos primeiros, termos prestações pecuniárias unilaterais e, nos segundos, prestações pecuniárias bilaterais. Estrutura que, arrancando da realidade extrajurídica, sobretudo económica, em que se materializam, tem depois expressão nos tributos enquanto realidade jurídica concretizada sobretudo na disciplina constitucional e legal que os molda.

Pelo que a distinção entre os tributos de estrutura unilateral ou impostos e os tributos de estrutura bilateral ou taxas e contribuições financeiras tem expressão em diversos aspectos que, dadas as profundas e inafastáveis implicações que comportam, não podemos deixar de assinalar e sublinhar, como são os da exigência de uma separação essencial entre a sociedade e o Estado no quadro do primado da pessoa (humana), de um lado, e entre produzir e distribuir na economia de mercado, de outro.

1. A separação entre a sociedade e o Estado e o primado da pessoa

E o primeiro dos aspectos referidos tem a ver com a íntima ligação à existência e funcionamento do próprio Estado fiscal que, não podemos esquecer, parte de um preciso entendimento relativamente ao lugar da pessoa (humana), da sociedade e do Estado no modelo de Estado de Direito, que é inequívoco produto da Civilização Ocidental¹. Essa ideia reporta-se à forma como as comunidades humanas, mormente as comunidades nacionais, produzem, distribuem e consomem os bens e serviços de que carecem os seus membros, para satisfazerem as suas necessidades e como esses bens e serviços são afectados a cada um desses membros.

De facto, essa forma apresenta-se em termos completamente diferentes num Estado fiscal e num Estado não fiscal, pois aquele assenta numa ideia de separação essencial entre a esfera da sociedade, em que se desenvolve a economia livre ou de mercado, e a esfera do Estado, em que se situa a arena da política, a qual mais não é do que uma derivada de uma outra ideia – a do primado da pessoa face à sociedade e desta face ao Estado. Na verdade,

¹ Civilização que enfrenta presentemente, além dos considerados *inimigos externos*, dois tipos de *inimigos internos*, que é preciso combater com coragem: o protagonizado pelas vanguardas radicais das ditas causas fracturantes, apostadas em apagar e destruir o passado, cancelando o essencial dos valores suporte de todo o adquirido civilizacional com quase três milénios; e o traduzido na erosão e degradação crescentes das instituições que, em resultado do progresso dos séculos XIX e XX, conduziram ao Estado de Direito Democrático e Social, que teve o seu inequívoco auge, em sede de realização da pessoa humana, na segunda metade do século XX. No respeitante aos *inimigos externos*, devemos assinalar que discordamos dessa consideração, devendo antes ser referidos por *concorrentes* ou *competidores civilizacionais*, na medida em que a Civilização Ocidental deve ser entendida em coexistência com outras civilizações, como são a centrada na Rússia, a protagonizada pela China e a partilhada pela generalidade dos Países Islâmicos. Uma visão das coisas que nos leva a um juízo crítico relativamente às tentativas de imposição do modelo civilizacional ocidental e, sobretudo, ao repúdio de conflitos bélicos que, desencadeados com esse pretexto, redundaram na destruição do Estado, deixando na total anarquia países inteiros. Sobre este último aspecto, v. DANILO ZOLO, *Terrorismo Humanitário. De la guerra del Golfo a la carniceria de Gaza*, Barcelona: Bellaterra Edicions, 2011. No respeitante ao sentido e alcance, presentemente em parte votado ao esquecimento, da Civilização Ocidental e sua incrustação no Estado fiscal, v., PHILIPPE NEMO, *Qu'est-ce que l'Occident?*, Paris: PUF, 2016, e *Philosophie de l'Impôt*, Paris: PUF, 2017; e MONICA BHANDARI (ed.), *Philosophical Foundations of Tax Law*, Oxford: University Press, 2017.

o Estado fiscal implica uma certa ordem de prioridades, consubstanciando uma determinada forma de produção e de distribuição primária dos bens e serviços que tem por característica básica assentar numa inequívoca ideia de liberdade, económica e social, dos membros da comunidade nacional, cabendo, por conseguinte, em primeiro lugar, a cada um de per si ou enquanto integrado em grupos primários (família, associações civis, sociais, económicas, etc.) angariar os meios de subsistência e de realização pessoal e comunitária. Algo que, de resto, não é nada de extraordinário, porquanto se encontra implicado no próprio conceito de constituição que partilhamos – o conceito ocidental de constituição - que, embora pareça esquecido, constitui um adquirido com mais de dois milénios de continuidade².

O que não passa do direito mais básico, que é simultaneamente um dever, inerente a todo o indivíduo enquanto ser livre e responsável como o impõe a eminente dignidade da pessoa humana. Direito e dever estes que, obviamente, estão antes da actuação da sociedade e, ainda mais, antes da actuação do Estado, tendo por base de fundo justamente esta ordem de referência em termos da seguinte cadeia de prioridades: indivíduo (pessoa) → sociedade → Estado³. Por conseguinte, a produção dos bens e serviços, necessários à realização da pessoa humana, tem como inafastável e decisivo ponto de partida uma separação essencial entre: de um lado, a esfera da sociedade, suporte da existência e funcionamento de uma economia livre ou de mercado, decorrente da actuação livre de cada um no quadro de uma acção de cooperação ou de colaboração económica e social entre todos os membros da comunidade; e, de outro lado, a esfera de actuação do Estado entendido como suporte da organização e funcionamento políticos da comunidade, que corresponda àquela esfera económica de mercado, de modo a intervir económica e socialmente, na medida em que assim o entenda em conformidade com os programas políticos do correspondente

² V. neste sentido, ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, “O conceito ocidental de Constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, 1986/87, pp. 36-39 e 69-73.

³ Uma ideia afirmada de forma superlativa na Constituição Portuguesa actual, em que essa cadeia de prioridades está bem patente na ordenação das matérias no próprio texto constitucional. De facto aí encontramos a seguinte ordem: depois do pórtico (Princípios fundamentais – arts. 1.º a 11.º), a “constituição da pessoa” (Parte I - Direitos e deveres fundamentais – arts. 12.º a 79.º), a “constituição económica” ou “constituição da sociedade” (Parte II- Organização económica – arts. 80.º a 107.º) e a “constituição política” ou “constituição do Estado” (Parte III - Organização do poder político – arts. 108.º a 276.º), a que acresce ainda a “constituição da constituição” (Parte IV - Garantia da constituição – arts. 277.º a 299.º). V. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Uma futura revisão constitucional?”, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Vol. V, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 201 e ss., e “Do lugar dos deveres fundamentais na constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 148, 2018/19, pp. 348-369.

governo democraticamente eleito, conquanto se mantenha aquela separação essencial que, como a história do Estado moderno de matriz ocidental dos séculos XIX e XX comprova à saciedade, constitui o pressuposto existencial do próprio Estado de Direito.

De resto, impõe-se acrescentar que é no quadro desta compreensão da pessoa humana face a um Estado que ganha especial sentido e densidade, em sede do Estado fiscal, o dever fundamental de pagar impostos, que tem inúmeras consequências entre as quais cabe destacar: 1) a da ligação da legitimidade do poder tributário também aos direitos e deveres fundamentais (constituição da pessoa), que assim não se limita à tradicional legitimidade decorrente do poder político (“constituição do Estado”) e, bem assim, da derivada organização económica de mercado (“constituição da sociedade”)⁴; 2) a da centralidade dos contribuintes nas relações jurídicas tributárias, isto é, nas relações de direito constitucional fiscal, de direito administrativo fiscal e de direito obrigacional fiscal⁵; e 3) a de servir, como bem jurídico digno de proteção penal, de fundamentação aos crimes tributários, para a qual a constituição da pessoa na sua totalidade, e não apenas a relativa ao regime dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, acaba assim convocada⁶.

2. Produzir e distribuir na economia de mercado em ambiente intergeracional

Num tal quadro a produção dos bens e serviços e a distribuição primária dos rendimentos e activos correspondentes cabe ao mercado, cuja existência e funcionamento comportam ou asseguram um contexto de liberdade económica dos indivíduos e suas organizações, designadamente empresariais, enquanto participantes cooperativos ou colaborativos nessa produção e distribuição, em que cada um oferece o correspondente factor ou meio de produção ou a própria organização desta, recebendo a correlativa retribuição, ou seja, salários, rendas, juros e lucros, de molde a proporcionar um adequado equilíbrio entre a participação de cada um na actividade económica e a respectiva contrapartida. Daí que ao Estado⁷, nesta sede,

⁴ V. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Direitos fundamentais e a tributação”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Volume XCVI, 2020, Tomo II, pp. 667-695.

⁵ Sobre este aspecto, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 59-85 e 78-101.

⁶ JOSÉ CASALTA NABAIS, “Princípios de direito fiscal e os bens jurídicos dos crimes tributários”, no prelo na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 152.º, 2022/2023.

⁷ Ou a União Europeia para os Estados Membros, instância para a qual, no essencial, transitou a “constituição económica”. V. JOSÉ CASALTA NABAIS “Reflexões sobre a constituição económica, financeira e

caiba fundamentalmente um decisivo papel de regulação de modo a que a economia em causa seja uma efectiva economia livre ou de mercado e não uma economia de cariz totalitário ou autoritário, que de mercado não tem nada⁸, na medida em que algum ou alguns dos participantes na produção monopolizem as contrapartidas de todos os demais participantes⁹.

Com efeito, quanto mais equilibrada e equitativa for esta distribuição primária dos rendimentos e activos, sobretudo correspondente à contrapartida paga aos trabalhadores (salários), menos espaço fica e, simultaneamente, se exige à distribuição secundária ou redistribuição desses rendimentos e activos por parte do Estado. O que passa por uma regulação estadual forte e eficaz do mercado e do seu funcionamento de modo a evitar que algum ou alguns dos participantes na produção, distribuição e consumo de bens e serviços tenha(m) vantagens excessivas ou desproporcionadas face à respectiva contribuição, obtendo assim rendas puras ou ganhos injustificados (*windfall gains*, *windfall profits*), sem ligação minimamente aceitável à correspondente participação na actividade económica¹⁰. Resultado este que, se e na medida em que não possa ou não venha a verificar-se, por não ter sido eficazmente prevenido e evitado em sede de regulação, deve ser objecto de correcção, designadamente por via de tributação¹¹.

fiscal portuguesa”, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Vol. IV, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 157 e ss.

⁸ Por isso, a caracterização, como é frequente, dessa realidade como neoliberalismo, não faz o menor sentido, porquanto estamos perante algo que não é novo, pois manifestações de totalitarismo ou autoritarismo na economia como na política sempre as houve, antes e depois do liberalismo oitocentista. Nem é sequer verdadeiro liberalismo, na medida em que impondo-se a vontade monopolística ou oligopolística de um ou alguns participantes na actividade económica, frequentemente dirigida para a pura acumulação de capital especulativo, onde está, afinal, a liberdade minimamente equilibrada entre todos os participantes na produção, distribuição e consumo de bens e serviços? Relativamente a esse duplamente falso liberalismo, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Constituição europeia e fiscalidade”, *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 180, e quanto ao domínio da economia pelo capital não produtivo, LADISLAU DOWBOR, *A Era do Capital Improdutivo*, 2.ª ed., São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2018.

⁹ Como acontece, em geral, na economia digital, na financeirização económica e no capitalismo intelectual – v. VITO TANZI, *Termites of the State. Why Complexity leads to Inequality*, New York: Cambridge University Press, 2018, e a obra já citada de LADISLAU DOWBOR, *A Era do Capital Improdutivo*.

¹⁰ Rendas essas que, embora tradicionalmente reportadas apenas aos fornecedores de factores do capital, também podem verificar-se relativamente aos fornecedores do factor do trabalho, e que devem ser objecto de tributação apenas quando sejam rendas puras, ou seja, rendas de puros rentistas.

¹¹ Uma situação que é superlativamente evidente naqueles casos em que as empresas, em virtude de crises específicas, como a decorrente da pandemia Covid-19, foram destinatárias de auxílios estaduais a fundo perdido. Caso em que, nos períodos seguintes, em que obtenham lucros, os ganhos reportados a esses auxílios devem ser objecto de recuperação por parte do Estado, através de tributação especial ou extraordinária desses ganhos, recuperando por esta via parte dos rendimentos assim proporcionados, que se não devem a meios das próprias empresas, mas a meios oferecidos pelos contribuintes, que são quem suporta aqueles auxílios. No que, a seu modo, não deixa de ter alguma similitude com os auxílios constituídos por empréstimos.

Por conseguinte, neste quadro de funcionamento das comunidades estaduais, o suporte financeiro do Estado tem por base o resultado positivo da produção, distribuição e consumo de bens e serviços proporcionado pela referida economia livre ou de mercado. O que significa que o Estado não se financia de *forma autónoma* como produtor, distribuidor e consumidor, como aconteceu e ainda acontece nos Estados patrimoniais ou Estados empresariais, mas de *forma heterónoma*, exigindo parte do resultado positivo proporcionado pela economia de mercado, ou seja, obtendo parte da contrapartida recebida por cada um dos fornecedores dos meios ou factores de produção (rendimentos) ou do valor dos bens e serviços aquando da sua produção ou do seu consumo ou transmissão ou mesmo enquanto propriedade dos seus titulares. Em suma, o Estado financia-se como Estado fiscal, como um “Estado parasita” da economia de mercado, fundamentalmente através de tributos unilaterais ou impostos¹².

Uma visão das coisas que, obviamente, não pode deixar de ser também perspectivada em termos diacrónicos, ou seja, segundo uma ideia de responsabilidade ou solidariedade intergeracional.

Por conseguinte, neste quadro de sustentabilidade económico-financeira heterónoma do Estado tem de se articular o momento presente, a geração presente, com o futuro, com a geração ou gerações vindouras. Pelo que importa assinalar que, quando afirmamos que o Estado fiscal se suporta financeiramente através de impostos, temos subjacente uma perspectiva diacrónica, que nos leva a explicitar que o Estado fiscal se suporta financeiramente através de impostos actuais e de impostos futuros. A outra receita efectiva do Estado, o recurso ao crédito, contraindo empréstimos – independentemente da forma e sofisticação financeiras que tenham no quadro da financeirização da economia –, resulta inequivocamente em impostos futuros – impostos sobre as gerações futuras.

De facto, as receitas públicas são sempre impostos de hoje (os impostos) ou impostos de amanhã (os empréstimos), sendo que o recurso ao crédito redundava quase sempre no exercício do poder tributário da comunidade estadual presente sobre as gerações vindouras. Por isso mesmo, apenas faz sentido na medida em que as despesas a suportar com essas receitas públicas se repercutam benéficamente sobre essas gerações, de modo a que se possa afirmar que ocorre uma verdadeira antecipação e não uma

¹² Para maiores desenvolvimentos, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a Compreensão Constitucional do estado Fiscal Contemporâneo*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 191-221.

pura transferência de gastos, constituindo assim um investimento no futuro que deve ser suportado também pela geração ou gerações desse mesmo futuro.

Por conseguinte, as despesas, de que beneficiam apenas ou fundamentalmente os membros da geração actual, devem ser satisfeitas por receitas provenientes de impostos de hoje, pelo que a sua cobertura por empréstimos, mormente de longo prazo, representa uma transferência inaceitável de encargos para as gerações futuras, que estas terão de saldar com impostos. Uma situação que mais não é do que uma verdadeira “hipoteca do futuro”, para que nos alertam alguns autores preocupados com a efectiva (e não apenas com a proclamada pela narrativa jurídica) garantia dos direitos das futuras gerações¹³.

3. A distinção entre impostos e tributos bilaterais

Deste modo, tendo em conta o que foi dito, compreende-se o sentido e alcance profundos da distinção entre impostos e tributos bilaterais.

Segundo o que vem sendo reiteradamente afirmado por alguma doutrina, do ponto de vista estrutural, temos uma distinção primária de tributos, segundo a qual os impostos diferenciam-se das taxas e demais contribuições financeiras a favor de entidades públicas por, nos primeiros, termos prestações pecuniárias unilaterais e, nos segundos, prestações pecuniárias bilaterais. Estrutura que, arrancando da realidade extrajurídica, sobretudo económica, em que se materializam, tem depois expressão nos tributos enquanto realidade jurídica concretizada, sobretudo, na disciplina constitucional e legal que os molda. Pelo que a distinção entre os tributos de estrutura unilateral (impostos) e os tributos de estrutura bilateral (taxas e contribuições bilaterais¹⁴) tem expressão em diversos aspectos a que importa aludir.

Primeiramente, a lógica e razão de ser de uns e de outros é radicalmente diferente. O que se revela, desde logo, em sede da legitimidade, pois enquanto os impostos têm por suporte fundamentalmente uma *legitimidade política* ou de Estado, em geral reportada ao voto popular, os tributos bilaterais têm por base fundamentalmente uma *legitimidade económica* ou de mercado reportada a uma troca individual ou grupal de utilidades. Assim, enquanto os impostos

¹³ V., por todos, NATÁLIA DE ALMEIDA MORENO, *A Face Jurídico-Constitucional da Responsabilidade Intergeracional*, Estudos Doutoramento & Mestrado, n.º 9, Coimbra: Instituto Jurídico, 2015; e DANIEL INNERARITY, *O Futuro e os seus Inimigos. Uma defesa da esperança política*, Alfragide: Teorema, 2011.

¹⁴ Que se distinguem naturalmente das contribuições que são um nome tradicional para os impostos, como acontece com as “contribuições especiais”, referidas no n.º 3 do artigo 4.º da Lei Geral Tributária - v. *infra*, ponto II.5.1.

são tributos *sem causa* assente, de um lado, no poder tributário puro e simples do Estado e, de outro, na capacidade contributiva dos destinatários deste poder, os tributos bilaterais têm por efectivo suporte uma *causa específica*, constituída pela prestação pública a que a taxa ou contribuição serve de contraprestação, correspondendo a um poder tributário que, no quadro de uma verdadeira troca de utilidades em que se move, é inerente ao próprio poder de prestação pública a que o tributo bilateral corresponde como contraprestação.

Daí que a incidência dos impostos seja sobre manifestações da capacidade contributiva, que em geral mais não são do que qualificadas manifestações da mais ampla capacidade económica¹⁵, as quais se traduzem na obtenção de rendimento, na titularidade ou transmissão de património ou na utilização do rendimento ou património na aquisição de bens e serviços. Capacidade contributiva a que não é alheia à *ideia de solidariedade*, traduzida no facto de apenas serem exigidos impostos a quem, embora dispondo de capacidade económica, ultrapasse o mínimo ou mínimos existenciais que, em concreto, sejam de respeitar por exigência constitucional.

Já os tributos bilaterais incidem como contraprestação sobre prestações oferecidas ou possibilitadas pelo Estado ou outros entes públicos, assentando assim na ideia de *justiça comutativa*. O que tem expressão eloquente no critério de medida dos tributos, traduzido nos impostos na capacidade contributiva dos correspondentes sujeitos passivos, enquanto que nos tributos de estrutura bilateral é ao equilíbrio entre a prestação pública e a contraprestação constituída pela taxa ou pela contribuição que cabe esse papel.

Características estas a que estão intimamente ligadas outras que também contribuem para a distinção dos dois tipos de tributos, como são a relativa à administração ou gestão dos tributos, de um lado, e a respeitante ao destino das receitas proporcionadas pelos mesmos, de outro. No que concerne ao primeiro aspecto, se a liquidação e cobrança dos impostos corresponde a uma administração ou gestão geral e única, encontrando-se sob a responsabilidade da Autoridade Tributária e Aduaneira (AT)¹⁶, já a

¹⁵ Isto naturalmente para quem entenda a capacidade económica como sendo um conceito mais amplo do que o da capacidade contributiva. O que não foi o entendimento da Assembleia Constituinte que elaborou a actual Constituição Espanhola, que utilizou a expressão capacidade económica para evitar que pudessem ser erigidas em objecto de tributação manifestações de capacidades não económicas, como a correspondente ao gozo de serviços públicos, na concepção perfilhada por F. MAFFEZZONI, em *Il Principio di Capacità Contributiva nel Diritto Finanziario*, Torino: UTET 1970, esp. parte I, e “Capacità contributiva”, *App. Novis. Digesto Italiano*, I, 1980, pp. 1009 e ss.

¹⁶ Dizemos sob responsabilidade da AT, porquanto, tendo em conta o actual sistema de “administração ou gestão privada” da generalidade dos impostos, àquela Autoridade cabe basicamente um papel de

liquidação e a cobrança das taxas e das contribuições financeiras serão em geral tarefas de administração ou gestão da entidade ou entidades que tenham a seu cargo as prestações públicas a que correspondem como contraprestações essas taxas ou contribuições financeiras.

Por seu turno, no respeitante ao destino das receitas proporcionadas pelos tributos, enquanto as dos impostos não podem deixar de ter uma afectação geral, encontrando-se, por conseguinte, sujeitas à estrita regra da *não consignação de receitas* do direito orçamental, como consta do artigo 16.º da Lei de Enquadramento Orçamental¹⁷, as receitas dos tributos bilaterais, atenta a sua estrutura, encontram-se inevitavelmente consignadas ao departamento ou serviço público que seja responsável pela realização da prestação pública que o tributo como contraprestação financia¹⁸.

Aliás, à administração ou gestão dos impostos pela AT e à não consignação das suas receitas encontra-se ligado um outro aspecto que é da maior importância. É que as receitas dos impostos e das contribuições para a Segurança Social contam para o apuramento da carga e esforço fiscais¹⁹, apresentando-se, assim, com um elevado grau de transparência que permite, designadamente, a comparabilidade internacional dos sistemas fiscais. O que, por via de regra, não ocorre com as receitas dos tributos bilaterais

controlo, fiscalização ou supervisão dessa administração ou gestão a cargo dos particulares, sobretudo das empresas – v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 343 e ss.

¹⁷ Daí que, nos termos desse artigo 16.º da Lei de Enquadramento Orçamental, a consignação de receitas dos impostos seja absolutamente excepcional.

¹⁸ Ideia que não obsta a que possa haver excepções, as quais, todavia, não põem em causa o figurino referido, como será o caso de financiamentos cruzados, em que entidades públicas liquidam e cobram, juntamente com as suas taxas ou contribuições, taxas ou contribuições relativas a prestações de outras entidades públicas, ou, ainda, o caso de essa liquidação e cobrança ser feita por entidades privadas, tarefa que estas realizam liquidando e cobrando taxas ou contribuições conjuntamente com os preços que cobram pelas prestações de serviços públicos que, como puras entidades privadas ou concessionárias, fornecem.

¹⁹ Categorias que, embora diferentes, pois enquanto a carga fiscal constitui a percentagem do PIB que o Estado recolhe em receitas fiscais (impostos e contribuições para a Segurança Social), o esforço fiscal, não obstante as diversas formas ou metodologias para o medir, relativamente às quais está longe de haver consenso, é, a seu modo, facilmente inteligível em termos empíricos, porquanto tem a ver com o rendimento disponível com que os contribuintes ficam depois de pagar os impostos, ou seja, tem em conta a relação entre a carga fiscal e o PIB *per capita*, que pode ser bastante diverso em países com a mesma carga fiscal. V., a este respeito, MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *Fiscalidade*, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, pp. 344 e ss.; J. ALBANO SANTOS, *Teoria Fiscal*, 2ª ed., Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2013, pp. 455 e ss.; MANUEL CORREIA DE PINHO / MARIA MANUEL PINHO, “Esforço fiscal em Portugal: uma avaliação no período de 1995 – 2015”, *Notas Económicas* 44, Impactum Coimbra University Press; e JOÃO RICARDO CATARINO / RICARDO MORAES SOARES “Desigualdade de esforço fiscal de renda das pessoas físicas”, em Marcus Abraham & outros (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor José Marcos Domingues – Temas de Direito Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 173 e ss. V., também, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Sobre a educação e cidadania fiscal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 149.º, 2019/2020, pp. 3 e ss.

que ficam circunscritas à orçamentação e contabilização dos serviços ou departamentos que os estabelecem ou administram e cobram, sendo muito difícil saber o seu montante global e, conseqüentemente, o seu peso *per capita*, constituindo, por isso, na medida em que de verdadeiros impostos se trate, como é cada vez mais frequente, efectivas *cifras negras* da carga e esforço fiscais que os contribuintes, ao fim e ao cabo, não estão em condições de contestar ou impugnar com um mínimo de conhecimento e eficácia²⁰.

II. A natureza jurídico-tributária da CESE

Como acabámos de ver, o Estado fiscal tem por pressuposto existencial uma economia livre ou de mercado, em que os indivíduos e as suas organizações empresariais cooperam ou colaboram na produção dos bens e serviços, recebendo a respetiva contrapartida por essa participação. É, pois, esta contrapartida, bem como os bens e serviços assim produzidos e os ativos assim obtidos e consolidados, que constituem o pressuposto de facto ou facto gerador dos impostos, que tem sustentado, com razoável êxito em termos financeiros, o Estado fiscal.

Uma realidade que enfrenta presentemente desafios tremendos, porquanto é observável a olho nu a crescente perturbação que vem atingindo esse pressuposto existencial, o que conduz directamente à insustentabilidade financeira do Estado fiscal e, indirectamente, à insustentabilidade do próprio Estado de Direito²¹. Um quadro de insustentabilidade financeira que tem levado os Estados, na procura por novos factos tributários, em que possam ancorar novos impostos, a enveredar por uma narrativa legislativa apostada em ocultar a criação destes, designando e disciplinando verdadeiros impostos como se fossem taxas ou contribuições financeiras a favor de entidades públicas. Um fenómeno que tem em Portugal múltiplas e diversificadas manifestações, de que a CESE constitui exemplo paradigmático.

De facto, sobretudo desde que entrámos no presente século, vimos assistindo à crescente criação de verdadeiros impostos sob o nome de taxas

²⁰ O que conduz a um sistema fiscal paralelo, que fica excluído de qualquer escrutínio do Estado de Direito Democrático – v., por todos, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Da sustentabilidade do Estado fiscal”, em José Casalta Nabais / Suzana Tavares da Silva (coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 11 e ss. (40 e ss.), e “«A crise do Estado fiscal””, em Suzana Tavares da Silva / Maria de Fátima Ribeiro (coord.), *Trajectórias de Sustentabilidade: Tributação e Investimento*, Coimbra: Instituto Jurídico, FDU, 2013, pp. 19 e ss. Para outras conseqüências da distinção dicotómica em causa, v. do mesmo autor, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, cit., pp. 43 e ss.

²¹ As manifestações da insustentabilidade do estado fiscal são diversas: para além da estrutural de que cuidamos, temos a económico-financeira, a ecológica, a social e a política. Para mais, v. JOSÉ CASALTA NABAIS *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, cit., pp. 125-160.

ou de contribuições financeiras, com o visível fito de escaparem ao escrutínio a que os impostos estão sujeitos no Estado de Direito. Olhando para algumas taxas e contribuições financeiras que têm vindo a ser estabelecidas, como é o caso da CESE, não podemos deixar de concluir que a maior parte delas constitui verdadeiros impostos, impostos especiais cuja especialidade pode ter diversas expressões que não põem, todavia, em causa a generalidade das notas que caracterizam o conceito de imposto, nem a lógica estadual que a estes se reporta.

Entre esses falsos tributos bilaterais temos, de resto, dois grandes grupos: o que integra um dos segmentos do que designamos por Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas paralelo, ou socorrendo-nos da sigla, “IRC paralelo”; outro, que é constituído por tributos municipais, designados taxas, que a pressão provocada pela necessidade de mais receitas vem impondo quase sem critério. É naquele primeiro grupo que se situa a CESE que, como teremos oportunidade de analisar, foi criada num contexto aparentemente conjuntural e encarada como um mero tributo “de crise”²².

1. O recorte legislativo da CESE

Cingindo-nos à CESE, a sua instituição teve por origem a segunda revisão ao *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, em Dezembro de 2011, na qual o governo português assumiu o compromisso de “colocar o sistema eléctrico nacional numa rota sustentável”, eliminando o défice tarifário do país e corrigindo as rendas excessivas nos mercados da energia. Foi neste seguimento que foram lançados dois pacotes fracassados de medidas, que visavam reduzir as rendas excessivas e garantir a sustentabilidade do sistema eléctrico nacional. Contudo, as dificuldades sentidas na implantação destas medidas levaram a que, cumulativamente, fosse ponderada a introdução de uma contribuição sobre o sector.

Acontece que o que o Governo anunciou em 2013 foi uma contribuição sobre o sector electroprodutor, abrangendo as centrais a carvão, hídricas e grande cogeração, sendo certo que na proposta de Orçamento de Estado para 2014 surge uma contribuição extraordinária sobre o sector energético,

²² Sobre a CESE, v. SÉRGIO VASQUES, “A contribuição Extraordinária Sobre o Sector Energético”, em Sérgio Vasques (coord.), *Fiscalidade da Energia*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 238-246; e FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *A Contribuição Extraordinária sobre o Setor Energético. Regime Fiscal e Constitucional*, Coimbra: Gestlegal, 2019. Para as contribuições financeiras em geral, v. FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *As Contribuições Financeiras no Sistema Fiscal Português. Uma Introdução*, Coimbra: Gestlegal, 2019, e *As “Demais Contribuições Financeiras a Favor das Entidades Públicas” na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa: AAFDL Editora, 2022.

incluindo todo o sector de energia, o que apontava para o verdadeiro objectivo da sua instituição: redução do défice público, subalternizando-se o intuito de redução do défice tarifário, e consequente financiamento do sector energético.

Esta contribuição foi, assim, criada pelo artigo 228.º da Lei n.º 83.º-C/2013, de 31 de Dezembro (LOE/2014), preceito que também aprovou o correspondente regime jurídico. Regime que vem sofrendo sucessivas alterações, podendo destacar-se três configurações distintas desta contribuição: a primeira correspondente à versão original do regime, nos termos da LOE/2014 (cuja vigência foi prorrogada para o ano de 2015, sofrendo ajustes pontuais às isenções, através da LOE/2015²³); a segunda com as alterações efetuadas ao regime pela Lei n.º 33/2015, de 27 de Abril e pela LOE/2017 (alargamento aos contratos de aprovisionamento de longo prazo de regime *take-or-pay*, no segmento do gás natural²⁴); e ainda uma terceira, resultado das alterações introduzidas ao regime por intermédio da LOE/2019, com a introdução de uma restrição à isenção até então aplicada ao setor das energias renováveis, passando a generalidade das entidades do setor a suportar o encargo do tributo em causa.

Segundo o n.º 2 do artigo 1.º do referido Regime, constante do artigo 228.º da LOE/2014, «a contribuição tem por objectivo financiar mecanismos que promovam a sustentabilidade sistémica do sector energético, através da constituição de um fundo que visa contribuir para a redução da dívida tarifária e para o financiamento de políticas sociais e ambientais do sector energético».

O legislador identifica como objectivo da CESE a atenuação do “défice ou dívida tarifária”. Défice que consiste na diferença entre o custo real da produção de energia eléctrica e os custos recuperados pelas tarifas aplicadas em razão do consumo da mesma, o qual resulta de uma decisão política, adoptada em 2006, de não repercutir inteiramente nos preços, aos quais é fornecida a energia aos consumidores, os custos da referida produção. Custos estes em que, é de assinalar, têm um peso muito significativo as chamadas *rendas garantidas* (por vezes também designadas *excessivas*), uma contrapartida indemnizatória reconhecida a título de “custos de manutenção

²³ Lei n.º 82-B/2014, de 31 de Dezembro.

²⁴ Estes contratos garantem ao fornecedor o pagamento de quantias mínimas de gás natural fixadas contratualmente, sendo que o risco de o consumo não ser atingido corre por conta dos consumidores de gás natural, sendo repercutido nas tarifas que suportam. Contudo, os excedentes podem ser vendidos em mercado pelo fornecedor.

do equilíbrio contratual” aos titulares dos anteriores “contratos de aquisição de energia”, cuja cessação antecipada foi estabelecida pelo artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de Agosto.

Contudo, para além deste propósito, verifica-se a atribuição de uma função mais ampla e genérica à CESE, nomeadamente como medida de consolidação orçamental do Estado português, como consta claramente do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 55/2014, de 9 de Abril, diploma que criou o Fundo para a Sustentabilidade Sistémica do Sector Energético (FSSSE), onde se afirma: «o sector energético também deve participar, numa óptica de repartição justa e equitativa de sacrifícios, no esforço de consolidação das contas públicas que tem sido exigido à sociedade portuguesa».

O que, a seu modo, já constava, até em termos mais precisos e desenvolvidos, no Regime da CESE, uma vez que no n.º 1 do artigo 11.º desse Regime se estabelece a consignação das receitas da CESE ao FSSSE, «com o objectivo de estabelecer mecanismos que contribuam para a sustentabilidade sistémica do sector energético, designadamente através da contribuição para a redução da dívida tarifária e do financiamento de políticas do sector energético de cariz social e ambiental, de medidas relacionadas com a eficiência energética, de medidas de apoio às empresas e da minimização dos encargos financeiros para o Sistema Eléctrico Nacional decorrentes de custos de interesse económico geral (CIEGs), designadamente resultantes dos sobrecustos com a convergência tarifária com as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, e para o SNGN».

Por seu lado, de acordo com os artigos 2.º, alíneas *a)* e *b)*, 3.º, n.º 1, alínea *a)*, e 4.º, n.º 2, alíneas *a)* e *b)*, do referido Decreto-Lei n.º 55/2014, dois terços das receitas públicas obtidas com a CESE, até ao limite máximo de € 100.000.000,00, devem ser, prioritariamente, afectos ao objectivo de «financiamento de políticas do sector energético de cariz social e ambiental relacionadas com medidas de eficiência energética» e o montante remanescente deve ser afecto ao objectivo da «redução da dívida tarifária do Sistema Eléctrico Nacional (SEN)».

A CESE é a única receita do Fundo que se encontra verdadeiramente prevista, com um grau mínimo de previsibilidade na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 55/2014. As demais receitas previstas nas alíneas *b)* a *e)* do n.º 1 desse artigo 3.º, apresentam-se como simplesmente potenciais, relevando em relação a elas mais a preocupação de não as excluir do que a de lhes atribuir um real significado. O que decorre das próprias fórmulas de tipo *passé partout* universalmente utilizadas para descrever, em

termos que se pretendem exaustivos, o universo das receitas das instituições públicas em geral, em que temos: «as dotações que lhe sejam afectas por lei», «os rendimentos provenientes de aplicações financeiras de capitais disponíveis», «o produto de doações, heranças, legados ou qualquer outra contribuição» e «quaisquer outras receitas que lhe sejam atribuídas por lei ou por negócio jurídico».

Aliás, da forma como a CESE se encontra prevista e regulamentada, sobretudo no que concerne à sua incidência subjectiva e objectiva, transparece que o legislador procurou dirigir-se essencialmente às empresas do subsector da produção de electricidade, instituindo uma tributação que acresce assim à tributação normal de que as empresas deste sector já são contribuintes.

2. A natureza jurídico-tributária da CESE

De quanto já foi dito, parece evidente que na CESE estamos perante um tributo unilateral, um imposto, e não face a uma tributo bilateral, designadamente face a uma contribuição financeira, como o nome pretende fazer crer. O que implica algumas considerações mais desenvolvidas seja para detectar nela as características fácticas e normativas próprias dos impostos, seja para afastar as características fácticas e normativas próprias das contribuições financeiras a favor de entidades públicas. Ou seja, importa abordar a CESE, definindo-a tanto pelo que ela é – um imposto especial sobre o sector eléctrico – como pelo que ela não é – uma contribuição financeira. Embora esta seja a ordem de abordagem que quase naturalmente se imporia, dado, porém, o tratamento de que CESE já foi objecto, sobretudo em sede da jurisprudência do Tribunal Constitucional, começaremos pela abordagem negativa e, depois, passaremos à abordagem positiva.

2.1. A CESE não é uma contribuição

No acórdão n.º 7/2019 decidiu o Plenário do Tribunal Constitucional «[n]ão julgar inconstitucionais as normas ínsitas nos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 11.º e 12.º que modelam o regime jurídico da “Contribuição Extraordinária sobre o Sector Energético”, aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83º-C/2013, de 31 de dezembro», tomando posição a favor da conformidade com a Constituição do regime legal da CESE.

Tem sido, assim, entendimento do Tribunal Constitucional (no acórdão referido e noutros que se seguiram) que a CESE escapa ao conceito (e regime jurídico próprio) do imposto (por não constituir tributo destinado a satisfazer toda a despesa pública) e da taxa (que se entende contrapartida

de uma prestação pública de que beneficia o obrigado tributário), sendo qualificável como contribuição financeira a favor de entidades públicas e, como tal, inserindo-se num *tertium genus* que não partilha o regime jurídico de nenhuma daquelas duas classes de tributos.

Segundo aquele Tribunal «[é] a unidade de interesses de grupo, a responsabilidade de grupo e o benefício de grupo, com relação à CESE e aos operadores no setor energético abrangidos pelo âmbito de incidência subjetiva (artigo 2.º do RJCESE), que suportam a conceptualização do tributo em causa como contribuição financeira inserida na lógica comutativa de aquisição de benefício difusa pela ação pública, esta por sua vez assente em responsabilidade de grupo pela situação carecida da atividade que a contribuição é chamada a financiar.²⁵».

Não podemos concordar com uma tal perspetiva, acreditando, aliás, que é precisamente nesta recondução da CESE à figura das contribuições financeiras que reside o “pecado original” da litigância em torno do regime deste tributo, razão pela qual teremos de começar justamente por este ponto.

Como é sabido, entre nós, não há uma qualquer definição legal nem do género tributo, nem das espécies em que este presentemente se desdobra, que são, em termos constitucionais e legais, os impostos, as taxas e as contribuições financeiras²⁶. O que, obviamente, não quer dizer que a lei desconheça os conceitos em causa, uma vez que a legislação e, sobretudo, a Lei Geral Tributária os tem em muito boa conta. O que podemos ilustrar, especificamente, com a descrição, mais ou menos precisa, da base e incidência objectiva das referidas espécies de tributos, isto é, dos correspondentes factos tributários, factos geradores ou pressupostos de facto, como constam dos n.ºs 1 e 2 do seu artigo 4.º, relativamente aos impostos e às taxas²⁷. Aí temos a seguinte distinção: «[o]s impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património»; «[a]s taxas assentam na prestação concreta de um

²⁵ V. o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 411/2022.

²⁶ O que não acontece inteiramente lá fora, uma vez que tanto em Espanha como no Brasil encontramos uma definição de tributo - v. o art. 2.º, n.º 1, da *Ley General Tributária* espanhola e o art. 3.º do *Código Tributário Nacional* brasileiro.

²⁷ Muito embora o n.º 3 desse artigo se refira às contribuições especiais, não é, em rigor, para descrever o seu específico pressuposto de facto, mas antes para remeter algumas das contribuições para o regime jurídico dos impostos, pois aí se prescreve: «[a]s contribuições especiais que assentam na obtenção pelo sujeito passivo de benefícios ou aumentos de valor dos seus bens em resultado de obras públicas ou da criação ou ampliação de serviços públicos ou no especial desgaste de bens públicos ocasionados pelo exercício de uma actividade são consideradas impostos». Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, cit., pp. 39 e s.

serviço público, na utilização de um bem do domínio público ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares»²⁸.

Por conseguinte, os tributos unilaterais ou impostos têm contado basicamente com a definição da doutrina. Num tal quadro, vimos definindo os impostos da seguinte forma: objectivamente o imposto é uma prestação pecuniária, coactiva, unilateral e definitiva; subjectivamente é uma prestação exigida a (ou devida por) detentores (individuais ou colectivos) de capacidade contributiva, a favor de entidades que exerçam funções ou tarefas públicas; e teleologicamente, o imposto é exigido pelas entidades que exerçam funções públicas para a realização dessas funções, conquanto que estas não tenham carácter sancionatório²⁹.

Sendo uma prestação unilateral, o imposto não constitui uma contraprestação a uma qualquer prestação pública específica, individualizada, a favor do contribuinte, justamente porque não tem como facto gerador ou pressuposto de facto a realização de uma prestação específica a favor do destinatário do tributo.

O que significa que este tributo tem como conteúdo um dever de prestar, que surge, como em todos os tributos, pela simples verificação do correspondente facto previsto na lei, facto este que, tendo naturalmente de respeitar as exigências que formam o seu parâmetro jurídico-constitucional, tem uma estrutura unilateral, já que ao pagamento do imposto não corresponde, portanto, nenhuma prestação específica realizada ou a realizar ao seu devedor. Este apenas poderá beneficiar da prestação genérica correspondente à criação e funcionamento da generalidade dos serviços públicos e do desenvolvimento da actividade pública que as receitas provenientes dos impostos, genericamente ou em termos consignados, financiam. A conexão entre os impostos pagos e as utilidades de que os contribuintes podem vir a usufruir é totalmente abstracta e meramente potencial.

Contrariamente, os tributos bilaterais, porque assentes numa relação jurídica do tipo *do ut des*, têm justamente por base factos geradores ou

²⁸ Refira-se que esta descrição das taxas, ao contrário do que possa parecer e das diferenças que, todavia, existem, não está longe do conceito constante do art. 3.º do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, em que dispõe «[a]s taxas das autarquias locais são tributos que assentam na prestação concreta de um serviço público local, na utilização privada de bens do domínio público e privado das autarquias locais ou na remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares, quando tal seja atribuição das autarquias locais, nos termos da lei». Muito embora se deva acrescentar que esta disposição, para além de pretender fornecer um conceito de taxas locais, tem subjacente um conceito de taxa mais amplo e formal do que o da LGT – v. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Sobre o regime jurídico das taxas”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145.º, 2015/16, pp. 25-45.

²⁹ V. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., pp. 34 e ss.

pressupostos de facto com estrutura bilateral. Isto é, factos que os destinatários desses tributos provocaram, originando despesas públicas que devem ser suportadas por quem individualmente ou grupalmente as causou e não pela generalidade dos contribuintes.

Não suscitando quaisquer dúvidas que a CESE não pode reconduzir-se à figura paradigmática dos tributos bilaterais - as taxas -, o mesmo já não se pode afirmar quanto à sua classificação como uma contribuição, já que, segundo o Tribunal Constitucional, a CESE não pode ser considerada um imposto, uma vez que, tendo em consideração a actual divisão tripartida ou ternária dos tributos³⁰, se apresenta como um tributo reconduzível à figura que encontramos entre os impostos e as taxas - as contribuições especiais em sentido amplo³¹.

A este respeito, importa, desde já, esclarecer que falar em contribuições especiais em sentido amplo é tudo menos esclarecedor para apurar a natureza tributária da CESE, que ou é uma contribuição financeira a favor de entidades públicas ou um imposto. É que a expressão contribuição comporta diversos sentidos: 1) um outro nome para os impostos em geral³²; 2) as contribuições especiais mencionadas no n.º 3 do artigo 4.º da LGT, que são impostos especiais; e 3) as contribuições financeiras a favor de entidades públicas³³. De facto, são estas últimas as únicas contribuições que levantam problemas e que aqui estão em causa, porquanto as outras são inequivocamente, formal e materialmente, impostos, gerais ou especiais, mas impostos³⁴.

³⁰ Que surgiu depois de ter prevalecido, pelo menos em sede jurídico-constitucional, uma divisão dicotómica ou binária dos tributos, constituindo estes ou tributos unilaterais que integravam a figura dos impostos, ou tributos bilaterais que se reconduziam à figura das taxas. Para o que foi decisivo a revisão constitucional de 1997, que reconheceu, a título da delimitação da reserva relativa da Assembleia da República [nos termos do art. 165º, nº 1, alínea i), da Constituição], ao lado dos impostos e das taxas, as contribuições financeiras a favor das entidades públicas.

³¹ Pois que a expressão contribuições tem tido tradicionalmente o mesmo sentido da expressão impostos, uma sinonímia que, sendo tradicional, foi muito reforçada nos finais do século XIX com a clara intenção de vincar a ideia de auto-consentimento dos impostos ou de auto-tributação.

³² O que aconteceu com diversos impostos tradicionalmente designados por contribuições (entre nós, a contribuição predial, a contribuição industrial, a contribuição autárquica), uma expressão que foi adotada no quadro da filosofia liberal da segunda metade do século XIX, que via no indivíduo um cidadão livre e titular exclusivo dos seus direitos, que pagava prestações ao Estado não porque este tivesse o poder de lhas impor, mas antes porque ele, como cidadão, tinha a obrigação de as realizar.

³³ V. FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *As "Demais Contribuições Financeiras a Favor das Entidades Públicas" na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, cit., pp. 103 e ss.

³⁴ Rejeitamos, pois, a reconstrução do conceito de contribuições especiais concretizada no conceito de contribuições em sentido amplo, tornando deste modo um conceito estrito e preciso, bem consolidado na nossa ordem jurídica, num conceito amplo e impreciso, que o Tribunal Constitucional pode, assim, aplicar com a mais ampla liberdade. O que revela uma prática do Tribunal Constitucional que tem outras manifestações,

Impõe-se, pois, não esquecer que o *tertium genus* dos tributos, que é constituído apenas pelas contribuições financeiras, configuram contraprestações ou contrapartidas dos destinatários por específicas prestações públicas de carácter grupal que o Estado entende dever ser financeiramente suportada pelo grupo e não pelos contribuintes em geral, sendo certo que a existência de um grupo destinatário de normas tributárias é, a seu modo, compatível com os três tipos de tributos (impostos, taxas e contribuições financeiras).

Daí que a natureza grupal não seja estranha à figura das taxas, como consta do n.º 2 do artigo 5.º do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, em que se prescreve que *«as autarquias locais podem criar taxas para financiamento de utilidades geradas pela realização de despesa pública local, quando desta resultem utilidades divisíveis que beneficiem um grupo certo e determinado de sujeitos, independentemente da sua vontade»*. O que, naturalmente, levanta o problema de saber se no teste da proporcionalidade entre a prestação pública e a contraprestação que a correspondente taxa materializa, inerente à própria estrutura bilateral da figura das taxas, se reporta apenas a cada um dos sujeitos passivo individuais do tributo, ou se também implica ter em consideração todo o grupo especificamente beneficiado pela realização da correspondente despesa pública.

Ora, para que se possa afirmar com segurança que a CESE é uma contribuição financeira é necessário que, por um lado, os activos das empresas tributadas permitam validamente presumir que estas são beneficiárias de prestações administrativas determinadas e, por outro, que se conclua que a CESE visa, precisamente, compensar essas prestações administrativas. Ou seja, para além de este tributo ter como pressuposto prestações administrativas, será ainda necessário concluir que a sua razão de ser reside na compensação dessas prestações³⁵.

como, por exemplo, a dos três níveis de retroactividade dos impostos e a da natureza de princípio, e não de regra, da proibição constitucional de impostos retroactivos. Prática que, ao mesmo tempo que amplia a sua competência, corre o risco de converter a constituição numa “folha de papel” à maneira da concepção sociológica de constituição de Ferdinand Lassalle, revelada na conferência que proferiu na Associação dos Contribuintes de Berlim em 16 de Abril de 1862, subordinada ao título «Über Verfassungswesen». É certo que, tendo a “competência da sua competência”, o Tribunal Constitucional pode, a seu modo, reduzir a Constituição ao que os seus juizes disserem que é, como na célebre frase do Chief of Justice Charles Evans Hughes: *«We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution»*, embora reportada a uma visão da constituição reconduzida à tutela dos direitos fundamentais liofilizados na *liberty and property clause*.

³⁵ Neste sentido, v. SÉRGIO VASQUES, “A Contribuição Extraordinária Sobre o Sector Energético”, *op. cit.*, p. 229.

Aliás, a possibilidade de um regime autónomo para as contribuições financeiras a favor de entidades públicas verificar-se-á, sobretudo, relativamente às contribuições que constituem o seu paradigma enquanto tributo de natureza grupal, ou seja, as contribuições no domínio económico, mais precisamente as que suportam financeiramente a actividade do actual Estado regulador e supervisor, as quais se apresentam como a contraprestação pela prestação realizada pela respectiva entidade ou agência de regulação ou de supervisão a favor do correspondente grupo de regulados ou supervisionados, constituindo uma espécie de preços públicos que não deixa de operar à maneira das clássicas taxas.

Tendo em conta as propostas avançadas por quem mais tem tratado desta matéria, a doutrina e a jurisprudência alemãs, que não deixam de ter em conta a proximidade que as referidas contribuições apresentam relativamente às taxas, tendem a distinguir três subespécies de contribuições, isto é, as contribuições financeiras, as contribuições parafiscais e as contribuições extrafiscais, sendo certo que apenas as primeiras se reportam à estrutura das relações tributárias, pois as contribuições parafiscais estão relacionadas com o critério do sujeito activo das relações e da titularidade das receitas e as contribuições extrafiscais com o critério da finalidade das mesmas³⁶.

E seguindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão e a doutrina que a acompanha, às contribuições financeiras são em geral apontadas as seguintes características: 1) assentam numa especial ligação a um grupo que seja suficientemente diferenciado da generalidade dos contribuintes e se apresente dotado de um mínimo de homogeneidade; 2) tenham a ver com uma específica responsabilidade de grupo, designadamente em sede da responsabilidade pelo risco da actividade desenvolvida³⁷; 3) que, de algum modo, os membros do grupo em causa beneficiem de uma utilidade específica³⁸.

Ora, o que é visível em sede da CESE é uma ausência total das características apontadas às contribuições financeiras, porquanto contribuintes da CESE são, segundo o artigo 2.º do Regime Jurídico desta, todos quantos,

³⁶ O que tem por consequência que a parafiscalidade, de um lado, e a extrafiscalidade, de outro, porque não se reportam à estrutura das correspondentes relações tributárias, possam estar presentes nas três espécies de tributos - impostos, taxas e contribuições - v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., pp. 53 e ss.

³⁷ Como será o caso da Contribuição para o Sector Bancário, pelo menos a partir do momento em que esta passou a ser suporte do Fundo de Resolução, criado em 2012, para prestar apoio financeiro às medidas de resolução aplicadas pelo Banco de Portugal enquanto Autoridade Nacional de Resolução - v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 184 e ss.

³⁸ V. SUZANA TAVARES DA SILVA, *As Taxas e a Coerência do Sistema Tributário*, cit., pp. 87 e ss., e FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *O (Imposto) de Solidariedade sobre o Setor Bancário. Regime Financeiro, Fiscal e Constitucional*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020, pp. 85 e ss.

pessoas singulares ou colectivas, integram o sector energético nacional, com domicílio fiscal ou com sede, direcção efectiva ou estabelecimento estável em território português, que se enquadrem numa das previsões das alíneas constantes desse mesmo artigo.

Desde logo, não se verifica uma homogeneidade de grupo, porquanto, reportando-se o problema da sustentabilidade do sector energético essencialmente à dívida tarifária da electricidade, a CESE não só é paga por quem não tem nenhuma relação próxima com esse problema, designadamente todos os operadores com actividade nos outros subsectores, como não é paga por grande parte dos produtores de energia eléctrica proveniente de fontes renováveis e pelos produtores em instalações de cogeração, pois, embora estes tenham um peso considerável na origem da dívida tarifária, encontram-se isentos ao abrigo do artigo 4.º do Regime da CESE.

Depois, também não se vislumbra, de um lado, a menor ligação específica da CESE a uma qualquer responsabilidade especial de grupo, mormente ligada a um eventual risco específico da actividade desenvolvida pelo sector energético a imputar apenas às empresas deste sector económico, e, de outro lado, qualquer sinal no sentido de os sujeitos passivos da CESE beneficiarem de qualquer utilidade específica.

O que em nada é infirmado pelo facto de a receita da CESE se encontrar sujeita à consignação orgânica a um fundo - o FSSSE. É que, para além de a consignação de receitas ser compatível com as três espécies de tributos, pois pode ocorrer nos impostos e é inerente às taxas e contribuições financeiras, o Decreto-Lei n.º 55/2014 procede à consignação material da receita da CESE, determinando que, entre as despesas do Fundo, a contribuição será aplicada em dois terços ao financiamento de políticas do sector energético de cariz social e ambiental e, no terço remanescente, à redução da dívida tarifária.

Significa isto que as empresas obrigadas ao pagamento da CESE não se podem presumir beneficiárias das políticas públicas na área da energia. E isto porque o bem público subjacente à CESE não é a sustentabilidade do sector da energia, mas sim a consolidação orçamental em sentido lato e a garantia das condições financeiras do Estado em possível compra dos créditos tarifários dos operadores da electricidade.

Entende o Tribunal Constitucional que «a uma contraprestação direta, específica e efetiva, resultante de uma relação concreta com um bem ou serviço, o que afasta a sua qualificação como taxa, a sujeição à CESE de determinados operadores económicos tem como um dos seus objetivos «financiar mecanismos que promovam a sustentabilidade sistémica

do sector energético» (artigo 1º, n.º 2, do regime da CESE). É, a par do objetivo da redução da dívida tarifária – que é uma das suas causas –, o objetivo da promoção de mecanismos para financiamento de políticas do setor energético de cariz social e ambiental, e de medidas relacionadas com a eficiência energética, bem como de medidas de apoio às empresas, que gerará, igualmente, contrapartidas, ainda que difusas, dirigidas aos sujeitos passivos da CESE. A existência destas presumidas contraprestações que vão além do mero objetivo da redução tarifária, e que a criação do FSSSE garante, assegura, também, o caráter estrutural de bilateralidade ou sinalagmaticidade da relação subjacente ao tributo em causa, permitindo excluir a sua caracterização como imposto, já que nelas é possível identificar a satisfação das utilidades do sujeito passivo do tributo como contrapartida do respetivo pagamento. É a participação de um especial setor da atividade económica nos benefícios/custos presumidos da adoção destas políticas de financiamento que permite isolá-los dos demais contribuintes, sujeitando-os à contribuição criada pelas normas em apreciação, sem que essa diferenciação possa considerar-se violadora da Constituição.»³⁹

Não é a primeira vez que o Tribunal Constitucional recorre a bilateralidades ou sinalagmas inexistentes para concluir pela legitimidade de impostos inequivocamente inconstitucionais⁴⁰. Mas isso mais não significa do que o esquecimento por parte deste Tribunal de que é a estrutura bilateral da relação jurídica, em que assentam tanto as taxas como as contribuições financeiras, que, para além de suportar a natureza comutativa destes tributos, que constituem efetivas trocas de utilidades económicas, beneficiam de uma legitimidade material (económica), diversamente do que acontece com os impostos que têm por suporte uma legitimidade processual (política) imbricada no secular princípio da legalidade fiscal.

Ou seja, por outras palavras, prescindir da estrutura da relação tributária como critério decisivo da distinção entre tributos unilaterais (impostos) e tributos bilaterais (taxas e contribuições financeiras) redundaria em substituir a posição central da pessoa dos contribuintes pela do poder tributário do Estado. O que, pelo que dissemos logo no início destas reflexões, não pode ter a nossa aceitação, tanto mais que vai em total contramão da Constituição e do Estado de Direito que suporta.

³⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 756/2021.

⁴⁰ Veja-se o caso da “taxa” devida pela “renovação anual” do licenciamento de painéis publicitários instalados em propriedade privada (acórdão n.º 177/2010).

Desta forma, entendemos, contrariamente ao Tribunal Constitucional, que os sujeitos passivos da CESE não são especiais beneficiários das prestações públicas que esta visa financiar, retirando uma hipotética vantagem igual à que dela retiram a generalidade dos particulares, isto é, dos contribuintes. Pois a parcela mais significativa da CESE traduz-se numa receita que visa custear o financiamento em geral das despesas públicas, que, por isso, deveriam de ser repartidas pela generalidade dos contribuintes.

De resto, reportando-se o problema da sustentabilidade do sector energético essencialmente à dívida tarifária da electricidade (reconhecido, como vimos, no próprio Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 55/2014), a CESE não só é paga por quem não tem nenhuma relação próxima com esse problema, designadamente todos os operadores com actividade nos outros subsectores, como não é paga por grande parte dos produtores de energia eléctrica proveniente de fontes renováveis e pelos produtores em instalações de cogeração, que, embora tenham um peso considerável na origem da dívida tarifária do SEN, se encontram isentos ao abrigo do artigo 4.º do Regime da CESE.

O legislador, ao associar a CESE à sustentabilidade sistémica do sector energético, visa estabelecer uma falsa relação de troca com as empresas obrigadas ao seu pagamento, como se se tratassem de beneficiários das medidas públicas que levam à formação do défice tarifário.

Parece ser esta a falácia na qual o próprio Tribunal Constitucional cai, ao afirmar que «[t]ambém no que respeita à incidência objetiva da CESE se considera estar garantido um nexos causal suficiente entre os ativos (no caso, ativos regulados) sobre os quais recai a CESE (artigo 3.º, n.º 1, do Regime jurídico da CESE) e as políticas públicas de cariz social e ambiental do setor energético. A titularidade dos ativos tributáveis por parte das empresas que as normas legais sujeitam à CESE, cuja justificação radica na sustentabilidade sistémica do setor energético, torna-as presumíveis beneficiárias das políticas públicas de energia e da sua regulação. Os ativos não surgem como manifestação meramente hipotética da capacidade contributiva, que fosse exigida como receita para despesas gerais do Estado, mas como indicador que permite presumir a potencial utilidade das prestações públicas que aos operadores aproveitam, e os custos presumidos que provocam, já que os ativos são elementos essenciais ao desenvolvimento da atividade, sendo suficientemente adequados para diferenciarem aquele impacto.»⁴¹

⁴¹ V. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 756/2021.

Não se verifica, assim, nenhuma das exigências que as contribuições financeiras devem respeitar, já que a CESE, não só não incide sobre um grupo homogéneo de sujeitos passivos, como o grupo sobre que incide não é integrado por muitos dos que têm uma clara proximidade com a obrigação tributária da CESE e as suas finalidades, não se vislumbrando uma qualquer relação encargo/benefício, capaz de demonstrar que as receitas geradas pelo tributo são fruídas pelos membros deste grupo.

A presunção de benefício que vem implícita na CESE, e com a qual o Tribunal Constitucional tem pactuado, apenas poderia valer ao conjunto limitado de produtores de energia eléctrica aos quais se dirigem as medidas públicas de apoio que, como já vimos, se encontram genericamente dispensados do seu pagamento. Pelo que estamos perante uma ausência total de bilateralidade de natureza grupal na qual as contribuições financeiras assentam, sendo essa ausência especialmente visível no caso dos sujeitos passivos de outros subsectores que não o da electricidade.

Em suma, a CESE não é um instrumento de financiamento nem de novos serviços de interesse geral que ocasionem um benefício específico imputável a destinatários diferenciados, nem de novas entidades administrativas cuja actividade beneficia um grupo homogéneo de destinatários, e muito menos um instrumento orientador de comportamentos. Na verdade, estando, afinal de contas, a CESE ao serviço do bem público constituído pela sustentabilidade das finanças públicas, parece não haver qualquer base para a existência de um serviço individualizado, especificamente prestado pelo Estado ou outras entidades públicas, seja aos indivíduos seja a determinados grupos.

2.2. A CESE é um imposto especial sobre o sector energético

Atendendo ao que vimos de dizer, parece não restarem dúvidas de que a CESE é um imposto especial sobre alguns operadores de um sector da actividade específico, aos quais, em face da sua particular capacidade contributiva, o Estado entendeu que devia exigir um esforço fiscal acrescido no processo de consolidação orçamental. Conclusão que não parece difícil de comprovar, convocando o conceito de imposto e verificando a presença na CESE das notas típicas que suportam esta figura tributária.

Mas antes disso até, importa não esquecer que a finalidade original anunciada da CESE se alterou, apontando essa alteração justamente no sentido da classificação da mesma como um verdadeiro imposto. Na segunda revisão do *Memorando de Políticas Económicas e Financeiras*, o governo assumiu o compromisso de introduzir medidas que promovessem a

sustentabilidade do sistema eléctrico nacional, eliminando o défice tarifário do país e corrigindo as rendas excessivas dos mercados de energia. Contudo, como referimos, a dificuldade na implementação de tais medidas levou a que se criasse uma contribuição sobre o sector electroprodutor, que rapidamente surge transformada numa contribuição a abranger todo o sector da energia, subalternizando-se o objectivo inicial de redução do défice tarifário ao objectivo mais amplo da redução do défice público.

Um intuito que se reforçou e tornou notório com a segunda alteração introduzida à CESE, por via da Lei n.º 33/2015, na qual se sujeitou a esta contribuição os comercializadores do Sistema Nacional de Gás Natural, incidindo a mesma sobre o valor económico equivalente dos contratos de aprovisionamento em regime *take-or-pay*. É óbvio que não se pretendeu compensar qualquer prestação administrativa de que estas empresas sejam beneficiárias, mas apenas absorver as rendas excessivas que decorrem do quadro legal em vigor, fazendo reverter para os cofres públicos esses lucros considerados extraordinários.

A Proposta de Lei do Orçamento do Estado para 2014 e toda a discussão em torno da mesma⁴² deixou muito claro que o objectivo da CESE, atendendo à necessidade de equilibrar as contas públicas, era o de obrigar as grandes empresas do sector da energia a partilhar do esforço que todos os portugueses estavam a fazer, com vista ao cumprimento das metas impostas no âmbito do programa de assistência financeira, participando, assim, no saneamento do défice público.

A CESE assume-se, por conseguinte, como uma prestação de carácter pecuniário, coactivo, unilateral e definitivo, exigida pelo Estado a entidades que revelam uma particular manifestação de capacidade contributiva com a finalidade de obter receitas públicas que se encontram legalmente consignadas à realização de finalidades que se apresentam como objectivos da política para o sector energético.

Nesta conclusão importa realçar a nota da unilateralidade, dado ser esta que afasta a CESE da figura das taxas e da figura das contribuições financeiras, porquanto não constitui qualquer contrapartida a qualquer prestação que o Estado ou outras entidades públicas efectuem especificamente a favor de cada um dos sujeitos passivos ou do grupo ou grupos que estes formam. Unilateralidade que se confirma não só relativamente ao momento

⁴² V. Apresentação do Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Energia, “MAOTE – Orçamento 2014 – Nota Explicativa”, 31/10/2013, disponível em: <https://app.parlamento.pt/> [Consultado em 28 de Novembro de 2022].

da verificação do seu pressuposto de facto e da sua liquidação e cobrança, como relativamente a qualquer momento posterior futuro, sendo, pois, uma prestação com carácter definitivo, dado não envolver o direito por parte dos sujeitos passivos a qualquer reembolso ou devolução do montante da mesma.

De resto, no sentido de que a CESE é um imposto, vai também a maneira como esta é liquidada e cobrada, uma vez que estas operações são realizadas com recurso a uma espécie de *outsourcing* interno, estando a cargo da Autoridade Tributária, que é remunerada, a título de encargos, com 3% das receitas cobradas, nos termos do disposto nas alíneas *b*) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 55/2014⁴³.

Estamos, todavia, perante um *imposto especial*, um imposto cuja especialidade se revela em diversos aspectos ou segmentos do seu regime jurídico. Desde logo, a CESE incide sobre empresas do sector energético, não constituindo, assim, um imposto geral sobre as empresas, que cumule com o IRC ou com o IRS empresarial. Depois, é um imposto sobre os activos dessas empresas e não sobre o rendimento ou lucro que é a base da tributação empresarial. Enfim, não incide sobre todas as empresas do sector energético nem sobre a totalidade dos activos de tais empresas, mas apenas sobre as empresas do sector energético que disponham de uma certa dimensão⁴⁴.

Portanto, de um lado, como já referimos, o Regime da CESE, embora socorrendo-se, a nosso ver inadequadamente, da técnica legislativa das isenções fiscais, acaba por excluir da incidência desse tributo os sujeitos passivos cujo valor total do balanço, em 31 de Dezembro, seja inferior a 1.500.000⁴⁵. De outro lado, é um imposto que tem por base um índice ou manifestação da capacidade contributiva das empresas que é constituído pelos seus activos, não se configurando, por conseguinte, como um qualquer agravamento da tributação do rendimento ou lucro empresarial, ou seja, do IRC ou IRS empresarial.

⁴³ Algo em tudo idêntico ao que ocorre com a liquidação e cobrança pela AT do IMI e IMT, nos termos do disposto no artigo 17.º, n.º 4, do Regime de Financiamento das Autarquias Locais e Entidades Intermunicipais.

⁴⁴ Que, todavia, tendo em conta os critérios de qualificação das micro, pequenas, médias e grandes empresas, constante do artigo 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de Novembro (certificação, por via electrónica, de micro, pequena e média empresa), abrange empresas de todas estas espécies.

⁴⁵ O próprio Relatório do Orçamento do Estado para 2014 reconduz a CESE às medidas arquitectadas para assegurar «que todos os agentes económicos, e em particular aqueles com maior capacidade contributiva, são chamados a participar no esforço de ajustamento com contribuições adicionais».

O que revela que a CESE se apresenta como um imposto especial que, embora reportado ao rendimento, é medido a partir do património ou do capital das empresas. Isto é, um imposto sobre os activos fixos tangíveis, os activos intangíveis (com excepção dos elementos da propriedade industrial) e os activos financeiros afectos a concessões ou actividades licenciadas.

Por conseguinte, é nesta configuração que o regime da CESE há-de ser confrontado com os pertinentes princípios da constituição fiscal, mais especificamente com os princípios da legalidade fiscal, da igualdade fiscal a aferir com base na capacidade contributiva e da tributação das empresas pelo seu rendimento real.

III. A inconstitucionalidade da CESE

A análise que o Tribunal Constitucional tem levado a cabo sobre a eventual violação, por parte da CESE, dos princípios constitucionais da legalidade fiscal, da igualdade fiscal e da tributação das empresas pelo seu rendimento real tem partido sempre da premissa errada de que se está perante uma contribuição financeira, o que vem conduzindo a um juízo de validade constitucional desta contribuição.

Contudo, não passando de um imposto especial sobre o rendimento das empresas do sector energético com receita consignada, que visa atingir os “ganhos excessivos” destas, a CESE enferma, na nossa opinião, de inconstitucionalidade por violação dos princípios constitucionais da legalidade fiscal, da igualdade fiscal e da tributação das empresas pelo seu rendimento real.

1. Violação do princípio da legalidade fiscal

Desde logo, no que se prende com o princípio da legalidade, no segmento da tipicidade, tal como este decorre do disposto no n.º 2 do artigo 103.º da Constituição, deparamo-nos com uma violação para a qual não se vislumbra a menor justificação, designadamente a decorrente da ideia de praticabilidade das soluções legais.

De facto, se atendermos ao disposto no n.º 1 do artigo 3.º do Regime da CESE, contido no artigo 228.º da LOE/2014, verifica-se que a base tributável da mesma consiste no valor dos elementos do activo dos sujeitos passivos que respeitem, cumulativamente a: a) activos fixos tangíveis⁴⁶, b)

⁴⁶ Não existe uma única definição de activo unanimemente aceite. José Luís Saldanha Sanches define “activo” como um bem que 1) tem aptidão para proporcionar um ganho futuro; 2) está na posse ou sob o domínio da empresa; 3) resulta de um negócio ou de outro facto já verificado. V. JOSÉ LUÍS SALDANHA

activos intangíveis, com excepção dos elementos da propriedade industrial⁴⁷, e c) activos financeiros afectos a concessões ou a actividades licenciadas nos termos do artigo 2.º desse Regime. E, segundo o disposto no n.º 4 desse artigo 3.º⁴⁸, o valor dos elementos do activo corresponde aos activos líquidos reconhecidos na contabilidade dos sujeitos passivos, com referência a 1 de Janeiro de 2014, ou no 1.º dia do exercício económico, caso ocorra em data posterior.

Uma definição e identificação dos activos sujeitos à CESE que, ao menos aparentemente, satisfaz inteiramente as exigências da ideia de tipicidade do princípio da legalidade fiscal. Todavia, isso é apenas o que parece, uma vez que se levantam problemas quanto à efectiva delimitação dos activos que constituem o objecto da incidência desta “contribuição”. Problemas para os quais não encontramos solução directa e clara nas normas de incidência em análise.

Assim, a Administração Tributária, na interpretação e aplicação que vem fazendo das referidas normas de incidência da CESE, aproveitando-se do facto de a letra da lei não ser suficientemente clara e densa, acaba por tributar activos fixos tangíveis que, embora pertencentes à propriedade de um sujeito passivo, são directamente explorados por outros sujeitos que não exercem nenhuma das actividades elencadas no artigo 2.º do Regime da CESE.

É que o princípio da tipicidade (*Tabestandsmäßigkeit*) exige que a lei (lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado) contenha a disciplina tão completa quanto possível da matéria reservada, matéria que, sendo identificada com os chamados elementos essenciais dos impostos,

SANCHES, “O activo imobilizado: a jurisdificação de um conceito económico”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra: Almedina, 2000, pp. 156 e ss. Para o *Accounting Standards Board* (ASB), um activo é «um direito ou outro acesso a benefícios económicos futuros controlados por uma entidade como resultado de transacções ou acontecimentos passados». Por seu lado, o *International Accounting Standards Board* (IASB) define activo como «o recurso controlado pela empresa como resultado de acontecimentos passados e do qual se espera que fluam para a empresa benefícios económicos futuros».

⁴⁷ A Norma Internacional de Contabilidade IAS (38), emitida pelo IASB, que versa sobre activos intangíveis, define estes como «um activo não monetário identificável sem substância física». Para identificarmos estes activos teremos de ter em conta os critérios da identificabilidade, do controlo e da capacidade de gerarem benefícios económicos futuros - v. JOÃO RODRIGUES, *Adopção em Portugal das Normas Internacionais de Relato Financeiro*, Lisboa: Áreas Editora, 2005, pp. 109 e ss. Quanto aos requisitos de identificação de um activo intangível, v. CATARINA ANTÓNIA MARTINS, “O valor dos activos intangíveis e o capital intelectual”, *Revista de Contabilidade e Comércio*, n.º 229, vol. LVIII, Outubro de 2001, pp. 63 e ss., e ANTÓNIO MARTINS, “A estrutura conceptual do Sistema de Normalização Contabilística: um breve comentário sobre activos intangíveis”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano I (2008), n.º 4, pp. 145 e ss.

⁴⁸ Que, antes da redacção da Lei n.º 33/2015, era o n.º 3.

integra, nos termos do n.º 2 do artigo 103.º da Constituição Portuguesa, relativamente a cada imposto, a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes⁴⁹. Princípio que, valendo indiscutivelmente para todos os elementos essenciais, comporta uma particular exigência no que concerne à incidência do imposto.

Ora, no que respeita à incidência da CESE, atendendo à *ratio legis* que esteve na base da criação desse tributo ou, pelo menos, aquela que foi dada a conhecer, verificamos que o que se pretendeu foi introduzir uma tributação adicional sobre os sujeitos passivos que, pela actividade exercida, integrem o sector energético. Ao estabelecerem, a título de incidência subjectiva e objectiva, um elenco taxativo dos sujeitos passivos e os tipos de activos empresariais objecto da CESE, os referidos artigos 2.º e 3.º do Regime estabelecem que apenas os activos – fixos tangíveis, intangíveis e financeiros – detidos e afectos à actividade das empresas do sector energético podem ser tidos em conta para efeitos do cálculo da correspondente base tributável.

O que significa que ficam excluídos da referida base tributável aqueles activos que, embora detidos pelos sujeitos passivos da CESE, são explorados exclusivamente por entidades que não desenvolvem qualquer das actividades elencadas na referida incidência subjectiva. Se o legislador pretendesse incluir na base de incidência da CESE também os activos afectos à actividade de entidades diversas das elencadas no referido artigo 2.º, atentas as exigências do princípio da legalidade fiscal, deveria tê-lo dito sem quaisquer equívocos. O que, de todo, não fez.

Por conseguinte, extrair do disposto nos artigos 2.º e 3.º do Regime da CESE a sujeição a este tributo de activos afectos à actividade de entidades diversas das elencadas naquele primeiro preceito, constitui uma evidente violação da ideia da tipicidade do princípio da legalidade fiscal. Na verdade, a tributação de tais activos não dispõe de nenhuma base legal, seja a constituída por aqueles preceitos, seja qualquer outra.

2. Violação do princípio da igualdade fiscal

Como tem sido afirmado, o princípio da igualdade fiscal sempre se reconduziu a uma específica expressão do princípio geral da igualdade. Ao princípio da igualdade entendido não no seu sentido formal (ou igualdade

⁴⁹ Relativamente às garantias dos contribuintes, a reserva de lei apenas é exigida se e na medida em que estas sejam objecto de restrição ou condicionamento e já não quando forem objecto de ampliação ou alargamento. V. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., pp. 141 e ss. Para a constituição fiscal em geral, para além, designadamente, das obras de José Casalta Nabais, v., também, FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *Direito Fiscal Constitucional. Introdução e Princípios Fundamentais*, Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

perante a lei), como foi o que prevaleceu a partir de meados do século XIX, mas sim no seu sentido material (ou igualdade *na lei*). Uma igualdade que tem de ser respeitada, portanto, pelo próprio legislador que, no Estado de Direito, mais não significa do que ser servo e não dono do Direito, no caso da Constituição⁵⁰.

Contraposto aos privilégios próprios do Estado pré-liberal, o princípio da igualdade fiscal teve sempre ínsitas as ideias de generalidade ou universalidade, nos termos das quais todos os cidadãos se encontram adstritos ao cumprimento do dever de pagar impostos, e da uniformidade, a exigir que semelhante dever seja aferido por um mesmo critério – o critério da capacidade contributiva. O que implica igual imposto para os que dispõem de igual capacidade contributiva (igualdade horizontal) e diferente imposto (em termos qualitativos ou quantitativos) para os que dispõem de diferente capacidade contributiva, na proporção desta diferença (igualdade vertical). Configurando-se o princípio geral da igualdade como uma igualdade material, o princípio da capacidade contributiva constitui o critério, o padrão de medida, o *tertium comparationis* da igualdade no domínio dos impostos. O seu fundamento constitucional é, pois, o princípio da igualdade, articulado com os demais princípios e preceitos da “constituição fiscal” e não qualquer outro⁵¹.

No que à CESE diz respeito, como referimos, o artigo 2.º do seu Regime, aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, estabelece, em sede da sua incidência subjectiva, que constituem sujeitos passivos deste tributo as pessoas singulares ou colectivas que integram o sector energético nacional, com domicílio fiscal ou com sede, direcção efectiva ou estabelecimento estável em território português, que se enquadrem numa das previsões das alíneas constantes desse mesmo artigo. Em síntese, essas alíneas abrangem determinados operadores, incluindo concessionários e titulares de licenças, que exercem as actividades de produção, transporte, distribuição, armazenamento, refinação, tratamento ou comercialização grossista nos subsectores da electricidade, gás natural, petróleo bruto e produtos derivados deste.

⁵⁰ Ideia esta que, é de sublinhar, esteve presente no entendimento inicial do princípio da legalidade, pois a redução deste princípio à ideia de igualdade perante a lei constitui uma aquisição dos finais do século XIX – v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 435 e ss.

⁵¹ Daí que não careça de um específico e directo preceito constitucional, pois o seu fundamento é o princípio da igualdade articulado com os demais princípios e preceitos da “constituição fiscal” e não qualquer outro - v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 61 e ss.

Por seu lado, no artigo 4.º do referido Regime, encontramos um vasto leque de situações que, embora aí se apresentem todas recortadas como isenções, algumas delas se reconduzem fundamentalmente, como já referimos, a verdadeiras delimitações negativas da incidência ou exclusões tributárias, como acontece seguramente com a “isenção” contemplada na alínea o) do referido artigo 4.º, que isenta da CESE os sujeitos passivos cujo valor total do balanço, em 31 de Dezembro, seja inferior a 1.500.000. É que se trata de sujeitos cuja “isenção” não tem por base qualquer ideia de cariz extrafiscal de fomento ou estímulo ao desenvolvimento de actividades por parte dos operadores energéticos e à constituição dos respectivos activos, que se configure como uma excepção à incidência em cujo âmbito anteriormente haviam sido integrados tais operadores no quadro da específica política fiscal, isto é, da específica política de obtenção de receitas públicas. Antes, estamos perante operadores que, logo à partida e por razões de política estritamente fiscal, de política de obtenção de receitas públicas, se pensou excluir do universo dos sujeitos passivos da CESE, tendo estes sido afastados, portanto, no quadro do exercício do próprio poder tributário de delimitação do perímetro da referida incidência subjectiva⁵².

Mas independentemente da maior ou menor correcção da técnica utilizada pelo legislador para delimitar positiva e negativamente o universo ou perímetro dos sujeitos passivos da CESE, do que não há dúvidas é de que temos aí um imposto que briga com o princípio constitucional da igualdade fiscal. O que acontece quer olhemos para a CESE a partir do exterior, perspectivando-a como mais um imposto sobre as empresas, que acresce aos demais que têm estas por destinatários, quer a observemos tendo em conta a estrutura interna da sua incidência subjectiva e objectiva, permitindo-nos assim concluir que estamos perante um imposto incidente apenas sobre algumas das empresas do sector energético.

Por conseguinte, e no respeitante ao primeiro dos aspectos mencionados, deparamo-nos aqui como uma verdadeira manifestação do fenómeno, já referido, do “IRC paralelo”⁵³ que vem sendo materializado no

⁵² Sobre os impostos fiscais e as medidas de natureza extrafiscal, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., pp. 629 e ss. e *Direito Fiscal*, cit., pp. 401 e ss.

⁵³ Que vale, obviamente, também relativamente ao IS empresarial, na medida em que estejamos perante empresas individuais ou singulares. Sobre o tema, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Justiça fiscal, estabilidade financeira e as recentes alterações do sistema fiscal português”, em *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, volume IV, Coimbra: Almedina, 2015, e “Fundações da tributação e seus desafios actuais”, Texto da Palestra Magna proferida no 6.º Congresso Luso-Brasileiro de Auditores Fiscais, 15 de Junho de 2022, Salvador (Bahia).

crescente conjunto de tributações, mais ou menos avulsas sobre as empresas, criadas ao lado do IRC e que acrescem a este imposto.

Fenómeno que está, em larga medida, ligado ao inequívoco desagravamento da tributação do lucro das empresas, concretizado designadamente na baixa da taxa institucional do IRC, a qual é consequência, por sua vez, do ambiente de concorrência fiscal que se instalou entre os Estados, para atrair investimento no actual quadro de globalização económica e de internacionalização das situações e relações tributárias, em relação às quais é visível a limitação da soberania fiscal dos Estados.

Entre essas tributações avulsas, podemos referir, de um lado, as previstas no Códigos do IRC, como são as tributações autónomas e as derramas, municipal e estadual, que se reportam ao rendimento empresarial e têm por sujeitos passivos a generalidade das empresas tributadas em IRC, e, de outro lado, as que constam de legislação avulsa, como a contribuição sobre o sector bancário, a contribuição extraordinária sobre o sector energético, a taxa de segurança alimentar mais e a contribuição sobre a indústria farmacêutica, que diversamente das primeiras incidem apenas sobre as empresas de certos sectores.

Em direitas contas, podemos dizer que essas tributações se distribuem por três círculos concêntricos: o mais pequeno que integra as assim designadas “taxas de tributação autónoma”, que mais não são do que tributações autónomas sobre certas despesas⁵⁴; o círculo intermédio que é composto por efectivas sobretaxas de IRC, como são a derrama municipal e a derrama estadual; e o círculo maior que é constituído pelas referidas tributações de natureza sectorial.

Pois bem, em relação aos agravamentos tributários integrados tanto no primeiro como no segundo círculo, e abstraindo-nos aqui e agora da apreciação de outros aspectos que possam ser questionáveis inclusive do ponto de vista jurídico-constitucional, verificamos que nos encontramos aí face a tributações empresariais que, todavia, têm por destinatário a generalidade das empresas, não sendo seriamente questionáveis do ponto

⁵⁴ Refira-se que as tributações autónomas, ditas “taxas de tributação autónoma”, previstas no artigo 88.º do Código do IRC (e no artigo 73.º do Código do IRS), começaram por se reportar a situações susceptíveis de elevado risco de evasão fiscal, como as relativas à tributação das despesas confidenciais e não documentadas, configurando as normas que as previam não verdadeiras normas de tributação, mas normas que tinham por função o acompanhamento, vigilância e fiscalização da actuação fiscal dos contribuintes. Todavia, com o andar do tempo, a função dessas tributações autónomas, que, entretanto, se diversificaram e aumentaram de valor, alterou-se profundamente passando a ser progressivamente a de obter receitas fiscais, assumindo-se, assim, como efectivos impostos sobre a despesa, se bem que enxertados, em termos anómalos, na tributação do rendimento. Para maiores desenvolvimentos, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*, cit., pp. 180 e ss.

de vista da sua constitucionalidade com base no aspecto da generalidade ou universalidade do princípio da igualdade fiscal.

O mesmo, porém, já não podemos dizer relativamente às tributações integrantes do terceiro círculo, em que essa generalidade ou universalidade de tributação se encontra de todo ausente, uma vez que se tratam de impostos especiais, porquanto incidem apenas sobre certos sectores de actividade empresarial. O que, na medida em que se configurem como verdadeiros impostos, como é o caso da CESE, e desde que não se verifique um fundamento ou uma razão muito particular que o justifique, constitui indício claro da violação do princípio da igualdade fiscal.

Por conseguinte, porque se não trata de uma contribuição financeira a favor de entidades públicas e visa atingir a capacidade contributiva dos sujeitos passivos nos termos das normas de incidência recortada como vimos *supra*, a CESE constitui um verdadeiro imposto especial, violando, desta forma, o princípio da igualdade fiscal no seu vector de generalidade ou universalidade, porquanto incide apenas sobre as empresas que operem no sector energético, discriminando negativamente, sem qualquer fundamento bastante, estas empresas face a todas as demais que revelem idêntica capacidade contributiva, atendendo aos activos que detêm. Pelo que discrimina um sector de actividade económica face a todos os demais, sem que para isso se apresente uma qualquer justificação racional.

Mas, a violação do princípio da igualdade fiscal detecta-se também se olharmos para a estrutura interna da incidência subjectiva e objectiva da CESE, através da qual se confirma que estamos perante um imposto incidente efectivamente apenas sobre algumas das empresas do sector energético. O que resulta claro do extenso e diversificado leque de isenções constante do artigo 4.º do mencionado Regime, em que temos diversas isenções agrupáveis da seguinte forma:

- isenções relativas à produção de electricidade, em unidades de microprodução, miniprodução ou outros centros electroprodutores, desde que tenham uma capacidade instalada inferior a um certo valor, determinado em MW, bem como à produção de outras formas de energia, mediante a utilização de fontes renováveis - alíneas a), e), f) e h);
- isenções relativas à produção de electricidade por intermédio de centros electroprodutores de cogeração, desde que tenham uma capacidade instalada inferior a um certo valor, determinado em MW - alíneas b), c) e f);
- isenção aplicável à produção de electricidade por intermédio de centros

electroprodutores com licenças ou direitos contratuais atribuídos na sequência de concurso público - alínea d);

- isenção aplicável à produção de electricidade sem injeção de potência na rede - alínea g);

- isenção relativa à operação de redes de distribuição de energia eléctrica exclusivamente em baixa tensão por pequenos distribuidores vinculados -alínea i);

- isenção relativa aos activos respeitantes a terrenos que integram o domínio público hídrico - alínea j);

- isenção aplicável à produção e à comercialização de biocombustíveis e biolíquidos - alínea k);

- isenções relativas à venda a retalho de electricidade, gás natural e produtos petrolíferos - alíneas l), m) e n);

- isenção dos sujeitos passivos cujo valor total do balanço, em 31 de Dezembro de 2014, seja inferior a € 1.500.000,00 - alínea o).

Esta delimitação negativa da base tributável subjectiva da CESE, se bem que com o recurso inadequado à técnica das isenções, conduz, a nosso ver, igualmente à violação do princípio da igualdade fiscal.

Primeiramente, atinge contribuintes que pouco ou nada têm a ver directamente com o fim declarado para a “contribuição”, como já referimos. Por outro lado, não abrange todos os possíveis sujeitos passivos, em razão do objectivo subjacente à mesma.

Na realidade, não existe justificação válida para estarem isentos da CESE um conjunto tão alargado de operadores, apenas por terem uma capacidade instalada abaixo de certo valor, uma vez que, se a intenção legislativa é de o sector da energia contribuir para a sua sustentabilidade, necessariamente todos os operadores deviam estar sujeitos, sendo a dita contribuição exigida com base em taxas percentuais, ou seja, proporcionalmente à sua capacidade contributiva. O que revela que, também tendo em conta a estrutura interna da incidência da CESE, nos deparamos com um critério de incidência subjectiva que se apresenta arbitrário.

Pelo que acaba de ser dito, não poderá ser outra a conclusão senão a de que a CESE introduz um *duplo grau de arbitrariedade*: por um lado, discrimina um sector de actividade económica face a todos os demais, sem que se apresente uma justificação racional bastante para o efeito; por outro, dentro do próprio sector energético, certos sujeitos passivos concretos são penalizados face a outros que, de forma arbitrária, acabam sendo excluídos da incidência da CESE.

Se relativamente àquele primeiro grau de arbitrariedade ainda poderia questionar-se, em abstracto, se o esforço acrescido que se exige ao sector eléctrico é proporcional às finalidades prosseguidas pelo legislador, tendo em conta o “princípio da igualdade proporcional”, facilmente se constata que, numa tal óptica, a desigualdade de tratamento gerada pela CESE não é minimamente proporcional às razões que eventualmente poderiam justificar esse tratamento.

Com efeito, ainda que, por mera hipótese, se descortinasse a existência de um qualquer fundamento material bastante para a opção de diferenciação subjectiva feita pela CESE, sempre haveria de concluir-se que esse tratamento diferenciado em sede da incidência do imposto está longe de ser proporcional. O que esbarraria com a ideia já expressa pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 187/2013, em que *expressis verbis* conclui que «[a] desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual – não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido –, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação».

Significa assim que o princípio da igualdade exige que a diferenciação estabelecida, quando disponha de um fundamento ou razão bastante, seja adequada ao objectivo ou finalidade que se pretende prosseguir com ela, servindo o intento que a ditou, sob pena de arbitrariedade⁵⁵. Ora, a CESE, caso o seu objectivo fosse o da atenuação ou eliminação do “défice ou dívida tarifária”, acaba por estabelecer uma diferenciação arbitrária, porquanto não só não serve esse intuito, como exclui, de forma injustificada, operadores que contribuem, em larga escala, para esse défice ou dívida.

3. Violação do princípio da tributação das empresas pelo rendimento real

Em nosso entender, a CESE viola ainda o princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real, como este consta do n.º 2 do artigo 104.º da Constituição, na medida em que estejamos aqui perante um imposto sobre o rendimento e não perante um mero imposto sobre o património ou o capital. Hipótese que sufragamos, na medida em que, como referimos,

⁵⁵ Neste sentido, v. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência”, em Gonçalo de Almeida Ribeiro / Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 114.

parece-nos estar perante uma especial tributação do rendimento, se bem que medida não pelo lucro apurado nos termos do Código do IRC, mas através dos activos que integram o perímetro da sua incidência⁵⁶.

De facto, sendo a base de incidência da CESE os activos dos sujeitos passivos abrangidos, ou seja, a capacidade contributiva correspondente ao rendimento que os mesmos podem gerar, não haverá grandes dúvidas que se trata de um imposto sobre o rendimento e não de um imposto sobre o património ou o capital, já que o que se pretende é atingir fiscalmente uma especial capacidade de gerar rendimentos por parte de um sector de actividade em particular e não tributar os activos como património ou capital da empresa.

Uma posição que sai reforçada pelo disposto no artigo 12.º do Regime da CESE, inteiramente assumido na alínea q) do n.º 1 do artigo 23.º-A do Código do IRC, ao consagrar que esta contribuição não pode ser considerada um gasto dedutível para efeitos do apuramento do lucro tributável do IRC. O que, em larga medida é uma explicitação da ideia constante da alínea a) do n.º 1, do artigo 23.º-A do Código do IRC, que, no quadro de uma dependência parcial entre o direito fiscal e o direito contabilístico, exclui dos gastos fiscais os gastos económicos e contabilísticos que constituam impostos que directa ou indirectamente incidam sobre os lucros.

Uma exclusão que, como bem se compreende, faz todo sentido em sede dos impostos sobre o rendimento, já que o IRC, o IRS empresarial e outros impostos sobre os lucros não podem ter por base grandezas líquidas dos próprios impostos. Por isso a exclusão em causa não faria qualquer sentido se a CESE se configurasse como um imposto sobre o património ou o capital das empresas, uma vez que o gasto em que se concretizaria não teria nada a ver com a exigência de, no apuramento do IRC, se trabalhar com uma grandeza bruta e não líquida do próprio imposto a apurar.

⁵⁶ Para o sentido e alcance do princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real, v. FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *Constituição e Lucro Real. Contributo ao Direito Fiscal Constitucional Português*, Lisboa: AAFDL Editora, 2018; JOSÉ CASALTA NABAIS, “A tributação das empresas pelo rendimento real”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LXII; 2019, pp. 121-177; JOSÉ CASALTA NABAIS / MARIA MATILDE LAVOURAS, “Da contabilidade na tributação das empresas”, *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. LXIV, 2021, pp. 201-244; TOMÁS CASTRO TAVARES, *Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos*, Lisboa: Cadernos de CTF, 1999, e *IRC e Contabilidade. Da Realização ao Justo Valor*, Coimbra: Almedina, 2011; A. MOURA PORTUGAL, *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 57 e ss.; NINA AGUIAR, *Tributación y Contabilidad. Una Perspectiva Histórica y de Derecho Comparado*, Granada: Ruiz de Alosa Editores, 2011, pp. 439 e ss.

Em idêntico sentido vai também a “isenção” ampla consagrada na alínea *o*) do artigo 4.º do Regime da CESE. Na verdade, é igualmente possível extrair a qualificação da CESE como um imposto que recai sobre o rendimento dos sujeitos passivos através da regra de não tributação dos sujeitos passivos cujo valor total de balanço, em 31 de Dezembro, seja inferior a determinado limiar da capacidade contributiva – €1.500.000,00.

E à mesma conclusão chegamos se atendermos às taxas aplicáveis da CESE. Isto porque, a taxa deste imposto aplicável aos agentes das actividades de produção de electricidade, por intermédio de centrais de ciclo combinado a gás natural ou de refinação de petróleo bruto modela-se consoante, respectivamente, a “utilização anual equivalente da potência instalada” das centrais [alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 6.º] ou em razão do “índice de operacionalidade” das refinarias [alíneas *a*), *b*) e *c*) do n.º 4 do artigo 6.º], enquanto potenciais indicadores do rendimento gerado pela exploração desses activos e, por conseguinte, resultante do exercício das actividades energéticas em questão.

Acresce que o legislador ao fazer incidir a CESE sobre os activos das empresas do sector energético, atribui à mesma uma base de cálculo que não varia com as oscilações próprias da actividade económica, ignorando a capacidade contributiva das empresas para assim garantir uma receita pública mais estável.

Por último, há ainda um aspecto formal, a que devemos atender: verifica-se a integração sistemática feita pelo legislador do regime da CESE no quadro geral da tributação do rendimento das pessoas colectivas. O que tem expressão eloquente na referida dupla previsão legal da exclusão da CESE como gasto económico e contabilístico em sede da determinação do lucro tributável do IRC.

Uma configuração da CESE que não afasta, a nosso ver, a exigência do princípio constitucional da tributação pelo rendimento real, o que implica que a tributação das empresas seja, tanto quanto possível, aferida/medida pelo rendimento empresarial, calculado com base em grandezas apuradas a partir da contabilidade empresarial.

Todavia, estamos aqui perante um imposto sobre o rendimento que não é apurado através de uma aproximação directa ao lucro real das empresas, mas sim de forma presumida, por considerar a grandeza do valor global dos activos líquidos como sendo suficiente para se aferir da susceptibilidade de gerar lucros.

É certo que o princípio em causa não é absoluto, como o indicia, de resto, o próprio enunciado constitucional, ao dispor que «a tributação das empresas incidirá fundamentalmente sobre o seu rendimento real», o que tem permitido os regimes simplificados vigentes no IRC e no IRS empresarial, muito embora, porque se trata de regimes optativos, não ponham em causa esse princípio.

Algo que não tem nada de semelhante na CESE, em que poderão ocorrer situações em que os operadores energéticos não gerem efectivamente um rendimento, e menos ainda apurem um lucro, tendo efectivamente obtido prejuízos. Não obstante, mesmo nessas situações encontram-se sujeitos ao pagamento da “contribuição”, apurada com base nos mencionados activos, o que configura uma violação drástica do princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real, porquanto se encontram adstritas ao pagamento de um imposto especial sobre o rendimento empresas que não tiveram qualquer lucro, ou apuraram até um rendimento negativo.

Com efeito, não prevendo o seu regime legal qualquer isenção ou exclusão tributária para as situações em que as empresas não tiveram lucro ou se verificaram prejuízos, temos de concluir que a incidência da CESE assenta em uma ficção totalmente irrazoável, conduzindo a que um sujeito passivo seja objecto de uma colecta de imposto sobre o rendimento quando o activo não gera lucro ou até origina prejuízos. A menos que se interpretassem as normas de incidência sobre os activos no sentido de consagrarem presunções de obtenção de rendimentos, ilidíveis quando os sujeitos passivos provassem a verificação das situações que referimos, a fim de obterem a não sujeição à CESE.

Em suma, a CESE viola também o princípio da tributação das empresas pelo seu rendimento real, porque ao pretender atingir este pela via dos activos das empresas do sector eléctrico, permite que a tributação ocorra mesmo quando as empresas não obtenham lucros ou até tenham apurado prejuízos.

IV. Uma nota final

Conhecida a proposta de Orçamento de Estado para o ano de 2023, aprovada já em votação final global, verifica-se que se mantém a contribuição “extraordinária” sobre sector energético, assim como se prevê um imposto, de base pontual, destinado a taxar os lucros aleatórios e inesperados das empresas deste sector, que será intitulado *Contribuição Temporária de Solidariedade*⁵⁷.

⁵⁷ Esta medida, conhecida como “windfall tax”, foi sugerida pela Comissão Europeia no âmbito do plano

A tributação desta nova “Contribuição”, segundo esclarecimentos do Ministro das Finanças na apresentação daquela proposta de Orçamento do Estado, incidirá sobre lucros extraordinários de empresas dos sectores de “petróleo bruto, gás natural, carvão e refinação”, tendo por base os lucros de 2022, e será aplicada uma taxa mínima de 33% sobre a parte do lucro que seja considerada “inesperada” (ganhos que ficaram 20% acima da média dos três anos anteriores).

Também a CESE, como já referimos, visa absorver as rendas excessivas das empresas do sector energético, fazendo reverter para os cofres públicos esses lucros considerados extraordinários. Em 2021, a CESE permitiu cobrar 111,5 milhões de euros às empresas, subindo, em 2022, as receitas 12,1%, o que corresponde a 125 milhões de euros.

Pois bem, a proposta de Orçamento de Estado para o ano de 2023 aprovada na votação final global, com medidas como a desse imposto, que oculta a sua identidade fáctica e jurídica, reforça, e muito, o que temos vindo a afirmar sobre as múltiplas formas, quase desesperadas, de obtenção de receitas públicas à margem dos quadros jurídico-constitucionais do Estado de Direito. Algo que é simultaneamente consequência e expressão do actual quadro de insustentabilidade estrutural do Estado fiscal, que vem conduzindo à erosão, tanto estrutural quanto finalística, da figura dos impostos, cada vez mais reduzida àqueles casos em que o legislador utilize esse *nomen iuris*, libertando, assim, do regime jurídico-constitucional dos impostos todos aqueles tributos que, sendo inequivocamente impostos, ostentem o nome de taxa ou contribuição financeira, como é o caso da CESE⁵⁸.

O que mais não é do que um caminho de branqueamento de impostos inconstitucionais, segundo uma lógica de subordinação da constituição à

“REpowerEU”, publicado em Março de 2022, que visava orientar os Estados-membros para além da dependência da energia russa. No “REpowerEU” lê-se que “a Comissão também confirma que os Estados-membros podem considerar medidas fiscais temporárias sobre os lucros excepcionais e, excepcionalmente, decidir capturar uma parte desses rendimentos para os consumidores”.

Espanha e Itália já adotaram um “windfall tax” sobre os lucros das empresas energéticas, para financiar alguns programas de subsídios para as famílias mais vulneráveis, no caso da Itália, ou para remover os impostos das contas energéticas dos cidadãos, no caso de Espanha.

Entretanto, foi aprovado o Regulamento (UE) 2022/1854 do Conselho, de 6 de outubro de 2022, que se propõe a fazer face ao aumento acentuado dos preços da eletricidade e às suas repercussões nas famílias e na indústria.

Portugal avançou definitivamente com a criação deste tipo de imposto, através da Proposta de Lei n.º 47/XV/1.^ª, aprovada em reunião do Conselho de Ministros, que regula a aplicação de uma contribuição de solidariedade temporária sobre o sector da energia e uma outra sobre o sector da distribuição alimentar.

⁵⁸ Para maiores desenvolvimentos, v. JOSÉ CASALTA NABAIS, *Problemas Nucleares de Direito Fiscal*, cit., pp. 54 e ss.

lei que, diga-se de passagem, tirando raras exceções, foi a solução que vingou desde a instauração do constitucionalismo até meados do século passado, quando se instituiu ou tornou efectivo o controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis na generalidade dos países que partilham do conceito ocidental de constituição.

Ora, se o actual crescente quadro de insustentabilidade financeira do Estado, na medida em que não possa ser combatido eficazmente com a diminuição das despesas públicas, implicar, em termos inevitáveis, a instituição de mais impostos, então que esta exigência seja estabelecida de forma transparente e clara segundo o *due process of law*, formal e substancial, da “constituição fiscal” própria do Estado de Direito. Pelo que este não pode seguir esconsos caminhos próprios da *arcana parxis* do Estado de outros tempos, imaginando-se tudo poder e obstando a que alguém eficazmente o impeça, num quadro de um progressivo escorregar para verdadeiras formas de totalitarismo, porventura alimentadas com as melhores das intenções.

Notas sobre o Conhecimento do Recurso Previsto na Alínea i) do n.º 1 do Artigo 70.º da LTC Quando Está em Causa a Integração Europeia – em Jeito de Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020

Rui Tavares Lanceiro

*Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Antigo Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional
Investigador Principal do CIDP – Centro de Investigação de Direito Público
ruilanceiro@fd.ulisboa.pt*

Resumo: 2020 pode ser considerado o momento decisivo para o relacionamento entre o Tribunal Constitucional português e a ordem jurídica da União Europeia (UE). Durante este ano, o Tribunal Constitucional colocou a sua primeira questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da UE (TJUE). Neste artigo, depois de uma sumária apresentação da relação entre o Tribunal Constitucional e o mecanismo das questões prejudiciais, apresenta-se e comenta-se o Acórdão n.º 711/2020 do Tribunal Constitucional, a sua primeira decisão de colocar uma questão prejudicial ao TJUE, que incidiu sobre uma questão fiscal relativa ao tratamento de automóveis usados importados de outros Estados-Membros. Abordam-se, de seguida, um conjunto de críticas à admissibilidade do recurso para o Tribunal Constitucional ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC no contexto de violação por uma norma legal nacional do Direito primário da UE, – a) pela natureza “especial” dos

Tratados da UE; *b*) pela incompatibilidade deste recurso com o princípio do primado do Direito da UE; *c*) pela sua incompatibilidade face ao mecanismo das questões prejudiciais; *d*) pela inutilidade da sua admissão face a esse mecanismo; ou *e*) pelo alegado “desprestígio” que decorreria para o Tribunal Constitucional face ao mecanismo das questões prejudiciais – concluindo-se pela sua não procedência.

Abstract: 2020 can be considered the turning point for the relationship between the Portuguese Constitutional Court and the European Union (EU) legal order. During this year, the Constitutional Court submitted its first preliminary question to the Court of Justice of the EU (CJEU). In this article, after a brief presentation of the relationship between the Constitutional Court and the preliminary reference mechanism, we present and comment on the Constitutional Court’s Ruling no. 711/2020, its first ever decision to submit a preliminary question to the CJEU, which focused on a tax issue concerning the treatment of used cars imported from other Member States. Several criticisms of the admissibility of the appeal to the Constitutional Court under article 70(1)(i) of Law of the Constitutional Court are addressed, such as: *a*) the “special” nature of the EU Treaties; *b*) the incompatibility of such a remedy with the principle of the primacy of EU law; *c*) its incompatibility with the preliminary reference mechanism; *d*) the uselessness of its admission in view of the preliminary reference mechanism; or *e*) the alleged “discredit” it would bring to the Constitutional Court because of the preliminary reference mechanism. These criticisms are considered to be unconvincing and non-applicable.

Palavras-Chave: Portugal; Constituição; Tribunal Constitucional; Princípio do primado; Questão prejudicial; TJUE.

Keywords: Portugal; Constitution; Constitutional Court; Primacy; Preliminary Reference; CJEU.

I. Considerações introdutórias

A presente nota jurisprudencial contém um comentário ao acórdão do Tribunal Constitucional que colocou uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹ – utilizando pela primeira vez este

¹ Por motivos de transparência, deve referir-se que o autor prestou assessoria no processo que veio a dar origem ao Acórdão n.º 711/2020, no âmbito da atividade de assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional, que desempenhava à época da sua prolação.

mecanismo² no seu Acórdão n.º 711/2020, da 1.ª Secção³. Tratou-se de um marco histórico na jurisprudência do Tribunal Constitucional português relativa à relação da jurisdição jurídico-constitucional da República Portuguesa com a União Europeia (UE) e o TJUE – e, conseqüentemente, a relação entre ambas as ordens jurídicas nesse contexto. O Acórdão n.º 711/2020 foi proferido de forma unânime, sem opiniões convergentes ou discordantes, o que é invulgar em decisões desta importância proferidas por este Tribunal e revela o carácter pacífico da admissibilidade do recurso e a aceitação como natural do uso deste mecanismo, no processo em causa, pelo menos na 1.ª Secção do Tribunal Constitucional.

É impossível não referir o contexto jurisprudencial deste acórdão. Efetivamente, também em 2020, mas num momento anterior, o Tribunal Constitucional proferiu o Acórdão n.º 422/2020, do Plenário do Tribunal Constitucional⁴⁻⁵, que constituiu a primeira vez que se pronunciou sobre a interpretação do artigo 8.º, n.º 4, da Constituição, logo, da relação entre a ordem jurídica da UE e a Constituição da República Portuguesa⁶. Nesse

² Utilizam-se ao longo do texto os termos “*mecanismo de questões prejudiciais*” ou “*processo das questões prejudiciais*” pois não se considera estar perante um reenvio, uma acção ou um recurso, como é explicado por FAUSTO DE QUADROS / A. M. GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 67-68.

³ Cfr. o Acórdão n.º 711/2020, da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, de 9 de dezembro de 2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200711.html> [consultado pela última vez a 10/12/2022]. Sobre a natureza histórica desta decisão, no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “The first referral of the Portuguese Constitutional Court to the Court of Justice: historical moment or nothing out of the ordinary?”, *EU Law Live* [publicação eletrónica], disponível em: <https://eulawlive.com/op-ed-the-first-referral-of-the-portuguese-constitutional-court-to-the-court-of-justice-historical-moment-or-nothing-out-of-the-ordinary-by-rui-tavares-lanceiro/> [consultado pela última vez a 10/12/2022], bem como “2020: um ano histórico para a relação entre o Tribunal Constitucional e o Direito da UE Um breve comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 e n.º 711/2020”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano LXIII, n.º 1, 2022, no prelo.

⁴ Cfr. o Acórdão n.º 422/2020, do Plenário do Tribunal Constitucional, de 15 de julho de 2021, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html> [consultado pela última vez a 10/12/2022].

⁵ Sobre a importância de ambas as decisões, cfr. M. MOTA DELGADO, “The EU law of a Portuguese institutional crisis: the Data Retention ruling of the Portuguese Constitutional Court”, *EU Law Live* [publicação eletrónica], disponível em: <https://eulawlive.com/the-eu-law-of-a-portuguese-institutional-crisis-the-data-retention-ruling-of-the-portuguese-constitutional-court-by-miguel-mota-delgado/>, [consultado pela última vez a 10/12/2022].

⁶ Sublinhando a natureza sem precedentes desta decisão, no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, e do seu contexto particular – ver RUI TAVARES LANCEIRO, “The Portuguese Constitutional Court judgment 422/2020 – a ‘Solange’ moment?”, *EU Law Live* [publicação eletrónica], disponível em: <https://eulawlive.com/op-ed-the-portuguese-constitutional-court-judgment-422-2020-a-solange-moment-by-rui-tavares-lanceiro/> [consultado pela última vez a 10/12/2022].

processo, o Tribunal Constitucional português foi confrontado com um pedido de fiscalização concreta da constitucionalidade de um ato normativo da UE, mais precisamente, de um regulamento. O Tribunal reconheceu que não tinha jurisdição sobre essa questão, esclarecendo quais as condições para que essa jurisdição ressurgisse. É uma decisão longa, matizada e complexa, mostrando que o Tribunal estava consciente do seu carácter pioneiro na ordem jurídica portuguesa, bem como da sua importância, e que estava preocupado em emitir o que pudesse ser considerado um acórdão de referência nesta matéria. Assim, o Acórdão n.º 711/2020 é proferido num contexto em que o Tribunal Constitucional tinha dado início a uma abertura ao diálogo sem precedentes com o Direito da UE.

No presente comentário jurisprudencial começa-se por tecer algumas considerações sobre a relação entre o Tribunal Constitucional e o mecanismo das questões prejudiciais. Após esta introdução, apresenta-se e comenta-se o Acórdão n.º 711/2020 do Tribunal Constitucional, a sua primeira decisão de sempre de colocar uma questão prejudicial ao TJUE, que incidiu sobre uma questão fiscal relativa ao tratamento de automóveis usados importados de outros Estados-Membros. Abordam-se, de seguida, um conjunto de críticas à admissibilidade do recurso para o Tribunal Constitucional ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC no contexto de violação por uma norma legal nacional do Direito primário da UE – a) pela natureza “especial” dos Tratados da UE; b) pela incompatibilidade deste recurso com o princípio do primado do Direito da UE; c) pela sua incompatibilidade face ao mecanismo das questões prejudiciais; d) pela inutilidade da sua admissão face a esse mecanismo; ou e) pelo alegado “desprestígio” que decorreria para o Tribunal Constitucional face ao mecanismo das questões prejudiciais –, concluindo-se pela sua não procedência.

II. O Tribunal Constitucional e o mecanismo das questões prejudiciais

É necessário começar por uma pequena introdução relativa à aplicação do mecanismo das questões prejudiciais no âmbito do Direito da UE e da sua aplicação ao Tribunal Constitucional português.

O processo das questões prejudiciais, estabelecido no artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), é um mecanismo de cooperação judicial entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJUE que permite assegurar a uniformidade e a coerência da interpretação e aplicação do

Direito da UE nos diversos Estados-Membros⁷. Além disso, este mecanismo assegura que os cidadãos europeus tenham o acesso (embora indireto) a uma via de garantia da correta e eficaz aplicação do Direito da UE aos litígios em que estejam envolvidos⁸.

As premissas deste mecanismo são relativamente simples: quando, num litígio perante um órgão jurisdicional de um Estado-Membro, se colocam questões de interpretação do Direito da UE (primário ou derivado) ou de validade de um ato de direito derivado da UE, o juiz nacional pode suspender a instância, colocando essas questões ao tribunal com competência para a sua resolução – o TJUE. O juiz da UE responderá então à pergunta, enviando a sua resposta vinculativa ao tribunal do Estado-Membro, que aplicará a sua interpretação do Direito da UE ou a sua decisão sobre a sua validade ao litígio em apreciação. A colocação da questão prejudicial depende, assim, do tribunal nacional, que decide se e quando coloca a questão, bem como o seu conteúdo, tratando-se de um incidente processual no âmbito do processo que decorre perante esse órgão jurisdicional nacional⁹.

Apenas as entidades que à luz do Direito nacional de um Estado-Membro devam ser consideradas como “*órgãos jurisdicionais*” podem colocar estas questões. O conjunto de critérios que pode ser utilizado para determinar se um determinado órgão nacional deve ser considerado como tal resulta de jurisprudência do TJ que teve origem no caso *Vaassen-Göbbels* (61/65)¹⁰⁻¹¹.

⁷ Sobre o mecanismo das questões prejudiciais, cfr., v.g., FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “Os Juízes Portugueses e o Reenvio Prejudicial”, in Maria Luísa Duarte/Luís Fernandes/Francisco Pereira Coutinho (coord.), *20 Anos de Jurisprudência da União sobre Casos Portugueses: o que fica do diálogo entre os juízes portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia*, Lisboa: Instituto Diplomático, 2011, pp. 13-52; *Idem*, *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia: o caso português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 104-217; J. MOTA DE CAMPOS/ A. PINTO PEREIRA/ J. L. MOTA DE CAMPOS, *O Direito Processual da União Europeia - O Contencioso Comunitário*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, pp. 349-509; MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito do Contencioso da União Europeia*, Lisboa: AAFDL, 2017, pp. 102 ss.; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 139 e ss.; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 223 ss.

⁸ Cfr., por todos, INÊS QUADROS, *A Função Subjectiva da Competência Prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra: Almedina, 2006.

⁹ Sobre a possibilidade de recurso do despacho de colocação da questão, cfr. ALESSANDRA SILVEIRA / SOPHIE PEREZ FERNANDEZ, “O Porteiro e a Lei – A Propósito da Possibilidade de Interposição de Recurso do Despacho de Reenvio Prejudicial à Luz do Direito da União Europeia”, *JULGAR*, n.º 14, 2011, pp. 113-133.

¹⁰ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º 61/65, *Vaassen-Göbbels*, de 30 de junho de 1966, ECLI:EU:C:1966:39.

¹¹ Sobre esta jurisprudência, cfr., v.g., K. LENAERTS/ I. MASELIS/ K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014, pp. 55 ss.; M. FONTAINE CAMPOS, “Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1966 – Processo 61/65 Viúva Vaassen-Göbbels c. BFM”, in S. Oliveira Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: Uma abordagem jurisprudencial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 177-196; *Idem*, “Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Setembro de 1997 – Proc. C-54/96 *Dorch Consult*”, *ibidem*, pp. 196-216, em especial pp. 202-203.

Para efeitos da apreciação da legitimidade do envio da questão, ao abrigo do artigo 267.º, o TJUE «tem em conta um conjunto de elementos, tais como a origem legal do órgão, a sua permanência, o carácter obrigatório da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação pelo órgão das normas de direito, bem como a sua independência»¹². É, assim, claro que o Tribunal Constitucional da República Portuguesa preenche os requisitos necessários para ser considerado órgão jurisdicional à luz do artigo 267.º TFUE. O próprio Tribunal Constitucional tem vindo a considerar-se como tal, pelo menos desde o seu Acórdão n.º 163/90¹³.

As questões prejudiciais podem incidir sobre a interpretação do Direito da UE – primário ou derivado – sendo a sua colocação obrigatória para os órgãos judiciais de última instância e facultativa para os restantes. As dúvidas interpretativas são, assim, resolvidas, de forma uniforme, através da imposição do TJUE como instância resolutive cujas decisões são vinculativas para todas as autoridades nacionais, incluindo os tribunais. Neste contexto, o Tribunal Constitucional deve ser considerado como órgão judicial de última instância, logo, abrangido pelo dever de colocação de questões prejudiciais de interpretação. Só assim não será, se estiver perante uma das exceções *Cilfit* (283/81)¹⁴. Isto significa, «decorre de jurisprudência consolidada desde a prolação do acórdão *Cilfit* e o. (...) que um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial de direito interno é obrigado, sempre que uma questão de direito da União seja suscitada perante si, a cumprir a sua obrigação de reenvio, a menos que conclua que a questão suscitada não é pertinente ou que a disposição do direito da União em causa foi já objeto de interpretação por parte do Tribunal de Justiça [vulgarmente designada a exceção do *ato clarificado*, tradução do francês *acte éclairé*] ou que a correta aplicação do direito da União se impõe com tal evidência que

¹² Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C-54/96, *Dorsch Consult*, 17 de setembro de 1997, ECLI:EU:C:1997:413, n.º 23

¹³ Cfr. o Acórdão n.º 163/90, da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900163.html> [consultado pela última vez a 10/12/2022]. Cfr. JOSÉ DA CRUZ VILAÇA/ LUÍS PAIS ANTUNES/ NUNO PIÇARRA, “Droit constitutionnel et droit communautaire: le cas portugais”, *Rivista di Diritto Europeo*, anno XXXI, n.º 2, 1991, pp. 301-310, pp. 308 ss.; RUI MOURA RAMOS, “Reenvio prejudicial e relacionamento entre ordens jurídicas na construção comunitária”, *Das Comunidades à União Europeia. Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 213-237, p. 233.

¹⁴ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º 283/81, *CILFIT*, de 6 de outubro de 1982, ECLI:EU:C:1982:335. Cfr. INÉS QUADROS, “Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de outubro de 1982 – Processo 283/81 Srl *Cilfit* et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità”, in Sofia Oliveira Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia: Uma Abordagem Jurisprudencial*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014, pp. 217-235.

não dê lugar a qualquer dúvida razoável [vulgarmente designada a exceção do *ato claro*, tradução do francês *acte clair*]¹⁵.

Também podem ser colocadas questões prejudiciais de validade do Direito derivado da UE à luz do Direito primário. A competência para apreciar essa desconformidade não é reconhecida aos tribunais nacionais, por via da jurisprudência *Foto-Frost* (314/85)¹⁶, que a reserva para o TJUE. Nesse caso, a questão de validade deve ser obrigatoriamente colocada, independentemente da instância nacional em presença, se o tribunal do Estado-Membro considerar que o ato de Direito derivado da UE viola o Direito primário. Assim, os órgãos jurisdicionais nacionais, incluindo aqueles com jurisdição constitucional, não possuem a possibilidade de decidir sobre a invalidade do Direito derivado da UE por não compatibilidade com o Direito originário. Mas, nesse caso, os tribunais nacionais¹⁷, incluindo o Tribunal Constitucional, podem pôr em causa essa validade através da colocação de uma questão prejudicial ao TJ, provocando a sua apreciação sobre o assunto.

Como já foi referido, o objeto das questões prejudiciais é exclusivamente a interpretação do Direito da UE e a validade do Direito derivado da UE. No âmbito deste processo, o TJUE não pode apreciar a conformidade de medidas do Direito nacional com o Direito da UE.

III. Factos e contexto do Acórdão n.º 711/2020 do Tribunal Constitucional

O litígio do processo em que foi proferido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 711/2020 incide sobre uma questão no âmbito do Direito Fiscal relativa ao tratamento tributário de automóveis usados importados de outros Estados-Membros¹⁸.

¹⁵ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C160/14, *Ferreira da Silva e Brito*, de 9 de setembro de 2015, ECLI:EU:C:2015:565, n.º 38.

¹⁶ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º 314/85, *Foto-Frost*, de 22 de outubro de 1987, ECLI:EU:C:1987:452. Cfr. também o Acórdão do TJ no Proc. n.º C461/03, *Gaston Schul*, 6 de dezembro de 2005, ECLI:EU:C:2005:742.

¹⁷ Sobre esta jurisprudência, cfr., v.g. P. CRAIG, “The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost”, in L.M. Póiares Maduro/Loïc Azoulay (ed.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Londres: Hart Publishing, 2010, pp. 185-191; D. EDWARD, “CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context”, *Ibidem*, pp. 173-184; INÉS QUADROS, “Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1987 – Proc. 314/85 Foto-Frost”, in S. Oliveira Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, pp. 236-250; D. SARMIENTO, “Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe”, in L.M. Póiares Maduro/Loïc Azoulay (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, cit., pp. 192-200.

¹⁸ Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “2020: um ano histórico para a relação entre o Tribunal Constitucional e o Direito da EU Um breve comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 e n.º

Trata-se de um processo entre um importador de automóveis e as autoridades fiscais portuguesas, relativo à ilegalidade de decisões de liquidação do Imposto sobre Veículos (antes designado “imposto automóvel”). A questão da desconformidade da norma nacional com a correta interpretação do Direito da UE foi apresentada a um tribunal arbitral fiscal que considerou a disposição do Código do Imposto sobre Veículos, que serviu de base legal para as decisões (o artigo 11.º do Código do Imposto sobre Veículos), como sendo contrária ao artigo 101.º do TFUE. Recusando a aplicação dessa norma nacional, o tribunal julgou nulas as decisões de liquidação do imposto.

A questão subjacente a este processo diz respeito à interpretação do artigo 110.º do TFUE e à sua aplicação no domínio da tributação automóvel, em particular o cumprimento desta disposição pelas normas nacionais relativas à carga fiscal sobre os veículos usados. Nesta matéria, após dois acórdãos relativos a questões prejudiciais sobre o assunto¹⁹, o TJUE veio a considerar que Portugal estava a violar o artigo 110.º do TFUE, numa ação de incumprimento – tratou-se do processo Comissão c. Portugal (C-200/15)²⁰. O problema prendia-se com o facto de Portugal aplicar, para efeitos de determinação do valor tributável dos veículos usados provenientes de outro Estado-Membro introduzidos no seu território nacional, um sistema que não tinha em conta a sua depreciação em alguns casos – algo que acontecia relativamente à determinação do valor tributável dos veículos usados provenientes de Portugal.

Na sequência deste acórdão, Portugal alterou o seu Código do Imposto sobre Veículos, corrigindo o problema. O Código estabelece que as taxas de imposto aplicáveis aos veículos automóveis se baseiam em duas componentes: (i) centímetros cúbicos por cilindrada (componente cilindrada); e (ii) gramas de CO₂ por quilómetro (componente ambiental). Embora a alteração do Código do Imposto sobre Veículos tenha introduzido a tomada em consideração da depreciação do valor dos automóveis, tal só ocorre em relação à componente de cilindrada, o que deixou por solucionar o problema da sua aplicação à componente ambiental.

Era este problema que constituía o objeto do processo apresentado ao Tribunal Constitucional. O raciocínio do tribunal arbitral na decisão recorrida foi que as regras nacionais aplicáveis não têm em conta qualquer redução do

711/2020”, *cit.*

¹⁹ Cfr. os Acórdãos do TJ nos Proc. n.º C-345/93, *Fazenda Pública e Ministério Público c. Américo João Nunes Tadeu*, de 9 de março de 1995, ECLI:EU:C:1995:66; e no Proc. n.º C-393/98, *Ministério Público e António Gomes Valente c. Fazenda Pública*, de 22 de fevereiro de 2001, ECLI:EU:C:2001:109.

²⁰ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C-200/15, *Comissão c. Portugal*, de 16 de junho de 2016, ECLI:EU:C:2016:453.

valor tributável relacionada com a depreciação do valor dos automóveis usados na componente ambiental do Imposto sobre Veículos ao calcular o imposto cobrado sobre veículos usados importados de outros Estados Membros. Isto significa que, neste caso, o imposto devido excede o montante do imposto residual incorporado no valor de veículos similares já registados no território nacional, o que contraria o artigo 110.º TFUE.

IV. A questão prejudicial submetida ao TJUE pelo Acórdão n.º 711/2020 e o seu desenlace

A Autoridade Tributária recorreu da decisão arbitral para o Tribunal Constitucional, argumentando que a não aplicação da disposição nacional por violação do artigo 110.º do TFUE não teve em conta a correta interpretação dos Tratados da UE²¹. De acordo com esse argumento, o objetivo do regime fiscal é tributar diferentemente os contribuintes com base nos custos causados ao ambiente pelas suas escolhas enquanto consumidores, com base no princípio do poluidor-pagador (previsto no n.º 2 do artigo 191.º do TFUE), levando-os a optar por veículos com menores emissões de dióxido de carbono. De acordo com esta linha de argumentação, o legislador não pretendia restringir a entrada de veículos usados em Portugal, mas apenas garantir o respeito pelo ambiente. O recorrente argumentou, portanto, que deveria ser feita uma interpretação conjunta dos artigos 110.º e 191.º do TFUE, conciliando a proibição de discriminação contra produtos de outros Estados-Membros com a proteção do ambiente.

Tendo em consideração a decisão do tribunal arbitral fiscal e os argumentos da recorrente, o Tribunal Constitucional decidiu que o caso envolvia a determinação da interpretação correta do TFUE, pelo que a sua matéria era abrangida pelo âmbito do artigo 267.º TFUE. Considerou também que «não podem subsistir dúvidas sobre o facto de o Tribunal Constitucional se enquadrar na definição de “órgão jurisdicional nacional cujas decisões não [são] suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno”» (ponto 12). Por conseguinte, o Tribunal Constitucional decidiu colocar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça sobre esta matéria.

O Tribunal referiu ainda que a regra do Código do Imposto sobre Veículos em questão tinha levado a Comissão a intentar uma ação de incumprimento contra a República Portuguesa ao abrigo do artigo 258.º

²¹ Cfr. RUI TAVARES LANCEIRO, “2020: um ano histórico para a relação entre o Tribunal Constitucional e o Direito da EU Um breve comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 e n.º 711/2020”, *cit.*

do TFUE em 23 de abril de 2020 (C-169/20). Nessa ação, a Comissão pedia ao TJ que declare que, ao não aplicar a depreciação à componente ambiental no cálculo do valor aplicável aos veículos usados importados em território português, adquiridos noutros Estados Membros, no cálculo do imposto de registo, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 110.º TFUE.

A questão colocada foi: «Pode o artigo 110.º do TFUE, isoladamente ou em conjunto com o artigo 191.º do TFUE, em especial com o seu n.º 2, ser interpretado no sentido de não se opor a uma norma de direito nacional que omite a componente ambiental na aplicação de reduções associadas à desvalorização comercial média dos veículos no mercado nacional ao imposto incidente sobre veículos usados portadores de matrículas definitivas comunitárias atribuídas por outros Estados-Membros da União Europeia, permitindo que o valor assim calculado seja superior ao relativo a veículos usados nacionais equivalentes?».

A questão foi aceite pelo TJ, como o Proc. n.º C136/21, *Autoridade Tributária e Aduaneira c. VectorImpacto – Automóveis Unipessoal, Lda*. No entanto, posteriormente, o TJUE veio a suspender a instância aguardando a decisão da referida ação de incumprimento contra a República Portuguesa (C-169/20). Nesse âmbito, o TJ veio a concluir no sentido de que «ao não desvalorizar a componente ambiental no cálculo do valor aplicável aos veículos usados postos em circulação no território português e adquiridos noutro Estado-Membro, no âmbito do cálculo do imposto sobre veículos previsto no Código do Imposto sobre Veículos, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 71/2018, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 110.º TFUE»²². Assim, a resposta à questão prejudicial colocada pelo Tribunal Constitucional parece ter sido consumida pela resposta dada pelo TJ à ação de incumprimento. Por esse motivo, por carta de 6 de setembro de 2021, a Secretaria do TJ enviou ao Tribunal Constitucional o referido acórdão, solicitando que lhe comunicasse se, a esta luz, pretendia manter o pedido de decisão prejudicial. Por despacho de 14 de outubro de 2021, apresentado através do e-Curia, o Tribunal Constitucional informou o TJ de que não tencionava manter o pedido de decisão prejudicial²³.

²² Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C-169/20, *Comissão c. Portugal*, de 2 de setembro de 2021, ECLI:EU:C:2021:679.

²³ Cfr. o Despacho do TJ no Proc. n.º C136/21, *Autoridade Tributária e Aduaneira c. VectorImpacto – Automóveis Unipessoal, Lda*, de 26 de outubro de 2021, ECLI:EU:C:2021:925.

V. O recurso para o Tribunal Constitucional ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC e o Direito primário da UE

A questão prejudicial colocada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 711/2020 ao TJUE, não ocorreu no contexto da sua atividade de fiscalização da constitucionalidade, mas de fiscalização da compatibilidade do direito nacional com uma convenção internacional ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15 de novembro.

Note-se que a Constituição da República Portuguesa não confere expressamente poderes ao Tribunal Constitucional para fiscalizar o respeito de convenções internacionais pelos atos legislativos nacionais. No entanto, durante os anos 1980, duas das três secções do Tribunal Constitucional tomaram uma série de decisões contraditórias sobre a existência de jurisdição para controlar a incompatibilidade entre atos legislativos nacionais e o Direito Internacional, em especial, convenções internacionais. Mais especificamente, entre 1984 e 1989, a 1.ª Secção do Tribunal qualificava este vício como inconstitucionalidade (por violação do artigo 8.º da Constituição) enquanto a 2.ª Secção o qualificava como mera ilegalidade (gerando inconstitucionalidade indireta) declarando-se, por esse motivo, incompetente para dele conhecer²⁴.

Isto levou à alteração da LTC em 1989, através da Lei n.º 85/89, de 7 de setembro, e à introdução de uma disposição expressa sobre esta matéria, admitindo essa jurisdição. Nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC, passou a existir a possibilidade de recorrer para o Tribunal Constitucional de qualquer decisão judicial que rejeite a aplicação de uma regra que conste de um ato legislativo com o fundamento de que contraria uma convenção internacional. Nos termos do n.º 2 do artigo 71.º, também introduzido na LTC em 1989, neste caso o recurso é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida. Isto significa que o Tribunal Constitucional só pode controlar a parte do acórdão *a quo* que trata dessas matérias.

²⁴ Cfr., *v.g.*, os Acórdãos n.º 27/84 (disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840027.html>) e n.º 62/84 (disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840062.html>), ambos da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, e n.º 47/84 (disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840047.html>), da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional [todos consultados pela última vez a 10/12/2022].

Havendo um conflito entre poder judicial, que desaplicou a norma legal, e poder legislativo, que aprovou a lei em causa, compreende-se que caiba ao Tribunal Constitucional, como órgão jurisdicional de última instância, com uma legitimidade específica, ter a última palavra na resolução desse conflito. Nesta leitura, a *ratio* deste recurso é semelhante à da alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º – embora os parâmetros de validade envolvidos sejam distintos.

De acordo com Gomes Canotilho, «O sentido do processo recursório previsto nos artigos 70.º, n.º 1, alínea i), e 71.º, n.º 2, da LTC é este: estabelecer um meio processual para o Tribunal Constitucional poder pronunciar-se sobre os problemas resultantes da “abertura” do Direito Constitucional português ao Direito Internacional, comum e convencional (artigo 8.º), e evitar, no interesse da segurança jurídica, opiniões judiciais divergentes quanto à aplicação de regras de Direito Internacional.» Neste caso, o legislador optou «por um processo de fiscalização concreta que permite ao Tribunal Constitucional controlar a aplicação judicial das convenções internacionais e assegurar alguma uniformidade das decisões judiciais quanto a essa aplicação»²⁵.

Com a redação do artigo 71.º, n.º 2, da LTC, o legislador parece ter pretendido evitar tomar posição na querela doutrinária sobre a qualificação da “contradição” entre a legislação nacional e o direito internacional convencional como uma questão de constitucionalidade ou ilegalidade. Por esse motivo, limitou-se a afirmar que o âmbito do recurso para o Tribunal Constitucional se restringia a questões de direito constitucional e internacional. De acordo com Cardoso da Costa, o legislador, assim, não tomou posição «sobre o controverso problema da primazia do direito convencional». Assim, caberá ao Tribunal Constitucional decidir este ponto «nele residindo o núcleo da questão ou das questões “jurídico-constitucionais” que entram na sua competência; quanto às questões “jurídico-internacionais”, nelas caberá antes de mais, certamente, a da vigência e da validade da convenção como instrumento jurídico-internacionalmente vinculante»²⁶.

Existe alguma discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade deste preceito, ao alargar a jurisdição do Tribunal Constitucional, prevendo um tipo distinto de recurso no contexto da fiscalização concreta, para

²⁵ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição – Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 1042-1043.

²⁶ Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 27, nota 27. Cfr. também J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 1042-1044.

além dos constantes no artigo 280.º da Constituição²⁷. A questão coloca-se ao nível do princípio da tipicidade constitucional das competências dos órgãos de soberania, decorrente do artigo 110.º, n.º 2, da Constituição, de onde decorreria a proibição da criação de vias de recurso adicionais para o Tribunal Constitucional, para além dos decorrentes da Constituição. No entanto, é verdade que o artigo 223.º, n.º 3, da Constituição permite a atribuição de funções ao Tribunal Constitucional diretamente pela lei. Por outro lado, também é defensável que o legislador tenha entendido que ao aditar a via de recurso constante do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC, estivesse apenas a clarificar uma competência que o Tribunal Constitucional já possuía. Note-se que também a alínea h) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC consagra uma via de recurso, desde 1982, que não está expressamente prevista na Constituição (o artigo 280.º, n.º 5, da Constituição apenas se refere a decisões do Tribunal Constitucional).

O Acórdão n.º 711/2020 não abordou esta problemática, limitando-se a admitir o recurso em causa, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC, colocando uma questão prejudicial neste âmbito. A admissão do recurso e a colocação desta questão prejudicial suscitaram, de forma algo surpreendente, polémica à luz de certos argumentos que serão analisados *infra* – relativamente: a) à possível não aplicação do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC aos Tratados da UE, pela sua natureza “especial”; b) à incompatibilidade deste recurso com o princípio do primado do Direito da UE; c) a incompatibilidade do mesmo face ao mecanismo das questões prejudiciais; d) à inutilidade da sua admissão face a esse mecanismo; ou e) o alegado “desprestígio” que decorreria para o Tribunal Constitucional do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC face ao mecanismo das questões prejudiciais.

Nenhum destes argumentos procede, como se verá de seguida.

1. Crítica da não aplicação do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC aos Tratados da UE, pela sua natureza “especial”

A primeira problematização possível diz respeito à questão de saber se a via de recurso prevista no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC, seria aplicável aos Tratados da UE – como é o caso no processo em causa (tratava-se do

²⁷ J. J. GOMES CANOTILHO suscita dúvidas sobre a constitucionalidade da alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º LTC (*Ibidem*, pp. 1042-1043). Cfr. também, discutindo a inovação, na época, JORGE MIRANDA, *Direito Constitucional - Aditamentos*, policopiado, 1990, p. 162; RUI MEDEIROS, “Relações entre normas constantes de convenções internacionais e normas legislativas na Constituição de 1976”, *O Direito*, ano 122, 1990, II, pp. 355-377, p. 376.

TFUE). O argumento passaria pela natureza supostamente diferente, especial ou mesmo “constitucional” destes tratados, que reclamaria um tratamento diferente do que é aplicável às restantes convenções internacionais – exigindo uma leitura restritiva do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC, tendo em vista a sua exclusão desse âmbito²⁸.

Não é de aceitar este argumento. Desde logo, não podem existir dúvidas da qualificação, à luz da Constituição portuguesa, do TUE e do TFUE como convenções internacionais, pelo que não há como duvidar da sua inclusão no âmbito de aplicação da letra do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC.

É certo que os tratados fundadores da União Europeia instituíram uma ordem jurídica autónoma, com características específicas e regras especiais quanto à resolução de conflitos normativos. Também é verdade que o TJUE tem afirmado a autonomia do Direito da UE face ao Direito Internacional geral²⁹.

No entanto, esse facto não significa que os Tratados tenham perdido a sua natureza de convenção internacional à luz do direito interno dos Estados-Membros, forma como foram por si celebrados. Aliás, não os qualificar como convenções internacionais para efeitos do seu enquadramento constitucional e do nosso ordenamento jurídico levaria à óbvia questão: como caracterizá-los, então, à luz da nossa Constituição? Por outro lado, a defesa, por parte do TJUE, do seu monopólio interpretativo do Direito da UE e da autonomia deste face ao Direito Internacional não tem como efeito afastar esta conclusão. À luz da Constituição portuguesa, o artigo 8.º, n.º 4, que regula o estatuto do Direito da UE na ordem jurídica nacional e a relação desta com a ordem jurídica da UE, sob a epígrafe “Direito Internacional” estabelece: «As disposições dos tratados que regem a União Europeia (...) são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União». Daqui resulta que o Direito da UE será aplicável na nossa ordem jurídica, nos termos por si definidos, mas nesse contexto não se inclui uma revisão da natureza dos TUE e do TFEU como convenções internacionais – embora especiais, que criaram um ordenamento jurídico autónomo, é certo –, pelo menos para a nossa ordem jurídica.

²⁸ CARDOSO DA COSTA coloca esta questão – cfr. “O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias”, in *Ab Uno Ad Omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 1363-1380, pp. 1372-1373.

²⁹ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C402/05 P e C415/05 P, Kadi e Al Barakaat International Foundation, de 3 de setembro de 2008, ECLI:EU:C:2008:461.

Efetivamente, também é como convenção internacional que o Tribunal Constitucional tem vindo consistentemente a classificar os Tratados de integração europeia nomeadamente nos seus arestos relativos a propostas de referendo relativamente à participação de Portugal na construção da UE, a propósito do Tratado de Amsterdão³⁰, e à Carta de Direitos Fundamentais, à regra das votações por maioria qualificada e ao quadro institucional da UE, nos termos que resultariam do Tratado que estabelecia uma Constituição para a Europa³¹.

Neste contexto, é especialmente relevante analisar o tratamento que o já referido Acórdão n.º 422/2020 dá à matéria. Note-se que o objeto deste aresto é distinto do objeto do Acórdão n.º 711/2020 – uma vez que o primeiro trata do julgamento de inconstitucionalidade de uma norma de um regulamento da UE, no âmbito das alíneas a) ou b) do n.º 1 do artigo 70.º, enquanto este último do julgamento de validade de uma norma legal portuguesa à luz do TFUE, no âmbito da alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º. Isto significa que os vícios fiscalizados em ambos os acórdãos são também distintos (constitucionalidade do Direito da UE, no Acórdão n.º 422/2020, e a contradição entre normas legais e os Tratados da UE, no Acórdão n.º 711/2020). Assim, a relação com o Direito da UE em causa em ambos os acórdãos é diferente: a questão analisada pelo Acórdão n.º 422/2020 incidia sobre a interpretação dos limites da jurisdição do Tribunal Constitucional face ao Direito da UE – o princípio do primado supra-constitucional – enquanto a questão analisada no Acórdão n.º 711/2020 incide sobre a jurisdição do Tribunal Constitucional para verificar se a decisão recorrida desaplicou corretamente norma legal nacional por violar o Direito da UE – o primado infra-constitucional. Independentemente destas diferenças, o Acórdão n.º 422/2020 por diversas vezes qualifica os tratados da UE como «*convenção do exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia*»³². Assim, pode-se recorrer a este Acórdão histórico do Tribunal Constitucional para sustentar que os tratados fundadores da UE têm, à luz do Direito Constitucional português, a natureza de convenções internacionais – embora convenções sujeitas a mecanismos de verificação de cumprimento distintos.

2. Crítica da incompatibilidade entre o recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC e o princípio do primado do Direito da UE

No entanto, pergunta-se: não deveria interpretar-se restritivamente o artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC de forma a deixar de fora o TUE e o TFUE? Estes tratados, diz-se, teriam um regime próprio de relação com o

Direito nacional, decorrente do princípio do primado e consagrado no artigo 8.º, n.º 4, da Constituição.

Não se pode aceitar esta posição.

O artigo 8.º, n.º 4, da Constituição, estabelece a relação entre o direito nacional e o direito da UE e as regras para a aplicabilidade deste último na ordem jurídica nacional – criando a base constitucional para a admissão do princípio do primado e os seus limites. O princípio do primado³³, decorrente do Acórdão *Costa c. E.N.E.L. (6/64)*³⁴⁻³⁵, fornece um critério de resolução de situações de desconformidade entre uma norma de direito nacional (incluindo o texto constitucional) e uma norma de Direito da UE – tendo sido objeto de análise do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 422/2020, do Plenário do Tribunal Constitucional. Nesse âmbito, determina o Direito da UE que a consequência dessa desconformidade é a proibição de aplicação da norma nacional desconforme com o Direito da UE – proibição que abrange todas as autoridades nacionais, incluindo os tribunais e a administração. É isso que decorre da jurisprudência do TJUE, tendo origem, entre outros, nos Acórdãos *Comissão c. Itália [bens culturais]* (48/71) e no Acórdão *Rewe-Handelsgesellschaft [Cruzeiros da manteiga]* (158/80)³⁶. O dever de desaplicação não tem associado um juízo sobre o desvalor decorrente desta desconformidade (inexistência, nulidade ou anulabilidade), estando apenas associado a uma questão de (in) eficácia da norma legal nacional em causa.

Para além da obrigação de desaplicação do direito nacional desconforme com o Direito da UE, o dever dos Estados-Membros decorrente do princípio da cooperação leal compreende, regra geral, também o dever de revogar ou fazer cessar a vigência dos atos legislativos que lhe sejam desconformes. Esta é a regra geral, uma vez que decorre do princípio da cooperação leal o dever

³³ Cfr. H. C. HOFMANN, “Conflicts and Integration: Revisiting *Costa v ENEL* and *Simmmenthal II*”, in L.M. Poiares Maduro/Loïc Azoulay (ed.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, cit., pp. 60-68; I. PERNICE, “*Costa v ENEL* and *Simmmenthal*: Primacy of European Law”, *ibidem*, pp. 47-59; M. RASMUSSEN, “From *Costa v ENEL* to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution”, *ibidem*, pp. 69-85.

³⁴ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, de 15 de julho de 1964, ECLI:EU:C:1964:66, pp. 555-556. Cfr. também os Acórdãos do TJ nos Proc. n.º 26/63, *Van Gend en Loos*, de 5 de fevereiro de 1963, ECLI:EU:C:1963:1; Proc. n.º 14/83, *Von Colson*, de 10 de abril de 1984, ECLI:EU:C:1984:153; e Proc. n.º C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, de 19 de novembro de 1991, ECLI:EU:C:1991:428.

³⁵ Cfr. P. FRAGOSO MARTINS, “Princípio do primado do Direito da União Europeia - Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964 – Processo 6/64 *Costa c. ENEL*”, in S. Oliveira Pais (coord.), *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia Uma abordagem jurisprudencial*, 2.ª ed. Almedina, 2012, pp. 39-57.

³⁶ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft [Cruzeiros da manteiga]*, de 7 de julho de 1981, ECLI:EU:C:1981:163.

de os Estados-Membros removerem todos os obstáculos à efetiva aplicação uniforme ou harmonizada do Direito da UE³⁷.

São estas as consequências da referida desconformidade ditadas pelo Direito da UE. Desde que respeitados estes deveres, os Estados-Membros ficam livres de determinar, de acordo com o princípio da autonomia nacional, o desvalor associado ao vício de violação do Direito da UE – primário ou derivado. Sobretudo, a regulação da forma processual como a compatibilidade entre o direito nacional e o Direito da UE deve ocorrer nos tribunais portugueses permanece nas mãos do legislador nacional, ao abrigo da sua autonomia processual nacional – não é uma questão de Direito da UE. Esta autonomia apenas tem como limite a necessidade de assegurar o acesso por todos os tribunais nacionais ao mecanismo das questões prejudiciais³⁸.

É este espaço de discricionariedade que é preenchido pelo recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC no que diz respeito à violação pela norma nacional do Direito primário da UE, permitindo ao Tribunal Constitucional ter a última palavra neste assunto. O preceito vem garantir que, face a uma situação em que uma norma legislativa nacional seja desaplicada por um tribunal ordinário por violar o Direito da UE, o Tribunal Constitucional tenha a última palavra – julgando a sua invalidade no caso concreto.

Assim, a admissibilidade do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC não belisca o primado do Direito da UE – uma vez que o dever de desaplicação da norma nacional desconforme com o Direito primário da UE se mantém, sendo distinto da sua eventual invalidade a ser decretada pelo Tribunal Constitucional. Aliás, o recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC radica-se na aplicação do princípio do primado – que justifica o afastamento da aplicação de norma legal com base na sua contradição com o Direito da UE – dando execução ao dever da República Portuguesa de fazer cessar a vigência destas normas, concretizando o princípio de cooperação leal neste âmbito.

É verdade que o legislador deixou de fora da letra da alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC a possibilidade de recurso em caso de desaplicação de norma legal por desconformidade com o direito derivado da UE. Uma explicação possível passa pela limitação do acesso ao Tribunal Constitucional aos casos de maior merecimento – considerando uma gravidade distinta da

³⁷ Cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C-201/02, *Delena Wells*, 7 de janeiro de 2004, ECLI:EU:C:2004:12, n.º 64.

³⁸ Cfr. o Acórdão do TJUE no Proc. n.º C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, de 22 de junho de 2010, ECLI:EU:C:2010:363.

violação de direito primário e derivado da UE – por motivos de racionalidade processual, sendo, desta forma, uma opção do legislador português. O que não faz sentido é usar esse facto para afastar a possibilidade de controlo pelo Tribunal Constitucional das desaplicações por violação do direito primário da UE.

3. Crítica da incompatibilidade do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC com o mecanismo das questões prejudiciais

O que dizer então à crítica de que existe, desta forma, uma duplicação de meios processuais de garantia do Direito da UE, uma vez que esta ordem jurídica detém um mecanismo próprio – o processo das questões prejudiciais?

A resposta é simples: essa duplicação não existe. O processo das questões prejudiciais é um mecanismo de Direito da UE para garantir o diálogo inter-jurisdicional, regulando a relação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o Tribunal de Justiça da UE – garante que este é o tribunal com a última palavra na aplicação do direito da UE. O recurso da alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC é um mecanismo de direito nacional para assegurar uma via de recurso quando existe uma tensão entre o poder judicial e o poder legislativo devido à desaplicação de norma legal por violação do direito internacional – garante que este é o tribunal com a última palavra quando ocorrem estes conflitos. A natureza, os objetivos e os regimes aplicáveis são distintos.

Efetivamente, desde logo, a apreciação da validade e a interpretação de normas do Direito nacional encontra-se vedada ao TJ³⁹. Assim, só os tribunais nacionais – no caso, o Tribunal Constitucional – podem pronunciar-se pela invalidade da norma nacional por violação do Direito primário da UE.

Por outro lado, no âmbito do processo das questões prejudiciais, o TJ não pode apreciar a conformidade de medidas do Direito nacional com o Direito da UE – apenas podendo pronunciar-se sobre a interpretação e validade deste último. É certo que, no âmbito da interpretação do Direito da UE, se podem retirar consequências quanto à conformidade do Direito nacional com a norma em causa⁴⁰. No entanto, daqui não resulta propriamente

³⁹ Cfr., v.g., o Acórdão do TJ no Proc. n.º C-411/21, *Instituto do Cinema e do Audiovisual, I.P. c. NOWO Communications, S.A.*, de 27 de outubro de 2022, ECLI:EU:C:2022:836, para. 15-16.

⁴⁰ Assim entendida a questão, pode-se defender que, indiretamente, numa questão prejudicial, o TJ aprecia da conformidade de normas e medidas de Direito interno com o Direito da UE – o que lhe está afastado é interpretar o Direito nacional ou pronunciar-se sobre a sua aplicação ao caso concreto *sub judice*.

uma duplicação de controlo, uma vez que o TJUE nunca se pode pronunciar expressamente quanto à norma de Direito nacional. Quando muito, pode fornecer ao tribunal nacional dados suficientes para que este conclua pela sua desconformidade com o Direito da UE e consequente desaplicação – mas este é um poder exclusivo da jurisdição nacional.

Assim, a via recursal assegurada pelo artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC não é consumida ou feita redundante pelo mecanismo das questões prejudiciais. Na verdade, só os tribunais nacionais podem concluir pela desaplicação da norma nacional, tal como por si interpretada, por desconforme com o Direito da UE. Este recurso garante que o Tribunal Constitucional tenha a última palavra – permitindo-lhe, aliás, colocar uma questão prejudicial sobre a matéria, se for duvidosa, se esta não tiver já sido colocada. A admissibilidade do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC não só não belisca o poder dos tribunais nacionais colocarem questões prejudiciais, como assegura a sua colocação pois, neste caso, sendo o Tribunal Constitucional última instância, está obrigado a colocar esta questão.

Note-se que isto não significa que, sempre que admitir um recurso da alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, o Tribunal Constitucional tenha forçosamente de colocar uma questão prejudicial. Esse dever só existe caso não se verifique nenhuma das exceções *Cifit* (283/81) à obrigação de colocação da questão prejudicial, como, por exemplo, se o tribunal *a quo* não tiver já colocado a mesma questão prejudicial – caso em que o Tribunal Constitucional terá de verificar se a decisão do TJ foi bem aplicada ao caso. No entanto, mesmo que o Tribunal Constitucional tenha de colocar uma questão prejudicial, isso não é diferente do que acontece com todos os outros tribunais de todos os outros Estados-Membros.

4. Crítica da inutilidade do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC face ao mecanismo das questões prejudiciais

Uma crítica formulada ao Acórdão n.º 711/2020 decorrente da anterior está relacionada com a utilidade da admissão do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC nestas situações. Diz-se que, existindo uma desaplicação julgada pelo tribunal nacional *a quo*, porventura fundada na interpretação do Direito da UE feita pelo TJ em resposta a uma questão prejudicial, o recurso para o Tribunal Constitucional seria inútil por este se encontrar vinculado a essa mesma desaplicação.

Também esta crítica não procede. Por um lado, porque não é seguro que o tribunal *a quo* antes de desaplicar a norma legal nacional tenha colocado

uma questão prejudicial. Numa situação como a que ocorreu no processo que deu origem ao Acórdão n.º 711/2020, em que o tribunal *a quo* proferiu a sua decisão determinando a desaplicação da norma nacional sem colocar uma questão prejudicial e em que não existia outra via de recurso disponível, o Tribunal Constitucional não admitir o recurso significaria a total ausência de controlo desta decisão e a não colocação de qualquer questão sobre a interpretação de um ponto controverso no relacionamento entre o Direito nacional e o Direito da UE. Assim, nestas situações, o recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC permite ao Tribunal Constitucional colocar uma questão prejudicial sobre a matéria, se for duvidosa, se esta não tiver já sido colocada.

Por outro lado, mesmo que já tenha existido a colocação de uma questão prejudicial, o Tribunal Constitucional pode controlar se o tribunal *a quo* aplicou corretamente a interpretação de Direito da UE formulada pelo TJ ou, em caso de dúvida, formular nova questão prejudicial. Em qualquer caso, a leitura conjugada com o mecanismo das questões prejudiciais não deixa o recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC como uma via processual inútil.

5. Crítica relativa ao “desprestígio” para o Tribunal Constitucional do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC face ao mecanismo das questões prejudiciais

Uma outra crítica formulada utiliza o mecanismo das questões prejudiciais de forma diferente. Entendendo-se que o Tribunal Constitucional fica vinculado ao que o TJ decidir sobre a interpretação ou validade do Direito da UE, entende-se que isso o coloca numa situação de alguma forma desprestigante, por se limitar a executar o julgamento do TJ.

É verdade que as respostas do TJ a uma questão prejudicial colocada neste contexto, sobre a interpretação ou a validade do Direito da UE, vinculam o Tribunal Constitucional. É o TJUE que tem jurisdição especializada e exclusiva para decidir nesse âmbito. Assim, o facto de o Tribunal Constitucional ficar vinculado à resposta dada pelo TJUE não deverá surpreender: é assim que funciona o mecanismo das questões prejudiciais relativamente a qualquer tribunal nacional de qualquer dos Estados-Membros.

No entanto, não é verdade que o Tribunal Constitucional se transforme num mero executor de decisões do TJUE. O mecanismo das questões prejudiciais garante sempre uma lata margem de discricionariedade

dos tribunais nacionais quanto ao momento da colocação da questão, o conteúdo da questão, ou mesmo a decisão de a colocar. Ao formular a questão prejudicial, é o tribunal nacional que fornece ao TJ o contexto e o enquadramento relativos à interpretação do Direito nacional, que lhe cabe exclusivamente. Por fim, a aplicação da decisão proferida pelo TJ ao caso em presença, a decisão de desaplicar a norma legal nacional e a decisão de a julgar inválida são poderes exclusivos dos tribunais nacionais.

Através do mecanismo das questões prejudiciais o TJUE pode esclarecer – em diálogo com os tribunais nacionais, também eles aplicadores do Direito da UE – qual a correta interpretação das obrigações decorrentes do Direito da UE. Assim, através deste processo e sempre e apenas respondendo às questões colocadas quanto à correta interpretação ou à validade do Direito da UE, o TJUE acaba por condicionar o controlo que é feito pelos tribunais nacionais, incluindo aqueles que ocupam a posição de jurisdição constitucional, à atuação do legislador nacional. A fixação de determinada interpretação de uma norma do Direito da UE pode ter como consequência (mais ou menos direta) a necessária desconformidade de certa norma de Direito nacional com a norma europeia em causa e a sua desaplicação pelo tribunal nacional. Da decisão do TJUE pode resultar um maior ou menor espaço de autonomia de decisão do tribunal nacional – mas certamente resulta um condicionamento. Este condicionamento é uma consequência necessária e transversal a todos os tribunais nacionais – também existindo face ao Tribunal Constitucional, tal como acontece com os restantes órgãos com jurisdição constitucional nos diferentes Estados-Membros. Efetivamente, é neste contexto que se têm gerado momentos de tensão e dificuldade entre jurisdições constitucionais e o TJUE, como aconteceu com os Tribunais Constitucionais espanhol⁴¹, italiano⁴² ou alemão⁴³.

A problemática da relação entre os tribunais dos Estados-Membros com jurisdição constitucional com o TJUE é bastante complexa. No entanto, por um lado, ela não exime os órgãos com jurisdição constitucional nos diferentes Estados-Membros do dever de colocação das questões

⁴¹ No caso *Melloni*, cfr. o Acórdão do TJ no Proc. n.º C-399/11, *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, ECLI:EU:C:2013:107.

⁴² No caso *Taricco*, cfr. os Acórdãos do TJ nos Proc. n.º C105/14, *Taricco*, de 8 de setembro de 2015, ECLI:EU:C:2015:555, e Proc. n.º C42/17, *M.A.S. e M.B.*, de 5 de dezembro de 2017, ECLI:EU:C:2017:936.

⁴³ Cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional alemão de 18 de outubro de 1967 e de 29 de maio de 1974, BVerfG 37, para. 271 (conhecido como *Solange I*); de 22 de outubro de 1986, BVerfG 73, para. 339 (conhecido como *Solange II*); bem como o recente Acórdão Weiss, BVerfG, de 5 de maio de 2020, 2 BvR 859/15 -, paras. 1-237.

prejudiciais. Por outro lado, a complexidade associada a este tema não deve ter consequências relativamente à interpretação do recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da LTC. Não se vê como poderia o Tribunal Constitucional fundar uma interpretação restritiva desta via de recurso, privando os particulares do acesso à justiça, apenas por invocação do risco de conflito com o TJUE.

VI. Conclusões

O Acórdão n.º 711/2020, da 1.ª Secção do Tribunal Constitucional, fica para a história como a primeira vez em que este órgão jurisdicional colocou uma questão prejudicial ao TJ, em dezembro de 2020. Tratou-se do culminar de um ano em que o Tribunal Constitucional abraçou a problemática da sua relação com o Direito da UE, com início no histórico Acórdão n.º 422/2020, do Plenário do Tribunal Constitucional, que define os termos dessa relação.

Como Portugal é um Estado-Membro da UE desde 1987, muitos se têm perguntado sobre qual o motivo não ter sido colocada uma questão prejudicial mais cedo. Houve casos anteriores em que atos jurídicos da UE foram abordados pelo Tribunal Constitucional e o seu valor normativo tomado em consideração, mas o Tribunal sempre encontrou razões para não submeter questões ao TJUE, invocando para o efeito uma das exceções *Cilfit* (283/81), por exemplo, da doutrina de “*acte clair*” ou de “*acte éclairé*” – um exemplo pode ser encontrado logo no Acórdão n.º 422/2020, com a invocação de Acórdãos anteriores do TJ, no processo em causa, sobre aquela matéria. Note-se que, mesmo agora, o Tribunal ainda não colocou uma questão prejudicial em matéria de ponderação constitucional, por exemplo, ao nível de direitos fundamentais. A relutância do Tribunal Constitucional pode ter várias explicações, como a invocação das várias críticas analisadas – embora estas não tenham fundamento, como se viu.

O motivo pelo qual este Acórdão apenas surgiu 34 anos após Portugal se ter tornado um Estado-Membro está, no entanto, provavelmente relacionado com a natureza rigorosa da aplicação pelo Tribunal Constitucional dos requisitos formais que devem ser cumpridos neste tipo de recurso de constitucionalidade, no âmbito da fiscalização concreta.

Apesar da inegável natureza histórica do Acórdão n.º 711/2020, da 1.ª Secção, devem ser feitas algumas ressalvas. Desde logo pelo facto de o Tribunal Constitucional ter colocado a sua primeira questão prejudicial ao TJUE no âmbito de um recurso previsto no artigo 70.º, n.º 1, alínea

i), da LTC, relativo à incompatibilidade entre uma norma legal nacional e uma norma convencional. Isto significa que, neste processo, o Tribunal Constitucional não foi confrontado com um caso efetivo de equilíbrio entre uma norma constitucional portuguesa e o Direito da UE, mas apenas de uma norma legal nacional e um dos Tratados da integração europeia – no caso, o TFUE. Não se tratou, portanto, de um momento de conflito constitucional.

Por outro lado, como se encontrava a decorrer uma ação de incumprimento, interposta pela Comissão contra Portugal sobre um assunto semelhante, quando foi proferido acórdão pelo TJ nesse âmbito, o Tribunal Constitucional informou o TJ de que não tencionava manter o pedido de decisão prejudicial. Tratou-se, assim, de um início de diálogo sem resposta. Uma forma de ter evitado esta situação teria sido o Tribunal Constitucional suspender a instância do recurso, aguardando a decisão do TJ na ação de incumprimento – no entanto, não parece existir base legal para o fazer, na medida em que se tratava de processos distintos, com partes distintas.

Por fim, é também verdade que se tratou apenas de um Acórdão de uma das Secções do Tribunal Constitucional e não do Plenário. Isso não é de estranhar, desde logo porque a formação do Tribunal Constitucional com jurisdição para conhecer dos recursos em fiscalização concreta é, precisamente, a Secção. As únicas exceções a esta regra permitem a intervenção do Plenário em duas situações. No caso de o Presidente do Tribunal assim o determinar, ao abrigo do artigo 79.º-A da LTC, com a concordância do Tribunal, quando o considera necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou justificável em razão da natureza da questão a decidir. Ou na hipótese de ser admitido recurso para o Plenário, previsto no artigo 79.º-D da LTC, da decisão de uma Secção do Tribunal Constitucional que julga uma questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma, por qualquer das outras Secções. No caso do processo que veio a dar origem ao Acórdão n.º 711/2020, a intervenção do Plenário só poderia ocorrer por determinação do Presidente, quer por existirem diversos recursos com objeto semelhante, pelo que seria desejável evitar divergências jurisprudenciais, quer devido à importância do caso – a primeira questão prejudicial. No entanto, não ocorreu a referida determinação, o que significa que a 1.ª Secção tinha plena jurisdição para decidir o caso.

Apesar das questões indicadas, a importância deste momento não deve ser subestimada. É através do mecanismo das questões prejudiciais que a coerência da ordem jurídica da UE pode ser reforçada e, acima de tudo, que

os cidadãos portugueses podem ter acesso à plena intensidade da proteção dos seus direitos como cidadãos europeus dentro da ordem constitucional portuguesa. Neste caso particular, a decisão permitia ao recorrente ter acesso ao TJ, concretizando o seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva, e permitia ao TJ decidir sobre esta matéria tendo acesso a um exemplo prático de aplicação da norma em causa, balanceando o princípio da não discriminação e a proteção do ambiente.

Além disso, esta decisão mostra a forma como o Tribunal Constitucional pode desempenhar um papel no controlo da conformidade das disposições nacionais com o Direito da UE. Contudo, este é um caminho estreito porque o recurso ao Tribunal Constitucional só é possível após a obtenção de uma decisão de outro tribunal de não aplicação da disposição nacional e apenas em casos de violação do direito primário da UE. Infelizmente, a ação do Tribunal Constitucional nesta área continuará, provavelmente, a ser muito limitada.

Haverá um Direito dos Trabalhadores a que os Empregadores Sejam Todos Iguais? A Responsabilidade de Sociedades Coligadas por Créditos Laborais no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 272/2021

Rui Pereira Dias

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
ruidias@fd.uc.pt*

Resumo: No presente texto, analisa-se o Acórdão do Tribunal Constitucional que decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do Código do Trabalho e no artigo 481.º, n.º 2, proémio, do Código das Sociedades Comerciais, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

Abstract: This paper analyses the ruling of the Portuguese Constitutional Court declaring unconstitutional with *erga omnes* effects, on the basis of a violation of the principle of equality as enshrined in Article 13 of the Constitution, an interpretation of Article 334 of the Labour Code,

combined with Article 481 (2) of the Companies Code, that precluded joint and several liability of a parent company, because it was not seated in Portuguese national territory, for credits arising out of employment contracts entered into with its Portuguese subsidiary.

Palavras-chave: Grupos internacionais de sociedades; responsabilidade solidária; créditos laborais; princípio da igualdade; inconstitucionalidade.

Keywords: International groups of companies; joint and several liability; employment-related credits; principle of equality; unconstitutionality.

I. Introdução

1. O Acórdão n.º 272/2021 do Tribunal Constitucional: razões do seu interesse e relevo

Em 5 de maio de 2021, o Tribunal Constitucional (TC) decidiu, em plenário, declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da “interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do Código do Trabalho e no artigo 481.º, n.º 2, proémio, do Código das Sociedades Comerciais, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição”.

O interesse da decisão resulta, desde logo, do facto de ter sido obtida pela maioria mínima de sete contra seis¹. De resto, em termos substanciais, o Acórdão convoca a atenção de todos os que se interessam pelo *direito do trabalho* e pelo *direito societário*²: é numa intersecção entre estes dois domínios, que nasce de uma remissão do Código do Trabalho (CT) para o Código das Sociedades Comerciais (CSC), que reside um dos pontos essenciais do problema. Depois, é o usual confronto entre as normas infraconstitucionais

¹ Votaram no sentido fixado pelo Acórdão os Conselheiros Joana Fernandes Costa, Gonçalo Almeida Ribeiro, Pedro Machete, Mariana Canotilho, José João Abrantes, Lino Ribeiro e João Caupers; votaram vencidos os Conselheiros Maria José Rangel de Mesquita, Maria de Fátima Mata-Mouros, José António Teles Pereira, Assunção Raimundo, Fernando Vaz Ventura e Manuel da Costa Andrade. O Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro, juntando-se embora à maioria, pronunciou-se ainda no sentido de ser dispensável o Tribunal tomar posição sobre um dos temas em discussão, objeto do ponto 8 do Acórdão: o da *lei aplicável às sociedades coligadas*.

² Já sobre esta ligação, em especial no direito dos grupos, JORGE M. COUTINHO DE ABREU, “Grupos de sociedades e direito do trabalho”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXVI, 1990, pp. 123 ss.

e a cúpula do nosso edifício jurídico que ocupa a atenção do Tribunal: a questão foi a de saber, como veremos, se o *princípio da igualdade* sai ferido por uma interpretação conjugada do CT e do CSC que impeça a *responsabilização por créditos laborais*, em dados termos, de *sociedades sediadas fora do território nacional*.

A uma parte do problema – a questão da (não) *desconformidade constitucional da autolimitação espacial* do regime das sociedades coligadas previsto no CSC – já nos dedicámos antes, em alguns textos que se viram honrados com a atenção que lhes votou o Tribunal. Analisemos agora a decisão tomada, atentando nos termos em que ela foi construída e sobre ela oferecendo algumas notas e comentários (II). Não obstante as nossas acentuadas dúvidas sobre a bondade da posição que por tangencial vantagem obteve vencimento no TC, não deixam de merecer detida atenção as várias reflexões que o Acórdão regista.

A terminar, acrescentaremos a essa análise algumas breves observações acerca do tema (III), antes de concluirmos (IV).

II. A decisão

2. O Acórdão, ponto a ponto (com pontuais comentários)

No Acórdão n.º 272/2021 do Tribunal Constitucional, a análise do mérito inicia-se, no seu ponto 6, com uma identificação dos preceitos que estão em causa: o artigo 334.º do CT e o artigo 481.º do CSC. Neste último, interessa, em particular, o proémio do seu n.º 2, ao estabelecer que, com certas ressalvas, o Título VI do CSC se aplica “apenas a sociedades com sede em Portugal”.

O problema em análise localiza-se numa “zona de confluência” entre o direito do trabalho e o direito societário³, como o Tribunal sublinha, chamando a atenção para os “pressupostos essenciais” de cuja “verificação cumulativa” depende a aplicação do regime dos artigos 481.º e seguintes do CSC (correspondentes ao seu Título VI, que termina no artigo 508.º-G): são eles o âmbito *peçoal* (ou *formal*) e o âmbito *espacial* de aplicação de tais regras. Para esses âmbitos relevam, em primeiro lugar, a circunscrição

³ Mais precisamente, o Acórdão refere-se a uma “zona de confluência entre o regime jurídico aplicável à relação emergente de contrato de trabalho, decorrente do CT, e o chamado direito das sociedades coligadas, positivado nos artigos 481.º a 508.º-F do CSC”; em rigor, deveria terminar-se este intervalo no artigo 508.º-G, inserido em 2017 no Título VI do CSC através do Decreto-Lei n.º 89/2017, de 28 de julho, em transposição da Diretiva n.º 2014/95/UE. Sobre esse preceito, RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 508.º-G – Demonstração não financeira consolidada”, in Jorge M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VII, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, pp. 408 ss.

do regime às *relações que entre si estabeleçam sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações*, de acordo com o n.º 1 do artigo 481.º do CSC; e, em segundo lugar, a *autolimitação espacial* expressada pelo proémio do n.º 2 do mesmo artigo, por mor do qual o mencionado regime jurídico-societário se aplica *apenas a sociedades com sede em Portugal*.

No ponto 7, o Tribunal procede a um relevante enquadramento do tema *sobre que vai decidir*, ao mesmo tempo que esclarece, logo num primeiro momento, que uma dada questão *não se coloca*, logo *não se resolve* no Acórdão. É ela a questão de saber *de que forma devem articular-se* os preceitos jurídico-laboral e jurídico-societário *na remissão que o primeiro faz para o segundo*: por outras palavras, é o problema de aferir a correta maneira de se ler a remissão do CT para os *termos previstos nos artigos 481.º e seguintes do CSC*. É que as instâncias interpretaram a remissão do artigo 334.º do CT com “o efeito de limitar o *âmbito espacial* de aplicação do *regime jus-laboral* contido naquele preceito nos mesmos exatos termos em que o n.º 2 do artigo 481.º do CSC delimita espacialmente o âmbito de aplicação do *regime societário* previsto para as sociedades coligadas”. Isto é: partiu-se sempre do ponto de que é boa interpretação da norma do CT a que recolhe no CSC, não apenas as *noções operatórias* do direito das sociedades coligadas, mas o verdadeiro *critério de regulamentação* que levou à sua autolimitação espacial no quadro jurídico-societário⁴.

Este aspeto é importante para a compreensão do resto da decisão: doravante, o Tribunal dedicar-se-á a apreciar a validade constitucional *dessa interpretação*, sem que, todavia, tome partido acerca da sua bondade⁵.

No ponto 8, o Tribunal explicita o modo como entende dever ser determinado o *regime jurídico aplicável às sociedades coligadas*, afirmando que, não obstante a questão que se lhe coloca ter que ver com a aplicabilidade de preceito *jus-laboral* (que se serve de remissão para norma *societária*), interessaria pronunciar-se sobre a *aplicabilidade no espaço, em geral*, do regime *societário* das sociedades coligadas⁶. E fê-lo adotando posição relativamente pacífica na doutrina tradicional: a de que as normas do Título VI do CSC, na medida em que “têm por principal finalidade a *proteção dos interesses da sociedade dependente*, dos seus sócios minoritários e dos respetivos credores

⁴ Sobre o tema, nesses termos, em questão paralela, v. já CARLOS OSÓRIO DE CASTRO / DIOGO LORENA BRITO, “A concessão de crédito por uma SGPS às sociedades estrangeiras por ela dominadas (ou às sociedades nacionais indirectamente dominadas através de uma sociedade estrangeira) e o artigo 481.º, n.º 2 do C. S. C.”, *O Direito*, 136.º, I, 2004, *maxime* pp. 144-150.

⁵ Com posição contrária a esta posição da maioria, v. as declarações de voto *infra*, 3.

⁶ Entendimento este de que, como apontámos, discordou o Conselheiro Gonçalo Almeida Ribeiro.

sociais”, devem integrar a *lei pessoal da sociedade dependente*. Em concreto, está a afirmar-se que as normas dos artigos 481.º e seguintes do CSC, por terem aquele carácter, são aplicáveis – ao menos “*prima facie*”, tempera o Tribunal – quando a sociedade dependente tenha estatuto pessoal *português*.

No ponto 9, o TC caracteriza a disciplina normativa contida no Título VI do CSC como um conjunto de *normas materiais especialmente autolimitadas*, procedendo à distinção entre essa figura e a das *regras de conflitos*, estas últimas o mais comumente utilizado instrumento para definir os confins da eficácia normativa no espaço. Enquanto as regras de conflitos definem o âmbito de competência⁷ dos preceitos jurídico-materiais de uma lei, as *normas materiais especialmente autolimitadas*, elas próprias preceitos jurídico-materiais, inscrevem em si mesmas – implícita ou, como no caso, explicitamente – os dados *também espaciais* que, uma vez em concreto preenchidos, desencadeiam a sua aplicação. É como se, de entre os vários elementos da hipótese normativa, o preceito visse acrescentado *mais um* elemento, uma *conexão espacial*, que contribui para a delimitação das situações da vida a que a norma será aplicada⁸.

É curioso notar que, ao referir-se à aplicabilidade do Título VI do CSC apenas “no caso”, citamos, “de *ambas as sociedades* que integram a coligação – sociedade dominante e sociedade dominada – terem a sua sede real e efetiva localizada em Portugal”⁹, o Tribunal, sem que seja claro se pretende tomar posição quanto a esse ponto, filia-se do lado (i) dos que dão relevo aos *polos* da relação intersocietária, não dando relevo a potenciais entidades que se interponham numa cadeia de domínio e/ou de grupo¹⁰; e (ii) dos que dão relevo central ao critério da sede real e efetiva, muito embora se possa discutir a relevância da sede estatutária, em face do que prevê o artigo 3.º, n.º 1, 2ª parte, do CSC, e mesmo das implicações do direito da

⁷ Na expressão, contraposta ao âmbito de *eficácia (possível)*, de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis (Limites das Leis e Conflitos de Leis)*, Coimbra: Almedina, 1970 (reimp. 1998), *passim*.

⁸ Nas palavras de BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, estas normas “servem-se de uma «conexão espacial» para delimitarem o âmbito de casos em que têm aplicação” (p. 269); contêm uma “regra de delimitação de carácter material, ínsita na hipótese da norma substantiva”, não tendo, por isso, natureza conflitual, mas sim carácter material; em sentido coincidente, v. também ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 884.

⁹ A expressão “ambas as sociedades” é repetida, p. ex., ainda no ponto 9, logo na frase seguinte, e também na última frase do ponto 10.

¹⁰ Sobre o problema, v. RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 481.º – Âmbito de aplicação deste título”, *op. cit.*, anot. n.º 2.1.

União Europeia sobre a operabilidade desse critério: não esqueçamos que, Europa fora, se vai afirmando a possível substituição dos critérios nacionais de determinação da *lex societatis* por um critério uniforme que atende à lei da *constituição* da sociedade, uma vez que a *incorporation theory* se teria visto favorecida pela marcha pró-liberdade de estabelecimento iniciada com o Acórdão *Centros* do TJUE¹¹.

Aquela alusão do TC à natureza e feições das *normas especialmente autolimitadas* surge justificada, no ponto 10 do Acórdão, pela circunstância de a interpretação normativa fiscalizada assentar, conforme sublinhado já no ponto 7, no entendimento de que *também o artigo 334.º do CT*, ao remeter para os *termos previstos nos artigos 481.º e seguintes do CSC*, se deve caracterizar, do mesmo modo, como uma *norma especialmente autolimitada*.

Daí decorre que, tal como a responsabilidade *jurídico-societária* da sociedade totalmente dominante ou diretora, pelas dívidas da sociedade totalmente dominada ou subordinada, se encontra *especialmente autolimitada* aos casos em que as sociedades envolvidas têm sede em Portugal¹², também a responsabilização *jurídico-laboral* da sociedade em coligação societária com a sociedade empregadora sofreria, na interpretação normativa fiscalizada, *idêntica autolimitação espacial* aos casos em que ambas estas sociedades teriam sede em Portugal. Convocando a ideia, cara ao direito societário e à regulação da economia, de *responsabilidade limitada*¹³, aí se identificaria – tanto no domínio *societário* como *laboral* – uma “*exceção especialmente autolimitada à limitação da responsabilidade patrimonial das sociedades comerciais*”: trata-se, em ambas as situações, de hipóteses em que a lei admite a responsabilização de uma entidade por dívidas que lhe são, no plano das pessoas jurídicas *formalmente* envolvidas, de todo *alheias*.

O Tribunal recorda, ainda assim, que *a autolimitação não é plena*: as alíneas *a) a d)* do n.º 2 do artigo 481.º do CSC tratam de *excecioná-la*,

¹¹ V., entre muitos, MARC-PHILIPPE WELLER, “Einleitung – I. Internationales Gesellschaftsrecht”, in Holger Fleischer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, Band 1, 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2022, n.ºs 361, 371. Cf. ainda, entre nós e entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado – Volume II – Direito de Conflitos – Parte Especial*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, pp. 183 ss.; DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios – Vol. II*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 98 ss.

¹² E não só, na leitura que consideramos mais conforme ao direito da União Europeia, à semelhança de alguns dos Conselheiros do TC: cfr. *infra*, 3.

¹³ De entre as obras recentes mais interessantes sobre o tema, v. STEPHEN M. BAINBRIDGE / M. TODD HENDERSON, *Limited Liability – A Legal and Economic Analysis*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2016; v. ainda, em curso de publicação, RUI PINTO DUARTE, “Notas sobre a limitação da responsabilidade (nos contratos e nas sociedades)”.

realçando o Acórdão, de forma expressa, a hipótese da alínea c) daquele n.º 2. De acordo com este último preceito, a sociedade com sede no estrangeiro, dominante de uma sociedade com sede em Portugal, responde perante esta e os seus sócios, nos termos dos artigos 83.º e 84.º do CSC. Estas disposições veem-se, assim, como que *excluídas* daquela *autolimitação espacial*¹⁴.

É então no ponto 11 que o TC começa a perscrutar o sentido e alcance da regulação *propriamente laboral*, fazendo uma sua caracterização particularmente instrutiva.

Ao explorar o sentido e alcance do artigo 334.º do CT, o Tribunal frisa que a possibilidade, nele inscrita, de o trabalhador demandar, por créditos laborais, tanto a *sociedade empregadora* como qualquer das sociedades que com esta se encontre em *coligação societária*, tem o “objetivo” de “reforçar a garantia patrimonial dos créditos salariais dos trabalhadores de um grupo societário, protegendo-os contra o risco de diminuição da liquidez da sociedade empregadora ocasionado pela respetiva inserção numa unidade económica plurissocietária”. Sublinha-se que a responsabilidade advém da “mera existência de uma coligação societária relevante”, com apelo à leitura doutrinária consensual da regra, sem que deva concomitantemente ocorrer uma “situação irregular ou patológica”, ou uma “violação do princípio da boa fé, fraude à lei ou de abuso de direito”¹⁵. No fundo, a mais intensa responsabilização por créditos laborais, indo *além do próprio empregador* e envolvendo ainda as *sociedades com ele coligadas*, seria a resposta do sistema “aos crescentes fenómenos de colaboração societária, tendo em conta que estes põem em causa o pressuposto da *plena autonomia* da sociedade empregadora e o da sua atuação em nome de um *interesse próprio*”.

O Tribunal prossegue, numa afirmação importante para compreender o sentido da decisão:

“Uma vez que as opções sociais da sociedade empregadora se encontrarão, em regra, fortemente condicionadas pelo interesse económico do respetivo *grupo societário*, trata-se ao fim e ao cabo de projetar sobre as posições jurídicas ativas dos trabalhadores a *tutela suplementar* que o regime especial constante do Título VI do CSC proporciona às sociedades coligadas, respetivos sócios minoritários e credores sociais, atendendo à insuficiência, ou desfasamento até,

¹⁴ Sobre o alcance da alínea c) do n.º 1 do art. 481.º do CSC, com referências, v. RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 481.º...”, *op. cit.*, anot. n.º 2.2.3.

¹⁵ Citam-se no Acórdão, nas duas últimas passagens, respetivamente, obras de Joana Vasconcelos e Rita Garcia Pereira.

dos mecanismos de direito societário comum para fazer face às vicissitudes que derivam da respetiva exposição a uma situação de dependência intersocietária”.

O TC reconhece aí, por fim, que está em causa um *afastamento da limitação da responsabilidade* das sociedades; e enquadra esse afastamento nas *garantias especiais de proteção do salário* a que se refere o artigo 59.º, n.º 3, da CRP. O teor deste preceito constitucional é: “Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei”. Para o Tribunal, estaremos, por via desse afastamento da limitação da responsabilidade, a interferir na *repartição dos riscos de inconsistência patrimonial* do empregador, com vista a especialmente assegurar o *direito fundamental à retribuição*, o qual, com natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, se pode encontrar plasmado no artigo 59.º, n.º 1, a), da CRP.

No ponto 12, como que num *intermezzo*, o Tribunal recorda-nos apenas que o não preenchimento da condição espacial de aplicação da norma – a sede em Portugal das sociedades envolvidas – conduz a que vigore a normal *limitação da responsabilidade* (derrogada quando se aplique o regime contido no artigo 334.º do CT), introduzindo-se então, por via desse não preenchimento, uma *diferenciação das garantias patrimoniais dos créditos salariais* de dois trabalhadores “com contrato de trabalho submetido à lei portuguesa e cujos empregadores sejam sociedades com sede em Portugal (...) consoante a sede da sociedade coligada esteja ou não localizada em Portugal”.

Coloca-se, agora, a questão cuja análise se seguirá: “saber se a diferenciação assim introduzida no estatuto jurídico dos trabalhadores de sociedades dominadas, dependentes ou agrupadas dispõe de *fundamentação material suficiente* ou, pelo contrário, deverá ter-se por *arbitrária*”.

No ponto 13, recordam-se as bases essenciais da intervenção do artigo 13.º, n.º 1, da CRP, que acolhe “a ideia de igualdade enquanto *proibição do arbítrio*, que tanto pode ser violada pela *própria opção* de estabelecer um tratamento diferenciado, como pela *medida* em que a diferenciação surge em concreto concretizada”. Citando jurisprudência constitucional anterior, começa o TC por lembrar a *baixa intensidade* do escrutínio em que se baseia o *controlo externo das opções do legislador ordinário*: é, justamente, *ao legislador* que cabe “ponderar, dentro da ampla margem de valoração e conformação de que dispõe, «os diversos interesses em jogo e diferenciar o seu tratamento no caso de entender que tal se justifica»”. Por contraste, a *invalidação constitucional das escolhas do legislador* só se justifica “quando a desigualdade de tratamento que

nelas se contém for, quanto ao seu *fundamento* ou quanto à *medida, extensão* ou *grau* em que surge concretizada, à *evidência* irrazoável”.

Não obstante, prossegue o Tribunal, este “critério essencialmente *negativo*” pode ser substituído por um “controlo de *maior intensidade*” nos “domínios da normação” em que a “*natureza da matéria regulada*” (ou a “*natureza das posições afectadas*”) o justifique. Quais são esses domínios? Não é dada resposta imediata, começando antes por se tratar a questão: em que termos o controlo constitucional, *nesses domínios*, muda de feições? Aí responde-se, citando jurisprudência de 2018: “Sempre que assim suceder [i.e., a “*natureza das posições afectadas*” postule “um escrutínio mais rigoroso”], a possibilidade de uma censura baseada no princípio da igualdade não dependerá da ausência evidente de um qualquer fundamento ou motivo objetivo, que se afigure compreensível face à *ratio* do regime questionado. Ao invés, a conclusão de que determinada lei é arbitrária apenas será evitada em presença de um fundamento razoável, suscetível não apenas de tornar racionalmente inteligível a opção por um tratamento desigual, como ainda de assegurar a adequação ou razoabilidade da medida da diferença que é imposta, face ao fundamento invocado”. Este, então, na última frase acabada de transcrever, o *teste fundamental* a que o Tribunal vai sujeitar a conformidade constitucional do artigo 334.º do CT, conjugado com o artigo 481.º, n.º 2, do CSC.

Dizíamos que o Tribunal não começou por responder ao problema da fixação dos *domínios da normação* que se sujeitam a este *escrutínio mais intenso* das opções legislativas, por contraposição àqueles em que o princípio da igualdade intervém de forma *essencialmente negativa* para *proibição do arbitrio*. Ora, o ensaio de resposta – que uma leitura mais crítica poderá caracterizar como uma *fuga à resposta* – vem ainda neste ponto 13 do Acórdão, em dois momentos, um por parágrafo de texto.

Primeiro, aponta-se para uma *fronteira esbatida*, ao sublinhar-se que a densidade deste tipo de controlo é *gradativa*: “Seja qual for o ponto em que a fronteira entre os dois domínios deva ser em definitivo traçada, pode dizer-se que a densidade do escrutínio postulado pelo princípio da igualdade, para além de gradativa, deverá ser tanto mais intensa quanto mais inequívoca for a *jusfundamentalidade* das posições tituladas pelas categorias sujeitas a tratamento desigual. Ou, inversamente, tanto menos intensa quanto mais acentuada se revelar a ligação da medida questionada ao espectro das escolhas políticas inerentes à definição do interesse público e ou à seleção dos meios adequados para o concretizar”.

Segundo, introduz-se um dado que é tido pelo Tribunal como decisivo para a *gradação* entre *domínios da norma*ção que se propôs fazer: por dizerem respeito ao que qualifica como *garantias especiais dos salários*, é no *escrutínio mais intenso* que as medidas questionadas se inserirão. Nas palavras do próprio Tribunal: “Estando em causa, conforme atrás visto, a conformação legal das especiais garantias de proteção do salário a que se refere o artigo 59.º, n.º 3, da Constituição, é naquele plano [“controlo de *maior intensidade*”], e não neste [“escrutínio de *baixa intensidade*”], que se situa o tipo de controlo a que deve ser sujeita a norma sindicada, tanto mais quanto certo é que, conforme sublinhado já por este Tribunal, a vinculação do legislador à criação de garantias especiais dos créditos laborais constitui um reforço do relevo constitucional do *direito ao salário* (Acórdão n.º 257/2008)”.

O ponto 14 identifica então duas formas de *desigualdade de tratamento* originadas pelo regime jurídico em análise, que não são mais do que dois enfoques da mesma realidade, uma do ponto de vista das *empresas*, outro dos *trabalhadores*. Do ponto de vista daquelas – ou dos *grupos económicos*, nas palavras do Tribunal –, a desigualdade nasce do facto de a autolimitação espacial do artigo 334.º CT significar que as coligações intersocietárias podem surgir¹⁶, sem que, no entanto, as sociedades sediadas no estrangeiro fiquem aparentemente sujeitas à responsabilidade pelos créditos salariais. Já do ponto de vista dos *trabalhadores*, a desigualdade nasce do facto de se poderem exigir à sociedade empregadora, mas não à coligada sediada no estrangeiro, os mesmos créditos.

Para se desinteressar daquele primeiro ponto de vista, o das *sociedades*, o Tribunal apela à jurisprudência do TJUE, que não encontrou na autolimitação espacial do Título VI do CSC nenhuma desconformidade com o direito da União Europeia, em particular a liberdade de estabelecimento, consagrada nos artigos 49.º e 54.º do TFUE¹⁷.

De todo o modo, vendo agora a perspectiva dos *trabalhadores*, cumpria ao Tribunal apreciar, na linha argumentativa que construiu, a existência ou não de um *fundamento razoável* para a desigualdade de tratamento (entre trabalhadores) que identificou. E o juízo, antecipado neste ponto 14, é

¹⁶ Que assim é não coloca dúvidas desde a introdução da alínea d) do n.º 2 do artigo 481.º do CSC; qual, todavia, o exato alcance da regra é questão em aberto. Cfr. RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 481.º...”, *op. cit.*, anot. 2.2.4.

¹⁷ Questão diferente, cremos que nunca objeto de análise constitucional, é a de saber se esse tratamento dos grupos económicos exclusivamente portugueses, como que numa discriminação *à rebours*, não poderá ser, ele próprio, desconforme com a Constituição.

fortemente reprovador dessa diferenciação, ainda que por palavras tomadas de empréstimo ao Ministério Público, citado por referência a anterior Acórdão do Tribunal: ela resultaria de uma opção legislativa sem “motivo racional atendível”, seria uma “discriminação intolerável entre trabalhadores postados em situações substantivamente idênticas”.

Inicia-se então, no ponto 15, mais propriamente, o arrazoado conducente à conclusão de que não se vislumbrou um *fundamento material razoável*, nem para a diferenciação em si mesma, nem para a medida ou extensão que lhe foi legislativamente atribuída.

Afirma-se, neste contexto, a centralidade da “*ratio legis* subjacente ao regime material a avaliar”, ponto de referência para a formulação de um “juízo parametrizado pelo princípio da igualdade”.

É essencialmente numa frase que o TC resolve o problema, sempre no pressuposto da validade da sua própria conclusão acerca da *ratio* normativa que, no ponto 11, procurou vislumbrar: “Se o reforço da garantia patrimonial dos créditos laborais propiciado pela regra da responsabilidade solidária constitui, conforme visto (*supra* n.º 11), o contrapeso da exposição das posições ativas dos trabalhadores ao risco patrimonial originado pela integração da sociedade empregadora numa unidade económica plurissocietária, sem dificuldade se conclui que a diferença de tratamento entre eles estabelecida (...) não tem acomodação possível na *ratio* do regime-regra estabelecido na norma sindicada”. Acrescenta-se, logo de seguida, citação de José A. Engrácia Antunes que não é feita da melhor forma, uma vez que as palavras inseridas, em parêntesis retos, adaptam a afirmação ao particular contexto de direito do trabalho, sobre o qual Engrácia Antunes aí não se pronuncia: “E isto porque «os riscos que a lei visou acautelar se verificarão sempre da mesma forma para [os trabalhadores das] sociedades participadas ou dependentes portuguesas, qualquer que seja o local da sede efetiva da sociedade que detém a participação no respetivo capital ou o controlo da respetiva direção» (Engrácia Antunes, ‘O âmbito de aplicação...’, loc. cit., p. 10)”¹⁸. A convicção sobre a impropriedade da citação é ainda intensificada pelo facto de Engrácia Antunes sustentar, no passo citado, a centralidade, na regulação em análise, dos interesses “das sociedades que ocupam o lado passivo das relações de coligação intersocietária”¹⁹, pelo que as considerações que contrapõem os

¹⁸ No original, em vez de “[os trabalhadores das] sociedades participadas”, lê-se “as sociedades participadas”; e a página do texto de Engrácia Antunes que o TC pretendia citar é a p. 107.

¹⁹ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas”, in Rui Manuel Moura Ramos et al. (org.), *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II,

vários pólos da relação intersocietária não são transponíveis, *de plano*, para uma consideração de interesses externos a essa mesma relação, como são os dos trabalhadores.

Dedica-se o Tribunal, de seguida, no ponto 16, a averiguar a “*finalidade ou função específica*” da norma autolimitada, o que faz partindo da constatação de que as razões para a autolimitação “não diferem daquelas que em geral são invocadas para justificar a restrição do âmbito de aplicação do regime especialmente previsto para a coligação de sociedades”, isto é, do regime *jurídico-societário*.

O Tribunal Constitucional identifica três razões; às duas primeiras dedicará o ponto 17, ao passo que os pontos 18 e 19 versam ambos sobre a terceira razão.

Assim, em primeiro lugar, “alude-se à *proteção do estatuto pessoal da sociedade com sede no estrangeiro*”, entendida no sentido de que “a circunscrição do regime pátrio visará tutelar a esfera de aplicação da lei estrangeira, evitando submeter sociedades estrangeiras ao regime material nacional só pelo facto de uma das participadas ter sede em Portugal”. Não avança, porém, o TC com uma citação que permita confrontar diretamente *quem alude* ao argumento assim delineado²⁰. De toda a maneira, para o Tribunal, o intuito de evitar a aplicabilidade simultânea de lei portuguesa e estrangeira basear-se-ia num “argumento falacioso”, que, se bem entendemos, é respondido com o contra-argumento de que a aplicabilidade da lei portuguesa ao caso, se excluísse a norma autolimitada, afastaria a possibilidade de “o juiz da causa deduzir de qualquer regime de solidariedade eventualmente previsto na lei pátria da sociedade dominante a resposta à questão de saber se a esta poderão ser exigidos os créditos laborais titulados pelo trabalhador da sociedade dominada” – por outras palavras, também do Tribunal: aquela autolimitação determinaria, “automaticamente, a preclusão do direito de o trabalhador reclamar da sociedade estrangeira o pagamento dos seus créditos salariais”. Sendo embora este um ponto que nos parece relativamente menor na economia da argumentação, sempre se dirá que não

Coimbra:Almedina, 2002, p. 108.

²⁰ Da nossa parte, quando pela primeira vez procurámos “possíveis justificações da exclusão das sociedades com sede no estrangeiro”, referimo-nos às seguintes quatro: “a) *O favorecimento do investimento estrangeiro*; b) *A ausência de consagração legislativa de um regime dos grupos de sociedades em grande parte dos sistemas jurídicos*”; c) *O artigo 481.º, n.º 2, c), como válvula de escape*; d) *As eventuais dificuldades resultantes da determinação do âmbito pessoal de aplicação*”. Cfr. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas – Uma Análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 274 ss.; v. também, em resumo, RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 481.º...”, *op. cit.*, anot. 3.

se vislumbra necessariamente este *automatismo*: que dizer então da eventual solução da lei de país estrangeiro que, em favor dos trabalhadores *não apenas* de sociedades aí sediadas *mas também* daquelas que delas sejam dependentes, previsse um regime de solidariedade da dominante por créditos laborais perante a dependente? O Tribunal não se entretém com esta possibilidade, mas apenas com a contrária: a de a lei pessoal da sociedade dominante ter um regime “distinto e mais favorável do que aquele que se encontra previsto no artigo 334.º do CT”, hipótese em que, medida a eventual expectativa daí resultante para a sociedade dominante de lei pessoal estrangeira em face da expectativa do trabalhador, aquela primeira “não reveste nem *relevância* nem *peso* suficientes para legitimar, no plano constitucional, a solução que decorre da interpretação fiscalizada”.

Em segundo lugar, de entre as disputadas razões para a autolimitação, vêm as “atinentes à regulação das situações privadas internacionais, visando evitar a mobilização dos institutos da *adaptação* e da *substituição*²¹ em direito internacional privado como operação necessária à aplicação do regime material português das sociedades coligadas (que pressupõe *sociedades anónimas*, *sociedades por quotas* ou *sociedades em comandita por ações (...)*)”: com efeito, poderiam suscitar-se dúvidas sobre se os dados normativos estrangeiros seriam ou não assimiláveis à norma portuguesa autolimitada. A verdade indisputável, porém, independentemente do mérito da opção legislativa, é que, como afirma o Tribunal, “com dificuldade maior ou menor, (...) o direito internacional privado dispõe das ferramentas para a solução do problema, cabendo ao julgador proceder à *substituição* ou *transposição* do tipo social estrangeiro no equivalente mais próximo da lei portuguesa”.

Por fim, em terceiro lugar, haveria o Tribunal de, nos pontos 18 e 19, deter-se um pouco mais na análise do *favorecimento do investimento estrangeiro* como possível razão justificativa da autolimitação espacial.

Começa aí por aceitar-se a *captação de investimento estrangeiro* como uma *finalidade possível* das políticas de *promoção do bem-estar social e económico* a que se refere o artigo 81.º, a), da CRP, de entre as missões que cabe ao Estado assegurar, o que se articula com a alusão do artigo 87.º aos *investimentos estrangeiros* – sem, todavia, esquecer que a sua disciplina legal, nos termos constitucionalmente definidos, deve procurar “garantir a sua contribuição para o desenvolvimento do país e defender a independência nacional e os interesses dos trabalhadores”.

²¹ Sobre estes, entre nós, na doutrina mais recente, cfr. AFONSO PATRÃO, “A «adaptação» dos direitos reais no Regulamento Europeu das Sucessões”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCII, Tomo I, 2016, pp. 139 ss.

Aqui chegados, se é certo que o TC, num primeiro momento, aceita como adequadas à prossecução daquela *finalidade* as medidas que “isentem sociedades estrangeiras de certos ónus” ou que lhes “atribuam determinados benefícios de modo a tornar mais apelativa a decisão de investimento em território nacional”, o primeiro obstáculo colocado pelo Tribunal ao seu relevo é a circunstância de a norma sindicada favorecer “sociedades com *sede no estrangeiro*”, que “não são necessariamente *sociedades de capitais estrangeiros*”. Aponta-se, designadamente, para o “mercado globalizado” que “se caracteriza pela circulação de capitais”, tornando “a nacionalidade do capital, não apenas volátil, como as mais das vezes difícil de determinar”. Ainda assim, o Tribunal conforma-se com a *não arbitrariedade* ou *não irrazoabilidade* do critério da localização da sede: como havíamos escrito e é retomado pelo Tribunal, o legislador como que tomou o investimento estrangeiro enquanto normalmente realizado por sociedades com sede no estrangeiro, e o investimento nacional como sendo normalmente realizado por sociedades com sede em Portugal²².

O elemento decisivo para a pronúncia pela inconstitucionalidade não será, portanto, a arbitrariedade ou irrazoabilidade desse critério. Recordemos que o Tribunal colocou o tema decidendo já para além daquela *fronteira esbatida* que separa os domínios merecedores do *controlo essencialmente negativo* da igualdade constitucionalmente garantida, de uma banda, e os que, de outra, como entende ser o caso, exigem um *controlo de maior intensidade*, em virtude da *natureza da matéria regulada* ou das *posições afetadas*. Nesses casos, haverá *arbitrariedade*, para efeitos do parâmetro de igualdade constitucionalmente relevante, sempre que, mesmo que racionalmente inteligível a opção pelo tratamento desigual, não esteja assegurada “a adequação ou razoabilidade da medida da diferença que é imposta, face ao fundamento invocado”.

Se, então, no ponto 18, é concedida pelo Tribunal a não arbitrariedade ou irrazoabilidade do critério, será no ponto 19 que, a terminar, o Tribunal analisa se o propósito existente – o tal fundamento *não irrazoável* – “consubstancia uma razão com *força e peso* bastantes para justificar a *medida da desigualdade* que se exprime nas *menores garantias* atribuídas aos créditos laborais de que sejam titulares os trabalhadores de sociedades em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma *sociedade estrangeira*, por comparação com as garantias reconhecidas aos créditos laborais de que sejam titulares trabalhadores de sociedades” em análoga relação mas “com uma *sociedade portuguesa*”.

²² RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência...*, op. cit., p. 276.

O Tribunal conclui que não: *do ponto de vista dos trabalhadores*, a garantia contemplada no artigo 334.º do CT “concretiza-se no direito a verem transferido para a sociedade dominante o risco de insolvência do empregador, ao invés de o suportarem eles próprios”, com a consequência de que à “perda de autonomia económica do empregador decorrente da sua subordinação a uma direção unitária externa o legislador faz corresponder uma intensificação da garantia patrimonial dos créditos laborais dos respetivos trabalhadores, obviando assim a que tal garantia seja negativamente afetada pela relação de dependência intersocietária”. Por outras palavras, esta faculdade de os trabalhadores “reclamarem os seus créditos laborais de quem não é seu empregador” permite evitar “que sobre os mesmos se projete o risco de vulnerabilização do património da sociedade empregadora que deriva da respetiva sujeição a um diretório empresarial unitário”.

Ora: a *medida da diferença de tratamento*, entende-se, não encontra justificação constitucionalmente atendível, porquanto o “interesse na captação de capitais estrangeiros, embora legítimo”, não só não assume “*relevo constitucional autónomo*” como “não dispõe de peso suficiente para justificar que a trabalhadores em *igual posição* e com *igual dignidade social* sejam atribuídas *diferentes garantias salariais*”.

Conclui-se, por conseguinte, que perante o n.º 3 do artigo 59.º (ao estabelecer: “Os salários gozam de garantias especiais, nos termos da lei”), a *captação de investimento estrangeiro* não constitui “uma razão suficientemente forte e ponderosa para justificar, no âmbito do direito aplicável à coligação de sociedades, tanto a intensidade quanto a extensão da desigualdade” introduzida pela norma sindicada: o *desequilíbrio* por si inserido “viola o princípio da igualdade”.

3. As declarações de voto

Como anunciado, a decisão esteve longe de ser unânime, registando-se três declarações de voto.

3.1. Numa primeira²³, a discordância com a decisão maioritária começa na circunstância de nela se ter desatendido ao facto de as sociedades em causa estarem, todas elas, *sediadas no território da União Europeia*. Esse desatendimento levou à desconsideração do direito da União, que deveria necessariamente ter sido convocado. O resultado, que na declaração de voto

²³ Apresentada conjuntamente pelos Conselheiros Maria José Rangel de Mesquita, Maria de Fátima Mata-Mouros e José António Teles Pereira.

se lamenta, é o de assim se pronunciar o Tribunal no sentido de projetar uma “abrangência invalidante da norma” que extravasa o espaço da União Europeia, com isso “afastando uma opção legítima e racionalmente justificada do legislador nacional” com respeito a “ordens jurídicas exteriores à União Europeia”. A maioria tomou como dado indiscutível – e assim inaverigável pelo Tribunal – que a conjugação entre as normas dos artigos 334.º do CT e 481.º do CSC é a que tinha sido julgada inconstitucional nas instâncias; não considerou, por isso, as propostas que permitem ler essa relação internormativa de outras formas: sejam as que não aceitam que a norma societária (e em consequência a norma laboral que para ela remete) se possa ver afastada perante sociedades *intraeuropeias*, em decorrência de exigências de direito da União Europeia; sejam as que veem na norma laboral uma autonomia de sentido que não é prejudicada pela remissão intrassistemática, a qual manteria, por isso, do lado *jurídico-laboral* a decisão normativa sobre o âmbito de aplicabilidade no espaço da norma laboral²⁴.

O primeiro sublinhado é então dado à *natureza* peculiarmente *compósita* da norma em análise: a norma laboral não resulta de uma disposição única, inscrita no CT, mas sim da sua conjugação com a do CSC. Daí que a discussão ande em volta da aplicabilidade do regime “a quem não é o empregador”: pois se o trabalhador, em dado caso, se obrigar a prestar trabalho a “vários empregadores entre os quais exista uma relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo”, a situação já será de *pluralidade de empregadores* e nada terá que ver com o artigo 334.º do CT, estando tratada no artigo 101.º do CT – o qual, repare-se agora, utiliza as expressões societárias citadas, mas, ao contrário do artigo 334.º, não faz qualquer alusão aos “termos previstos nos artigos 481.º e seguintes” do CSC.

De seguida, a declaração de voto identifica duas incidências de DUE sobre a norma sindicada: uma *intrauniãoeuropeia*, outra *extrauniãoeuropeia*. Aquela é ainda desdobrada em dois pontos.

O primeiro ponto passa por lembrar o regime jurídico-conflitual da relação individual de trabalho, conforme consta do artigo 8.º do Regulamento Roma I: sendo aí determinadas as conexões relevantes para definir a lei aplicável ao contrato de trabalho – o que é feito numa lógica de *favor laboratoris*, ao proteger-se os trabalhadores, também em sede de

²⁴ V. de novo o ponto 7 do Acórdão, citando, a propósito dessas outras leituras, respetivamente, RUI PEREIRA DIAS, *Pactos de jurisdição societários*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 504, entre outros, e CARLOS OSÓRIO DE CASTRO / DIOGO LORENA BRITO, “A concessão de crédito por uma SGPS..”, *op. cit.*, p. 145.

lei aplicável, enquanto parte estruturalmente mais fraca na relação jurídica –, uma eventual autolimitação espacial do regime do artigo 334.º do CT que visasse excluir a sua aplicabilidade a “sociedades (empregadoras ou não empregadoras) com sede no território de um qualquer Estado-membro da União Europeia” significaria, afinal, uma inadmissível *modelação* dos “efeitos de um acto de direito derivado”, isto é, a norma de Roma I, afetando inadmissivelmente a sua uniforme aplicação na ordem jurídica da UE. Embora aqui encontremos dois planos não inteiramente destrinchados – o material e o conflitual –, a afirmação merece adesão quanto ao seu pressuposto primeiro: o de que a sociedade sediada fora de Portugal, mas dentro da União Europeia, deve considerar-se abrangida pelo âmbito de aplicação espacial do regime das sociedades coligadas. Para lá disso, a questão especificamente laboral é autónoma; e a configuração de uma qualquer autolimitação espacial, de carácter restritivo ou ampliador²⁵, operada pelo direito nacional, como uma “inadmissível modelação dos efeitos de um ato de direito derivado” parece incompatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que, ainda que com algumas importantes limitações, não retira aos Estados-membros a liberdade de qualificar as suas normas em termos que influam sobre o respetivo âmbito de aplicação no espaço²⁶.

O segundo ponto relativo à incidência *intrauniãoeuropeia* da situação resulta da constatação da ausência de “normas de harmonização de direito da União em matéria de sociedades coligadas”: em consequência, o regime grupal mantém-se sob a “margem de conformação do legislador nacional”. É certo que, dado o elemento de transnacionalidade que as relações intersocietárias em análise podem comportar, seriam convocáveis, ainda assim, as liberdades do mercado interno, designadamente a liberdade de estabelecimento (artigos 49.º e 54.º do TFUE). Mas não pode o artigo 481.º, n.º 1, do CSC, ser visto como um “entrave à circulação no mercado interno (nomeadamente de capitais e de participações sociais)”, as únicas que, portanto, conformam a nível europeu as relações societárias descritas.

Por fim, refere-se ainda a primeira declaração de voto à incidência *extrauniãoeuropeia* da situação transnacional, aderindo à ideia de que a

²⁵ A este propósito, para breve caracterização das normas materiais espacialmente autolimitadas, v. RUI MANUEL MOURA RAMOS, “Aspectos Recentes do Direito Internacional Privado Português”, *Das Relações Privadas Internacionais – Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 96 ss., 111 s.

²⁶ V., p. ex., TJUE, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, 2013.10.17 (C-184/12), ou TJUE, *Agostinho da Silva Martins v. Dekra Claims Services Portugal, SA* 2019.01.31 (C-149/18).

autolimitação espacial do regime português “encontra fundamento racional bastante, ou motivo inteligível e congruente com os dados práticos relevantes, nas razões de política legislativa que levam o legislador nacional a estabelecer essa diferenciação de situações”. Ora, o princípio da igualdade não seria então beliscado, “em conformidade com a metódica seguida na jurisprudência” do TC, em qualquer das duas dimensões de controlo que vêm sendo atuadas: o controlo negativo da proibição do arbítrio ou o controlo mais intenso da igualdade sob a perspectiva da *medida* e do *grau dos efeitos* da distinção operada pela lei.

Quanto ao controlo negativo, são vários os argumentos apresentados: desde a proteção do âmbito de aplicação da lei pessoal das sociedades com sede no estrangeiro, à qual deverá em primeira linha competir a determinação do regime da sua responsabilidade (enquanto sociedade dominante) por dívidas; até aos argumentos²⁷ da atração do investimento estrangeiro (extra-europeu) e da dificuldade inerente à aplicação do regime português dos grupos a sociedades com lei pessoal distinta.

Quanto ao controlo mais intenso da igualdade, a conclusão é idêntica, agora com base numa “baixa intensidade da diferenciação” legislativamente operada, por referência aos demais trabalhadores de sociedades não abrangidas pelo regime dos grupos; à “valia preponderante” dos argumentos há pouco indicados, em justificação da diferenciação; e à ausência de um “efeito distintivo automático” necessariamente discriminatório dos trabalhadores cujos empregadores têm dominantes estrangeiras, uma vez que, por um lado, não se afasta a lei estrangeira eventualmente aplicável à responsabilidade da sociedade coligada com a empregadora portuguesa, e, por outro lado, porque não se precludem, naturalmente, os mecanismos invocáveis, em dependência das características do caso concreto, da *ordem pública internacional*²⁸ ou do *limite constitucional autónomo* de aplicação da norma estrangeira²⁹.

²⁷ Que também avançámos em RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência...*, op. cit., pp. 274 ss., pp. 279 s.

²⁸ Sobre a ordem pública internacional e a sua relação com a Constituição, v. AFONSO PATRÃO, “O papel da Constituição na modelação da ordem pública internacional”, in Ana Cláudia Nascimento Gomes / Bruno Albergaria / Mariana Rodrigues Canotilho (coords.), *Direito Constitucional: diálogos em homenagem ao 80.º aniversário de J. J. Gomes Canotilho*, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 525 ss.

²⁹ Sobre este último, v. já RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição – Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra: Coimbra Editora, 1979 (3.ª reimp. 1994), esp. pp. 232 ss.

3.2. Na segunda declaração de voto³⁰, começa por se recordar a noção e o sentido das *normas materiais espacialmente autolimitadas*, a cuja categoria poderá dizer-se pertencerem os artigos 481.º e seguintes do CSC³¹. Com isso se recorda que tais normas, ao delimitarem o seu próprio campo de aplicação no espaço, o fazem autonomamente para si próprias, sem que isso tenha implicações na determinação da ordem jurídica competente – tarefa essa que incumbe às *regras de conflitos* de que o direito internacional privado, em geral, tipicamente se serve.

De seguida, aponta-se o papel que as liberdades fundamentais de direito europeu deverão ter numa análise, hoje, das regras de autolimitação espacial constantes do direito português, indo tão longe quanto entrever uma possível medida restritiva da liberdade de estabelecimento de sociedades, na aceção do artigo 49.º do TFUE, em uma interpretação do regime de responsabilidade das sociedades dominantes que o estenda às sociedades-mãe de outros Estados-membros – o que, está bem de ver, é questão que se põe apenas no pressuposto³² de o regime português não lhes ser já aplicável, em decorrência das implicações que fluem já naturalmente do direito eurocomunitário.

Em dois momentos, a declaração de voto insiste num ponto relevante: o de que, para a maioria que fez vencimento, “o problema é de comparação: assim, dois trabalhadores, com contrato de trabalho submetido à lei portuguesa e cujos empregadores sejam sociedades com sede em Portugal, não beneficiam da mesma garantia dos créditos salariais, consoante a sede da sociedade coligada com o empregador esteja ou não em Portugal”. Mais à frente, retoma-se a ideia ao sublinhar que, se o regime jurídico-material em análise se consubstancia num “direito a transferir o risco de insolvência do empregador para outrem (que não o credor da retribuição)”, essa faculdade “não existe para a generalidade dos trabalhadores”, desde logo por não ter aplicação “quando o empregador não seja uma sociedade em regime de coligação” – seja porque é uma sociedade individual, não incluída num contexto de grupo societário, seja porque o seu empregador é “controlado por um terceiro”, mas este não reveste nenhuma das formas que conduzem à aplicabilidade do regime do Título VI do CSC: pense-se não apenas nas sociedades de outros tipos legais societários que não sociedades por quotas, anónimas ou em comandita por ações, mas também em quaisquer outros controladores, desde outras pessoas coletivas a pessoas singulares.

³⁰ Subscrita pela Conselheira Assunção Raimundo.

³¹ Nesse sentido já também RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência...*, op. cit., pp. 244 ss.

³² Que rejeitamos, como é sabido: cfr. de novo RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 481.º...”, op. cit., anot. n.º 3.

Por fim, critica-se a decisão maioritária pelo seu recurso a “técnicas de ponderação” numa área jurisdicional em que não parece haver margem para as mesmas: numa adesão às razões expendidas pela Conselheira Maria Lúcia Amaral, expressas em declaração de voto constante de uma das decisões do TC que está na origem da fiscalização abstrata sucessiva³³, insiste-se na crítica a que *ponderações* sejam introduzidas pelo TC, a quem não cabe sancionar “o mérito das escolhas legislativas”, mas tão-somente *verificar* se há ou não *ausência de racionalidade* na distinção de regimes estabelecida pelo legislador.

3.3. A terceira e última declaração de voto³⁴ começa também por uma adesão a esse mesmo arrazoado da Conselheira Maria Lúcia Amaral, para depois acrescentar ainda que o “alcance executivo dos créditos laborais”, em caso de insolvência, não está inviabilizado; e que possíveis manipulações poderiam sempre ser combatidas, *in concreto*, por via de institutos como o do abuso de direito.

III. Breves observações

4. A insegurança jurídica criada por um teste constitucional de fronteiras esbatidas

A primeira observação que registamos, porventura fundada em ignorância de não constitucionalista, é a sensação de imprevisibilidade e insegurança jurídica que é gerada por um teste que não defina mais claramente os *domínios normativos* por que se distribuem dois níveis de exigência constitucional distintos, no que respeita ao controlo de conformidade das opções legislativas.

Como assinalámos, é central para a decisão maioritária a consideração de que existem dois domínios distintos: um merecedor de um *controlo essencialmente negativo* da igualdade; outro já de um *controlo de maior intensidade*, em face da *natureza da matéria regulada* ou das *posições afetadas*. Recordemos as palavras da maioria:

“Seja qual for o ponto em que a fronteira entre os dois domínios deva ser em definitivo traçada, pode dizer-se que a densidade do escrutínio postulado pelo princípio da igualdade, para além de gradativa, deverá ser tanto mais intensa quanto mais inequívoca for

³³ TC, 2015.04.28 (Relator: Conselheiro João Pedro Caupers), proc. n.º 269/14 (publicado em DR, 2.ª série, n.º 111, 09.06.2015).

³⁴ Subscrita pelo Conselheiro Fernando Vaz Ventura.

a *jusfundamentalidade* das posições tituladas pelas categorias sujeitas a tratamento desigual”. Ora: vemos com dificuldade que não caiba ao TC, a partir do momento em que o próprio Tribunal explora uma bifurcação de critério por si desenvolvida, começar por justamente definir – ou sequer ensaiar uma aproximação a – o “ponto em que a fronteira entre os domínios deva ser em definitivo traçada”.

5. A igualdade no acesso ao teste da igualdade: uma *desigualdade arbitrária entre investidores*?

A expressão a itálico é de Rui Pinto Duarte, que escreve, a propósito do regime dos grupos: “parece-me também desrazoável que o domínio total por meio de uma sociedade acarrete o risco de ter de suportar o «passivo a descoberto» que esta venha a deixar e que o mesmo não aconteça se o domínio for exercido por uma pessoa singular ou por outros tipos de figuras jurídicas, como o fundo de investimentos ou a associação em participação. Julgo tratar-se de uma falta (injustificada) de neutralidade entre as formas jurídicas, uma desigualdade arbitrária entre investidores”³⁵.

Estas palavras, embora não centradas no aspeto jurídico-laboral do problema, vêm à mente quando se lê o TC a afirmar, como vimos, que a *medida da diferença de tratamento* prevista na norma invalidada não encontra justificação constitucionalmente atendível, porquanto o “interesse na captação de capitais estrangeiros, embora legítimo”, não só não assume “*relevo constitucional autónomo*” como “não dispõe de peso suficiente para justificar que a trabalhadores em *igual posição* e com *igual dignidade social* sejam atribuídas *diferentes garantias salariais*”.

Pois bem: não seria isto, levado até ao fim, equivalente a dizer-se que a limitação (não apenas *espacial*, mas também) *pessoal* do âmbito de aplicação do regime de responsabilização solidária seria passível de um juízo de desconformidade constitucional, em face da referida *desigualdade arbitrária entre investidores*?

Como se vê, esta *mudança de sinal*, pela decisão maioritária, do teste constitucional aqui cabido – que é tornado *positivo* e não mais *essencialmente negativo* – pode ter outras repercussões, o que mostra bem como uma fronteira menos esbatida e mais bem definida desse teste ajudaria a que se protegesse o legislador (e, com ele, a separação de poderes) de intromissões jurisdicionais menos sustentadas.

³⁵ RUI PINTO DUARTE, “Notas sobre a limitação da responsabilidade (nos contratos e nas sociedades)...”, *op. cit.*

6. O problema da desconsideração dos elementos jurídico-europeus – ou o “«arrombamento» de uma porta que sempre esteve aberta”

A sugestiva metáfora que deixamos em epígrafe pode encontrar-se na primeira declaração de voto do Acórdão. Ela resulta da adesão, que naturalmente saudamos, à ideia de que o regime das sociedades coligadas não pode considerar-se circunscrito ao território português, impondo-se que ele valha, igualmente, nas relações intersocietárias intereuropeias³⁶. Consequentemente, dizem os subscritores da primeira declaração de voto já descrita:

“Assim, estando em causa a solidarização prevista no artigo 334.º do CT relativamente a sociedade com sede noutro Estado-membro, perde sentido a autolimitação espacial, tudo funcionando como se essa sociedade sedeadada fora de Portugal o não fosse. Esta seria, com efeito, a interpretação correta do DUE, projetado na ordem interna, funcionando a obtenção desse mesmo resultado, nesses casos, por via da declaração de inconstitucionalidade, com o sentido – e trata-se de fornecer uma simples imagem ilustrativa – de uma espécie de “arrombamento” de uma porta que sempre esteve aberta. Percebemos – e compreendemos – que as decisões pretexto aqui generalizadas foram confrontadas com decisões de recusa das instâncias assentes no descaso total desta vertente do problema, mas cremos que o Tribunal, instrumentalmente da questão de constitucionalidade que lhe era apresentada, poderia reconduzir o problema aos seus corretos parâmetros interpretativos, aqui (aliás, no caso pretexto correspondente ao Acórdão n.º 277/2015) verdadeiramente condicionantes da própria abordagem do problema de inconstitucionalidade.”

7. O que não é decidido: a conformidade constitucional da autolimitação espacial do regime das sociedades coligadas, em geral, fora do específico contexto jurídico-laboral

Seja como for, se é certo que o TC, por maioria, toma esta posição invalidante da norma *compósita* que resulta da remissão do artigo 334.º CT para o artigo 481.º, n.º 2, do CSC, não menos certa é a constatação de que o Tribunal *não decide aqui* sobre uma pretensa desconformidade constitucional

³⁶ Para um resumo da nossa posição, cfr. RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 481.º...”, *op. cit.*, anot. n.º 3. Veja-se a declaração de voto, *passim*, p. ex. ao afirmar: “(...) a autolimitação espacial – a qual, todavia, repetimos, só vale verdadeiramente fora da União Europeia”.

da autolimitação espacial *do regime jurídico-societário* que emerge do Título VI do CSC, na parte em que ele afasta as sociedades não sediadas em Portugal de uma responsabilidade solidária por dívidas sociais das suas filiais com sede em território português.

Com efeito, a decisão do Tribunal é a de declarar inconstitucional, com força obrigatória geral, a norma que resulta da *interpretação conjugada* das normas contidas no artigo 334.º do CT e 481.º, n.º 2, proémio, do CSC; não há, pois, uma declaração de inconstitucionalidade do artigo 481.º, n.º 2, proémio, do CSC, na autolimitação espacial que aí se dispõe, tanto mais que os argumentos avançados pelo Tribunal para a sua decisão se apoiam em larga medida em preceitos constitucionais relativos à garantia de proteção do salário³⁷.

8. Haverá um direito dos trabalhadores a que os empregadores (nacionais e estrangeiros) sejam todos iguais?

A questão em título é provocatória, mas encerra em si o essencial da crítica que podemos formular ao decidido.

O teor do artigo 59.º, n.º 1, alínea a), da CRP é o seguinte:

“Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito:

a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna”.

A *igualdade* em que os trabalhadores assim se veem colocados (“todos os trabalhadores, *sem distinção de idade [...]*”) realisticamente não se estende, como não poderia estender-se, às *características do empregador*: dito de forma mais coloquial, *nenhum trabalhador, feliz ou infelizmente, tem o direito a que o seu empregador seja tão rico como o empregador dos outros trabalhadores*. A tutela patrimonial dos créditos do trabalhador, como é da natureza das coisas, ver-se-á dependente de um conjunto de variáveis, que vão desde *o comportamento do empregador* (que, mesmo que *rico*, poderá não querer pagar, voluntariamente, o que deve) à sua *solvabilidade* (ele até pode querer pagar o que deve, mas não ter, ou pontualmente não encontrar, condições financeiras para o fazer).

³⁷ Cfr. o artigo 59.º da CRP e as alusões que lhe são feitas pela decisão da maioria (v. *supra*, 2.).

É-nos, assim, evidente que a partir do *direito fundamental à retribuição* e da *proibição daquelas distinções* (em função de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas) não se pode deduzir um *direito à igual tutela patrimonial de todos os trabalhadores*. O mundo real brinda-nos com empregadores de características muito díspares; e se a Constituição e a lei devem procurar *assegurar uma retribuição*, a todo o trabalhador, que *garanta a sua existência condigna*, bem como assegurar a regulação das condições de trabalho em termos que *protejam os trabalhadores da fragilidade em que estruturalmente se encontram* na relação com o empregador, a Constituição e a lei já não têm como assegurar que *é igual, para todos os trabalhadores, a garantia patrimonial dos seus créditos laborais*, pois *os empregadores não são* – nem podem ter que ser – *todos iguais*. Um indivíduo, trabalhador, tem *direito à tutela do seu crédito laboral, sem distinções discriminatórias*; mas não tem um direito a que o seu empregador ofereça as mesmas garantias de solvabilidade (com vista à efetiva satisfação daquele crédito) que são oferecidas por um outro empregador – isto é: não tem um direito a que o seu empregador seja tão *rico* como os demais. Ou, ainda por outras palavras: *não tem um direito à igualdade no risco a que está sujeita a satisfação dos seus créditos laborais*, variável consoante o comportamento e as características de cada empregador.

9. Business & Human Rights, ESG e o seu possível relevo na futura configuração da responsabilidade societária

Numa espécie de *Ausblick* para o futuro, não deixamos de conceder que uma leitura ampliadora da responsabilização de uma sociedade estrangeira, coligada com empregadora portuguesa – como que desconfiando, por predefinição, da autonomia desta última perante a suposta instrumentalização pela primeira – poderá ver-se beneficiada pelos ventos que sopram na Europa e no mundo.

De entre os chamados fatores ambientais, sociais e de governação (ESG)³⁸, os aspetos *sociais* (o S de ESG) realçam a necessidade de respeito pelos direitos dos trabalhadores. Às empresas será cada vez mais exigido que conformem as suas práticas, bem como de toda a sua cadeia produtiva e de abastecimento, por um cuidado particular em relação à sustentabilidade ambiental e também com respeito à *proteção dos direitos humanos*, entre os

³⁸ Para notas breves sobre o tema, RUI PEREIRA DIAS / MAFALDA DE SÁ, “Deveres dos Administradores e Sustentabilidade”, in Paulo Câmara (coord.), *Administração e Governação das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 56 ss.

quais se inclui, por exemplo, a proteção contra a *violação da proibição de tratamento desigual no emprego*³⁹.

Será, neste momento, ainda difícil adivinhar em que exato sentido evoluirá a legislação portuguesa e europeia nestes domínios, nomeadamente se aí encontraremos novas regras de responsabilização que impliquem diretamente com o problema que aqui analisamos.

De toda a maneira, isto não significa que esses ventos devam levar-nos a *desconsiderar* tanto quanto o legislador entendeu regular entre nós. Vêm à memória palavras de Coutinho de Abreu com mais de trinta anos, mas ainda e sempre avisadas:

“(…) são inegáveis (já vimos) os laços de dependência e interdependência entre as sociedades de um grupo; as dominantes e as directoras podem mesmo exercer (mediatamente) sobre os trabalhadores das dependentes e subordinadas típicos poderes do empregador (de direcção, regulamentar e disciplinar). O direito do trabalho não tem de ter isto em conta? Claro que sim! Essas realidades não podem impor a desconsideração da personalidade jurídica dessas últimas sociedades, de modo a ver-se como empregador («real»), com os deveres correspondentes, a sociedade dominante (ou directora)? Podem – mas só excepcionalmente; o princípio é o exposto há pouco [“nos grupos societários, é empregador toda a sociedade vinculada através de contrato de trabalho com certo(s) trabalhador(es) – não o sendo, pois, nem o grupo «em si», que não tem personalidade jurídica, nem a sociedade-mãe (relativamente aos trabalhadores vinculados contratualmente a outras sociedades do grupo)”. O «véu» da personalidade jurídica, mesmo que transparente (como deve ser...), existe. Não se pretenda, pois levantá-lo sistematicamente, ou mantê-lo permanentemente levantado (...)”⁴⁰.

IV. Conclusão

O Acórdão do TC n.º 272/2021 decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da interpretação conjugada das normas contidas no artigo 334.º do CT e no artigo 481.º, n.º 2, proémio, do CSC, na parte em que impede a responsabilidade solidária da sociedade com sede fora

³⁹ Cfr. o Anexo da Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937. Sobre esta, v., RUI PEREIRA DIAS, “CSDD (*Corporate Sustainability Due Diligence*): Primeiras Observações sobre a Proposta de Diretiva de 23 de fevereiro de 2022”, em curso de publicação.

⁴⁰ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, “Grupos de sociedades e direito do trabalho”, *op. cit.*, pp. 136-137.

de território nacional, em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo com uma sociedade portuguesa, pelos créditos emergentes da relação de trabalho subordinado estabelecida com esta, ou da sua rutura, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP.

A decisão, tomada por maioria, levanta dúvidas ao basear-se num teste constitucional de *fronteiras esbatidas*, gerando-se à sua sombra alguma insegurança jurídica quanto aos *domínios de norma* que sofrem um *controlo mais intenso*, por oposição aos que se sujeitam ao *controlo essencialmente negativo* que mais comumente associamos à aferição da inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade. E, levado até ao fim, esse controlo mais intenso desenhado pelo TC pode suscitar dúvidas adicionais, no plano interno, sobre a conformidade constitucional de uma aparente *desigualdade arbitrária entre investidores* que o regime introduz.

Lamenta-se que, do ponto de vista do segmento normativo de origem jurídico-societária – o artigo 481.º, n.º 2, proémio, do CSC – não se tenha tomado em consideração a devida aplicação do regime das sociedades coligadas no contexto de relações entre sociedades sediadas em Portugal e em outros Estados-membros da União Europeia. Mas compreende-se que, neste caso concreto, os poderes de cognição do Tribunal se pudessem entender limitados à norma objeto da decisão recorrida.

De todo o modo, a declaração do TC incide tão-somente sobre uma norma que resulta da conjugação entre o CT e o CSC, e não sobre o regime jurídico-societário do Título VI do CSC propriamente dito.

Da leitura do Acórdão, como que resulta implícita a ideia, irrealista, de que os trabalhadores teriam direito a que os seus empregadores lhes dessem de facto iguais garantias. Mas a verdade, que a realidade impõe, é a de que não pode ser reconhecido a cada trabalhador um direito a que o seu empregador ofereça tantas garantias de proteção do salário como o empregador de outros trabalhadores.

Tal não obsta, porém, a que o futuro próximo possa vir a ser marcado por um crescimento – pelas vias certas – dos meios de proteção dos direitos dos trabalhadores, o que se espera venha a suceder com equilíbrio e em respeito da certeza, segurança jurídica e previsibilidade que a matéria exige.

Tribunal Constitucional: Guardião da Constituição ou do Centralismo de Estado? A Tensão entre Soberania e Autonomia no Princípio da Gestão Partilhada do Espaço Marítimo Nacional – Análise ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 484/2022

Paulo Linhares Dias

*Advogado – Sócio da BPLD & Associados, RL;
Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
pld@bpldadvogados.com*

Bruno Reis

*Advogado – Associado da BPLD & Associados, RL;
Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
br@bpldadvogados.com*

Resumo: O Tribunal Constitucional, por via do Acórdão n.º 484/2022, declarou a inconstitucionalidade das normas atribuidoras de competências às Regiões Autónomas em matéria de gestão partilhada do espaço marítimo previstas na Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional, aprovada pela Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, alterada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, mantendo a sua jurisprudência restritiva

a respeito dos poderes das Regiões Autónomas. A posição maioritária do Tribunal, no que respeita à vinculatividade do parecer das Regiões Autónomas, assenta nos pressupostos de que planear é essencial aos poderes dominiais e de que os poderes dominiais sobre o espaço marítimo são necessariamente do Estado, por constituírem reserva de soberania. No que respeita aos Planos da competência das Regiões, concluiu-se que o diploma cria um procedimento legislativo à margem da Constituição. Esta posição levanta dúvidas sobre se, para todos os efeitos práticos, o Tribunal não esvaziou o princípio da gestão partilhada do espaço marítimo, previsto no Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores, de todo o seu conteúdo útil.

Abstract: The Portuguese Constitutional Court, through Ruling no. 484/2022, declared the unconstitutionality of the rules granting powers to the Autonomous Regions in terms of shared management of the maritime space as ruled by the Law establishing the Bases of National Maritime Space Planning and Management Policy, approved by the Law no. 17/2014, of 10 April, amended by the Law no. 1/2021, of 11 January, maintaining its restrictive jurisprudence regarding the powers of the Autonomous Regions. The dominant position within the Court, concerning the binding nature of the Autonomous Regions' official opinion, is based on the assumption that planning is essential to domain powers, and that domain powers over the maritime space belong necessarily to the State, as they constitute a reserve of sovereignty, with regard to the binding of the opinion of the Autonomous Regions, and that, with regard to the Plans within their competence, the diploma creates a legislative procedure outside the Constitution. This position raises the question as to whether, for all practical purposes, the Court has not emptied the principle of shared management of maritime space, provided for in the Administrative Political Statute of the Autonomous Region of the Azores, of all its useful content.

Palavras-chave: soberania; autonomia; Regiões Autónomas; gestão partilhada do espaço marítimo; planeamento do espaço marítimo.

Keywords: sovereignty; autonomy; Autonomous Regions; shared management of the maritime space; planning of the maritime space.

I. Introdução

A tensão entre a soberania do Estado e as autonomias regionais, enquanto dimensão jurídico-política das conceções, mais ou menos centralizadoras, do

exercício do poder, não é novidade no Direito Constitucional português¹. Assim como não é novidade a intervenção do Tribunal Constitucional como árbitro desse conflito², adotando uma posição, regra geral, centralista³, como de resto se assinala no voto de vencido do seu Presidente – Conselheiro João Caupers, no Acórdão n.º 484/2022 em análise⁴.

No caso em apreço, à tensão própria da partilha ou cedência de poder para entes territoriais intraestaduais, alia-se a definição, que antecipamos “falhada”, do conceito de gestão partilhada do espaço marítimo, conforme prevista no artigo 8.º do Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores⁵. Para a densificação desse conceito, questão central da presente análise, o Tribunal Constitucional convocou, em função das normas e do pedido de juízo de inconstitucionalidade que lhe foi suscitado, institutos como a dominialidade pública e a soberania, bem como o poder regulamentar e legislativo das Regiões Autónomas, para sustentar a sua, controversa, decisão⁶.

A presente análise assume-se crítica do citado Acórdão n.º 484/2022, aliás coerente com a anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os poderes das Regiões Autónomas na gestão do espaço marítimo

¹ Sobre este tema, na doutrina lusa vide: ÁLVARO MONJARDINO, “Raízes da Autonomia Constitucional”, in Jorge Miranda / Jorge Pereira da Silva (coord.), *Estudos de Direito Regional*, Lisboa: Lex, 1997, p. 781; MARGARIDA SALEMA, “Autonomia Regional”, in *Estudos de Direito Regional, op. cit.*, pp. 53-55; DUARTE PINHEIRO, “Notas sobre o poder regional de iniciativa legislativa”, in *Estudos de Direito Regional, op. cit.*, pp. 812; RUI MEDEIROS, “A tentativa fracassada de alargamento da competência legislativa regional na revisão de 2004 e a próxima revisão constitucional”, in AA. VV, *Açores: Uma Reflexão Jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 22.

² Além dos futuramente citados Acórdãos n.ºs 136/2016 e 315/2014 (sobre a temática em apreço), vide ainda, mais recentemente os Acórdãos n.ºs 233/2018, 377/2018, 503/2021, 180/2022 e 535/2022. Sobre os primórdios das autonomias: ÁLVARO MONJARDINO (org.), *As Autonomias Regionais em 10 anos de Jurisprudência 1976-1986 – Vols. I e II*, Horta: Assembleia Regional dos Açores, 1987.

³ Neste sentido: RUI MEDEIROS, “A tentativa fracassada de alargamento da competência legislativa regional na revisão de 2004 e a próxima revisão constitucional”, in *Açores Uma Reflexão Jurídica, op. cit.*, p. 23, e SÉRVULO CORREIA, “O Futuro do Regionalismo Político”, in *Açores Uma Reflexão Jurídica, op. cit.*, p. 61.

⁴ Cf. o voto de vencido do Conselheiro Presidente no Acórdão n.º 484/2022: «Não posso subscrever o juízo de inconstitucionalidade formulado na alínea a) da decisão. Não é a primeira vez, e não será muito provavelmente a última, que manifesto a minha oposição à jurisprudência tradicional do Tribunal em matérias relativas à autonomia regional dos Açores e da Madeira. Na verdade, respeitando embora as convicções dos outros membros do Plenário, acredito que elas refletem, em maior ou menor medida, o ancestral pendor centralista da cultura política dominante. Esta tende a ver a autonomia regional como uma espécie de remédio de gosto amargo, a tomar com parcimónia, em doses moderadas, sempre com receio dos efeitos secundários – o afrouxamento do controlo do Estado sobre a atividade jurídico-pública dos órgãos próprios das regiões autónomas, o subseqüente e fatal esbatimento do unitarismo do Estado e, *vade retro*, o fantasma do federalismo.»

⁵ Doravante, EPARAA.

⁶ Referimo-nos às inúmeras declarações de voto, mesmo em casos favoráveis à decisão.

nacional, que, em nosso entender, vem conduzindo, sem arrimo na Lei Fundamental, ao total esvaziamento do conceito de *gestão partilhada* do mar territorial dos Açores.

II. Os antecedentes e o conteúdo da decisão do Tribunal

Em 2008 foi aprovado o novo EPARAA⁷, visando conformar o diploma magno da organização político-administrativa da Região Autónoma dos Açores⁸ com a revisão constitucional de 2004. Um dos novos normativos consagrados, com particular relevância para o presente estudo, foi o do artigo 8.º que estabelece *os direitos da região sobre as zonas marítimas portuguesas*. Este normativo, como se verá, procurou responder à jurisprudência existente até então no que respeita à atribuição de poderes sobre o domínio público marítimo às RRAA⁹.

O artigo 8.º confere à RAA três níveis de *direitos* sobre as zonas marítimas portuguesas. Em primeiro lugar, no n.º 1, estabelece-se a *gestão conjunta* das águas interiores e do mar territorial, no n.º 2 atribui-se a competência exclusiva para o licenciamento no âmbito da utilização privativa de bens do domínio público do Estado, das atividades de extração de inertes, da pesca e da produção de energias renováveis, e, por último, a *gestão partilhada* dos demais poderes reconhecidos ao Estado Português sobre as zonas marítimas.

Nesta senda, e como forma de concretizar estes *direitos* da RAA, foi aprovada e publicada a Lei n.º 17/2014, de 10 de abril¹⁰, bem como o Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março, que desenvolveu o respetivo regime. Nestes regimes, fica assente que o ordenamento dos espaços marítimos é feito através dos Planos de Situação e dos Planos de Afetação¹¹. Sucede, porém, que o regime então aprovado não colheu, manifestamente, a simpatia dos órgãos de governo próprio da RAA.

⁷ Lei n.º 2/2009, de 12 de janeiro.

⁸ Doravante, RAA.

⁹ Como foi, por exemplo, o caso do Acórdão n.º 131/03, que determinou que «[...] é corolário necessário da não transferibilidade dos bens do domínio público marítimo do Estado a impossibilidade de transferência dos poderes que sejam inerentes à dominialidade, isto é, os necessários à sua conservação, delimitação e defesa [...]».

¹⁰ Doravante LBOGEM.

¹¹ O plano de afetação efetua a inventariação dos sítios de proteção do ambiente marinho e a distribuição espacial e temporal dos usos e das atividades existentes e potenciais (cf. artigo 10.º LBOGEM) e o plano de afetação destaca áreas ou volumes do espaço marítimo a usos ou atividades que não estejam identificados no plano de situação (cf. artigo 19.º LBOGEM).

Tanto assim foi, que o Governo Regional dos Açores suscitou a fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade do diploma¹². Como já tivemos a oportunidade de referir noutra sede, «A impugnação das normas em causa baseia-se, em primeiro lugar, na discordância face à opção assumida pelo legislador de densificar gestão conjunta e partilhada pela separação da competência de ordenamento e de atribuição de títulos de utilização privativa entre o Estado e as RRAA [Regiões Autónomas]. [...] Em segundo lugar, [...] que a mera consulta para aprovação e a competência para a elaboração dos POEM não cumprem o disposto no art.º 8.º, n.ºs 1 e 3 [do EPARAA], porque a intervenção da RAA não ocorre do exercício partilhado ou conjunto do poder de *aprovação*.»¹³

Neste contexto, proferiu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 136/2016, decisão no sentido de não considerar ilegais, por violação do artigo 8.º do EPARAA, as normas constantes dos artigos 5.º, n.º 3, 12.º, 15.º, n.º 2, 18.º, 22.º, 24.º, n.º 5, 26.º, 35.º, 97.º, 98.º e 107.º do Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março, que desenvolve a LBOGEM, permitindo a manutenção do diploma nos termos em que havia sido aprovado.

Face a esta posição apenas restava uma alternativa para a mudança do *status quo*: alterar o diploma pela via legislativa. Nessa medida, deu entrada na Assembleia Legislativa Regional dos Açores¹⁴, pela mão do Governo Regional, uma anteproposta de lei com vista à alteração da LBOGEM, que, após aprovada, deu origem à Proposta de Lei n.º 179/XIII/4, submetida à Assembleia da República¹⁵ que, por sua vez, veio dar origem à Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro.

Desta feita, e como paradigma da tensão entre a soberania do Estado e as autonomias regionais, as alterações operadas pela citada lei foram objeto do pedido de fiscalização de constitucionalidade, apresentado por um grupo de deputados à Assembleia da República¹⁶, que incidiu sobre o artigo 8.º, n.º 3, segundo o qual: «[...] Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo

¹² Ao abrigo do disposto na alínea g), do n.º 2, do artigo 281.º da CRP e do artigo 51.º da Lei n.º 21/82, de 15 de novembro, na redação em vigor (LTC).

¹³ BRUNO REIS, *A Participação da Região Autónoma dos Açores na Gestão do seu Território Marítimo – Um aprofundar do princípio estatutário da gestão conjunta ou partilhada no quadro do direito constitucional das regiões autónomas*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2018, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/51672/1/Reis_2018.pdf, [consultado a 23/10/2022].

¹⁴ Doravante ALRA.

¹⁵ Processo legislativo disponível para consulta em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=43341>.

¹⁶ No uso da competência prevista no artigo 281.º, n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2, alínea f), da CRP.

nacional que respeitem à plataforma continental para além das 200 milhas marítimas são elaborados e aprovados pelo Governo, mediante a emissão de parecer obrigatório e vinculativo das regiões autónomas, salvo nas matérias relativas à integridade e soberania do Estado»; e sobre o artigo 31.º-A que dispõe, no n.º 1: «[...] As matérias referentes aos artigos 8.º a 11.º, 13.º a 25.º, 27.º a 29.º e 31.º são desenvolvidas, nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, mediante decreto legislativo regional, sempre que em causa estejam áreas do espaço marítimo nacional sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes aos respetivos arquipélagos até às 200 milhas marítimas, mediante a emissão de parecer da administração central, o qual é obrigatório e vinculativo nas matérias relativas à integridade e soberania do Estado [...]».

Invocaram para tanto os requerentes que o artigo 8.º, n.º 3, viola o artigo 84.º, conjugado com o artigo 3.º, n.º 1 da CRP, o princípio da unidade de ação administrativa consagrado no artigo 267.º, n.º 2 da CRP, o artigo 267.º da CRP e os Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas. Para fundamentar a inconstitucionalidade material do artigo 31.º-A são invocados os artigos 227.º da CRP e o artigo 8.º, n.º 2 do EPARAA.

Grosso modo, o entendimento dos requerentes prende-se com a possibilidade de a RAA, por um lado, ter um poder de emissão de parecer vinculativo, violando os normativos identificados e, por outro, de criar uma categoria de ato legislativo à margem da Constituição.

Na essência, o Tribunal Constitucional, numa decisão bastante controvertida¹⁷, considerou inconstitucional o teor do artigo 8.º n.º 3 da LBOGEM, na redação dada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, por violação dos artigos 84.º, n.º 2 e 225.º, n.º 3 da Constituição.

O Tribunal entendeu que «o modelo previsto no n.º 1 [e no n.º 3] do artigo 8.º do EPARAA diz respeito à repartição de poderes gestionários cujo exercício conjunto pelo Estado e pela Região previamente se estabeleceu serem compatíveis com o regime dos bens do domínio público do Estado», em conformidade com o artigo 8.º, n.º 1, do EPARAA, *in fine*.

Sucede que o Tribunal liga a essência do domínio público do Estado com o facto de «a dominialização do espaço marítimo estar associada à integridade e identidade do Estado, enquanto lugar do exercício da soberania estadual», e por esse domínio público se manifestar «através poderes públicos

¹⁷ Com votos de vencido expressos contra a inconstitucionalidade da norma contida no n.º 3 de artigo 8.º LBOGEM pelo Senhor Presidente do Tribunal Constitucional, Conselheiro João Pedro Caupers, pelos Senhores Conselheiros José Eduardo Figueiredo Dias e Lino Rodrigues Ribeiro (em declarações autónomas) e ainda dos Senhores Conselheiros Gonçalo Almeida Ribeiro, Afonso Patrão e Mariana Canotilho (com declaração conjunta), por considerarem outro fundamento de inconstitucionalidade.

que denotam a supremacia e a supraordenação do Estado», incluindo nessa esfera o *poder regulamentar*, dizendo que o poder de ordenar é «um poder funcionalizado à realização dos fins prosseguidos com a dominialização: a tutela e proteção do bem dominial.»

Nesse sentido, o parecer vinculativo obrigatório previsto no artigo 8.º, n.º 1 da LBOGEM, na redação mais recente, no entender do Tribunal «retira a exclusividade da competência para exercer os direitos dominiais resultantes da soberania e jurisdição que tem sobre aquelas zonas marítimas», neutralizando-se os poderes sobre o bem público, «em vista da subordinação a fins de natureza regional.»

Daqui se retira, em conclusão, que o Tribunal, na posição maioritária, opõe-se a um esquema de partilha de gestão assente na apresentação de pareceres vinculativos (num esquema de codecisão).

III. A jurisprudência constitucional anterior

O Tribunal Constitucional, ao longo da história da sua jurisprudência tem tratado da questão dos poderes das Regiões Autónomas de uma perspetiva tendencialmente restritiva, muito embora com evoluções no que respeita ao domínio público marítimo.

Conforme declaração de voto do Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro, «a jurisprudência constitucional tem vindo a admitir que há certos poderes que incidem sobre bens dominiais que podem ser exercidos por entidades diferentes do titular do domínio.»

Com efeito, o Acórdão n.º 402/2008, superando uma jurisprudência restritiva, determinou que a «não regionabilidade da titularidade do domínio público marítimo integrante ou circundante da área territorial das regiões autónomas não arrasta consigo, como consequência forçosa, a insusceptibilidade de transferência de certos poderes contidos no domínio.» Neste acórdão estava em causa a consagração, no Estatuto Político-administrativo de uma competência legislativa exclusiva regional que colocava «inteiramente na esfera de competência da Assembleia Legislativa da Região Autónoma toda uma zona da disciplina legal de um bem de domínio público necessário do Estado»¹⁸.

Já no Acórdão n.º 315/2014, em que estava em causa a competência legislativa para a aprovação do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, de 9 de maio, reafirma-se a jurisprudência anterior que separa os poderes

¹⁸ Acórdão n.º 402/2008, ponto 22.

primários dos poderes secundários sobre o domínio público. Sucede que o diploma não foi considerado inconstitucional por se introduzir no âmbito dos poderes primários, que seriam reserva legislativa de competência da Assembleia da República, tendo sido sim considerado ilegal por violação do artigo 8.º do EPARAA, designadamente porque «não corresponde manifestamente à ideia de gestão partilhada de poderes adotada no n.º 3 do art.º 8.º do EPARAA»¹⁹ e porque assume a posição que cabe aos órgãos de soberania definir os termos da gestão partilhada prevista no Estatuto. Dito de outro modo, não estava em discussão, de modo primário, aferir da existência *material* de uma determinada competência, mas, principalmente, do poder de definição unilateral dos termos de execução do princípio da gestão partilhada por parte da RAA, e da possibilidade de a mesma ser exercida de modo exclusivo.

Ora, é no Acórdão n.º 136/2016, que se pronunciou sobre a primeira versão da LBOGEM, que pela primeira vez se extravasa a questão da dicotomia entre poderes primários e secundários do âmbito da competência legislativa regional para o contexto dos poderes para emissão de regulamentos de execução (ainda que sob forma de DLR). Afirmou o Tribunal que «existem poderes exclusivos dos titulares dos bens dominiais que não podem ser transferidos para outras entidades»²⁰. Na essência, e sem grandes delongas, estava em discussão, a pedido do Presidente do Governo Regional dos Açores, aferir se o modelo previsto no diploma, que concretizava o princípio da gestão conjunta ou partilhada tão só pela separação da competência de ordenamento e de atribuição de títulos de utilização privativa entre o Estado e as Regiões Autónomas, e por uma intervenção meramente consultiva na elaboração dos instrumentos de ordenamento, correspondia àquele que se impunha por aplicação do artigo 8.º do EPARAA. O Tribunal Constitucional, comprimindo, em nosso entender, o escopo do artigo 8.º do EPARAA, afirma que «a partilha das competências gestionárias efetuada pelo legislador, separando a regulação da gestão propriamente dita, não se mostra desadequada a concretizar o conceito de “gestão partilhada”», dizendo, inclusive, que é «bastante questionável a possibilidade do Estado abdicar do poder de ordenar o espaço marinho, transferindo o seu exercício para as regiões autónomas, ainda que parcialmente.»

É neste Acórdão que se inicia, verdadeiramente, a cisão entre os Juízes Conselheiros sobre a questão da autonomia no seio da gestão do espaço

¹⁹ Acórdão n.º 315/2014, ponto II, 7.8.

²⁰ Acórdão n.º 136/2016, ponto II. 6.5.

marítimo. Neste acórdão, o próprio Juiz Presidente à data, Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, defendeu que o «entendimento restritivo de que os poderes de gestão a partilhar sejam apenas os de execução ou tramitação de atos administrativos, não corresponde ao sentido da cooperação na gestão do espaço marítimo adjacente às regiões autónomas que o preceito veio consagrar», tendo inclusive a Juiz Conselheira Fátima Mata-Mouros afirmado que «o acórdão esvazia de conteúdo uma norma estatutária redigida de acordo com a sua jurisprudência.»

O Acórdão em análise no presente artigo surge, portanto, num contexto de maior restrição dos poderes regionais no seio do espaço marítimo, analisando se o modelo de *codecisão* previsto na versão revista da LBOGEM, tal como alterada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, cumpre com os normativos constitucionais, do mesmo modo que entendeu que cumpria o *modelo de concertação* previsto no Decreto-Lei n.º 38/2015, de 12 de março.

IV. Os poderes da RAA sobre o espaço marítimo nacional

Conforme referimos *supra*, o artigo 8.º do EPARAA consagra os *direitos sobre as zonas marítimas portuguesas*. A utilização da expressão *direitos* não é, de modo algum, inocente, incorporando o normativo no âmbito da sindicância perante o Tribunal Constitucional nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea d), da CRP²¹.

Já a expressão *zonas marítimas portuguesas* permite-nos concluir que o escopo da norma não se restringe ao domínio público marítimo, mas abrange também zonas marítimas que não constituem domínio público, como a Zona Contígua e a Zona Económica Exclusiva.

O Tribunal, e bem, afirma que «o domínio público marítimo integra as águas territoriais (águas internas e mar territorial) e plataforma continental, ficando de fora a zona contígua e as águas (coluna de água e superfície) da zona económica exclusiva.»

Contudo, e isso será importante na análise que faremos *infra*, o Tribunal olvida que nem tudo o que integra a plataforma continental constitui domínio público marítimo excluindo-se, por isso, do domínio público necessário do Estado. Aliás, conforme o próprio Tribunal afirmou em jurisprudência anterior: «[...] Uma coisa é o leito do mar, o subsolo correspondente e os fundos marinhos contíguos da plataforma continental,

²¹ BRUNO REIS, *op. cit.* p.47.

outra bem diferente são as ocorrências minerais existentes nesses espaços marítimos», que constituam domínio público geológico²².

Os poderes da RAA no âmbito do artigo 8.º EPARAA não se reconduzem, portanto, a uma visão restrita da gestão de domínio público (nem essa expressão é utilizada), mas sim a uma visão geral da gestão do espaço marítimo, de uma perspectiva holística, num espaço que corresponde a um *condomínio de interesses*²³.

Para além do mais, o Tribunal Constitucional, na senda da sua jurisprudência, não faz qualquer distinção entre a *gestão conjunta* e o *princípio da gestão partilhada*, tratando-os como sinónimos²⁴. Diga-se de passagem, que o legislador também não esteve bem a este respeito, porquanto divide os poderes gestionários entre o espaço para cá das duzentas milhas e para lá destas, ao arpejo da distinção prevista no artigo 8.º, e dos conceitos (de direito internacional) de plataforma continental, zona económica exclusiva, zona contígua, águas interiores e mar territorial.

De facto, no que respeita à gestão conjunta das águas interiores e do mar territorial, a norma «[...] afirma expressamente o direito ao *exercício de poderes*, pelo que a atuação da RAA, no quadro da gestão conjunta, não pode ficar pela intervenção (ainda que conformadora) do processo antecedente ao exercício do poder: o exercício do poder de forma conjunta impõe a igualdade na prática do ato final, tendo de ser exercido num contexto de codecisão, ou de forma que afete de forma vinculativa essa decisão.»²⁵

Já no que toca ao princípio da gestão partilhada aplicável às demais competências no espaço marítimo nacional «[...] impõe um modo de exercício de competência e não um exercício conjunto da mesma competência, sendo possível a distribuição de competências entre o Estado e RAA [...]»²⁶, na senda do Acórdão n.º 315/2014, de 1 de abril, no qual se afirmou que o «exercício partilhado impõe então colaboração ou coordenação entre a administração regional e a administração do Estado.»

²² Acórdão n.º 315/2014.

²³ Utilizando uma expressão própria do direito do urbanismo. Como veremos, em nosso entender, se planejar no território terrestre não depende de titularidade do domínio (afetando inclusive interesses privados), o mesmo vale para o espaço marítimo.

²⁴ Assim foi no Acórdão n.º 136/2016, ponto II., 7.2.

²⁵ BRUNO REIS, *op. cit.*, p. 59.

²⁶ *Ibid.*, p. 62.

Rui Medeiros e Armando Rocha²⁷ extraem dos princípios da gestão conjunta e da gestão partilhada três possibilidades de atuação: (i) a «transferência de competências para os órgãos da Região Autónoma»; (ii) a «adoção de um verdadeiro processo de codecisão»; ou (iii) a «atribuição, aos órgãos próprios das Regiões Autónomas de poderes de pronúncia, desde que haja um direito diferenciado de participação que, efetivamente, assegura a tutela dos seus interesses e influencie o conteúdo do ato a adotar.»

Acompanhamos esta posição, com uma ressalva. A última das possibilidades identificada pelos autores citados corresponde àquilo que já decorreria sempre dos poderes de participação previstos constitucionalmente e estatutariamente como direito das regiões autónomas. Com efeito, o artigo 229.º, n.º 2, já *dispunha, de qualquer forma*, que «os órgãos de soberania ouvirão sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional.» Do mesmo modo, no artigo 7.º, n.º 1, *alínea g*), do EPARAA consagra-se «o direito a ser sempre ouvida pelos órgãos de soberania e a pronunciar-se por iniciativa própria, relativamente às questões da competência destes que digam respeito à Região.»

Parece-nos que a única forma que existiria de conciliar um esquema de *pronúncia*, com uma forma de tutela que *influenciasse o conteúdo do ato a adotar* seria um mecanismo de participação que impusesse a negociação sobre as linhas mestras a figurar nos Planos de Afetação e de Situação ainda antes de ser preparada a proposta de regulamento aplicável. Seria a possibilidade, conforme já tivemos oportunidade de defender²⁸, da criação de consórcio de entidades públicas, órgãos mistos de coordenação (como plataforma de negociação), convénios de cooperação juridicamente vinculativos. Sem a possibilidade de condicionar as propostas de decisão em momento anterior à sua elaboração, qualquer poder decorreria tão só dos direitos gerais de audição, e não do direito específico de *gestão partilhada ou conjunta*. Estando previstos em normativos distintos, outra conclusão não poderá retirar-se, que não seja a de que o legislador, ao estatuir os princípios da gestão partilhada ou conjunta, pretendeu algo mais do que uma mera audição procedimental.

²⁷ Parecer da Sérvulo e Associados, Sociedade de Advogados RL, a pedido da RAA, disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a41344e54466a4e5751774c546b774f5459744e44566b5a433169595745794c54426b4e6a4930595445315a47457a4e5335775a47593d&fich=0851c5d0-9096-45dd-baa2-0d624a15da35.pdf&Inline=true>, p. 24 [consultado em 12/12/2022].

²⁸ BRUNO REIS, *op. cit.*, pp. 84 e ss.

No geral, e face ao enquadramento de *legalidade* por via do artigo 8.º EPARAA, o diploma objeto de fiscalização não suscita críticas significativas. Muito embora o diploma segregue as zonas marítimas para além das duzentas milhas, a arpeio da unidade das áreas marítimas, tal como definidas no direito internacional e nas Diretivas aplicáveis²⁹, no que respeita à natureza dos poderes gestonários (competência própria de elaboração e aprovação por parte das Regiões Autónomas e a aplicação de parecer vinculativo) é perfeitamente consentâneo com os normativos constitucionais aplicáveis.

Aliás, convocamos para aqui o segmento da Declaração de Voto do Juiz Conselheiro João Caupers, que afirmou que «a categoria de pareceres vinculativos é conhecida e usada em inúmeras áreas da administração pública – urbanismo, defesa do património histórico, ambiente, etc. –, precisamente porque se trata de um instrumento útil para forçar entendimentos.»

Aqui jaz, no nosso entender, o cerne da irracionalidade de uma posição, conforme dito na mesma declaração de voto, *hostil* às autonomias regionais, atendendo a que se rejeita às autonomias *político-legislativas* aquilo que se admite em situações de mera autonomia administrativa, no caso das autarquias locais. Ora, as Regiões Autónomas não são autarquias locais, são verdadeiras pessoas coletivas territoriais munidas de legitimidade (consagrada constitucionalmente) política para assumir os comandos de decisões estruturais, ainda que em colaboração.

V. Gestão partilhada e poderes dominiais

Como temos visto, o Tribunal Constitucional olha para a questão da compatibilidade entre a *gestão partilhada* e a *soberania estadual* do ponto de vista daquilo que será essencial à titularidade do domínio público. Conforme veremos *infra*, entendemos que as funções de soberania não se confundem com os poderes que fazem parte do núcleo essencial dos poderes do titular do domínio.

²⁹ Conforme já tivemos oportunidade de defender (*ibid.*, *op. cit.*, p. 15), é feita uma transposição incorreta da Diretiva-Quadro Estratégia Marinha, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 108/2010, de 13 de outubro (cujos normativos depois transbordam para a LBOGEM, quanto à definição das zonas), ao separar áreas da plataforma continental estendida da zona marítima do Atlântico Nordeste. No mesmo sentido, MARTA CHANTAL RIBEIRO, parecer de 27 de julho de 2016, “Fundamentos para uma alteração do regime de ordenamento e gestão dos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição nacional por interpretação do EPARAA”, pp. 22 e ss., disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c305276593356745a57353062334e4a626d6c6a6157463061585a684c7a526c4d7a49775a546b324c5446694d324d744e4459355a5330344e6a59794c544a6b59574e6b5a6a59794e325535597935775a47593d&fich=4e320e96-1b3c-469e-8662-2dacdf627e9c.pdf&Inline=true> [consultado em 23/10/2022].

De todo o modo, ainda que se desse por assente que existe um núcleo essencial dos poderes do titular do domínio que não pode ser afetado atendendo à essência soberana do domínio público marítimo, sempre se diria que os normativos identificados não colidem de modo algum com a soberania e integridade do Estado, nem violam os normativos constitucionais aplicáveis.

O Tribunal Constitucional, conforme a jurisprudência mais recente, tem vindo a adotar uma posição que cinde os poderes sobre o domínio público em dois níveis, um primário, indelegável, e outro secundário, cujo conteúdo pode ser atribuído a entidades diversas daquela que corresponde ao titular do domínio.

A questão que se coloca, nesta medida, e tendo por base aquilo que está em discussão, que são poderes para aprovar planos de ordenamento do espaço marítimo nacional, é aferir se o poder de aprovar instrumentos de ordenamento do espaço marítimo na área da plataforma continental para lá das 200 milhas náuticas, sujeito a parecer vinculativo dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas, contende, ou não, com os poderes do titular do domínio.

O Tribunal, citando Marcello Caetano³⁰, afirma que «[...] “o domínio, aí [no espaço marítimo] consiste em mera reserva dos direitos de soberania, de fruição e de disposição pelo Estado, o qual tem o poder de regular e policiar os usos dessas águas. É nesse sentido que a lei as integra no domínio público” [...]», dizendo ainda que «o domínio do espaço marítimo manifesta-se, assim, através de poderes públicos que denotam supremacia e supraordenação do Estado», incluindo, no âmbito desses poderes, o poder *regulamentar*.

Ora, é nossa opinião, com o devido respeito, que a posição acima sufragada (num período anterior à Constituição de 1976 que consagrou a autonomia regional dos Açores e da Madeira) não deve ser acompanhada. A supremacia do Estado, e bem assim, o poder regulamentar, não dependem da titularidade do domínio público respetivo. Conforme entende Jorge Miranda³¹, domínio público corresponde «*grosso modo*, a propriedade, no sentido de direito real submetido ao direito público.» O poder regulamentar decorre, outrossim, do *ius imperii* estadual, e vincula todo o território, e não apenas as áreas sujeitas a regime do domínio público³².

³⁰ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo – Vol. II*, 9.ª ed. (reimp.), Coimbra: Almedina, 1980, p. 876.

³¹ JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 141.

³² Veja-se o caso dos Planos Diretores Municipais, que vinculam entidades públicas e privadas, podendo impor inclusive restrições de edificação que afetam o próprio domínio público estadual.

Assim sendo, verifica-se que o enquadramento da questão no contexto dos poderes dominiais é um *nonsense*, porquanto o que está em causa não é isso, mas sim a compatibilidade dos poderes regionais com as funções soberanas do Estado, num contexto jurídico totalmente distinto.

Planear ou *ordenar* é uma função administrativa, de natureza normativa, que é independente da titularidade do domínio (seja propriedade privada, domínio público ou privado da Administração, das Regiões Autónomas e das Autarquias locais). O domínio público, segundo a doutrina dominante, é caracterizado pela *extracomercialidade de direito privado*, que tem como polos orientadores os princípios da *inalienabilidade*, da *imprescritibilidade* e da *impenhorabilidade*³³.

E levanta-se, portanto, a questão essencial: assumindo que o domínio público corresponde a uma categoria jurídica de conteúdo idêntico (ainda que com especificidades) em todo o escopo de atuação, o que é que verdadeiramente o caracteriza? Serão os poderes? Ou será uma afetação dos respetivos benefícios e recursos?

Conforme afirmam Rui Medeiros e Armando Rocha³⁴ «há muito que o legislador ordinário assumiu que várias funções relativas à gestão do espaço marítimo dominial podem ser exercidas por outras entidades públicas, e que, de igual modo, até entidades puramente privadas (concessionárias) têm adjudicadas algumas competências no âmbito da gestão administrativa dos espaços afetos ao domínio público marítimo.»

Parece-nos verdadeiramente lacunar que seja admitida a concessão privada de bens de domínio público (acompanhado de poderes de gestão desse mesmo domínio) ao mesmo tempo que se afirma que as Regiões Autónomas carecem de legitimidade para condicionar a aprovação de Planos (seja direta ou indiretamente), quando estão em causa pessoas coletivas territoriais de direito público. Conforme afirmam os mesmos autores, «não há nenhum obstáculo dogmático à transferência de poderes administrativos de mera gestão dos espaços marítimos adjacentes, aproveitando-se o facto de às Regiões Autónomas caberem amplas atribuições e competências administrativas enquanto pessoas coletivas de direito público.»

Dizer que o domínio público é do Estado significa, tão só, em nosso modesto entender, que os benefícios que advierem da gestão desse mesmo domínio público devem ser partilhados com a generalidade do país,

³³ ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público. O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 415.

³⁴ Parecer da Sérvulo e Associados, RL, *cit.*

independentemente de saber se o poder concreto de aprovação de planos de planos de ordenamento do espaço marítimo nacional é regional ou nacional.

Neste sentido, e muito embora com uma conclusão da qual divergimos, na declaração de voto subscrita por Gonçalo de Almeida Ribeiro, Afonso Patrão e Mariana Canotilho diz-se que: «A posição que fez maioria assenta na convicção de que o Estado exerce sobre a plataforma continental poderes de soberania [...]. Se é certo que a plataforma continental se encontra necessariamente incluída no domínio público (alínea a) do n.º 1 do artigo 84.º da Constituição), essa imposição não decorre do eventual exercício de poderes soberanos, mas do fito de impedir a exploração desregrada dos recursos geológicos do mar e do propósito de todos poderem beneficiar desses recursos sem dependência da vontade do proprietário do solo (como sucederia num modelo de tipo fundiário) [...]».

A jurisprudência da separação entre os poderes *primários* e os poderes *secundários* referentes ao domínio público nasce do enquadramento da reserva absoluta de competência prevista no artigo 165.º, n.º 1, alínea v), da CRP, e não afeta, em nosso modesto entendimento, o exercício do poder regulamentar.

Aliás, se assim fosse, o diploma também seria inconstitucional no que respeita à aprovação dos Planos pelo próprio Governo, atendendo a que violaria a reserva de lei da Assembleia da República. Como veremos *infra*, os planos aprovados pela ALRA, embora no uso *formal* de um poder legislativo, não deixam de ser, *materialmente*, um regulamento, e é assim que devem ser verdadeiramente entendidos. É, conforme afirmado por Ana Raquel Moniz, «uma competência normativa a desenvolver no seio da função administrativa»³⁵.

Sucede que o Tribunal tem feito, na jurisprudência mais recente, já analisada *supra*, uma expansão do sentido da reserva dos poderes do domínio público, afirmando que existe, na verdade, uma reserva implícita de poderes que apenas poderão ser exercidos pelo Governo, para lá da questão da reserva de poder legislativo da Assembleia da República.

Não se disputa, necessariamente, que possa existir um grau de reserva atribuído aos órgãos de soberania no âmbito administrativo. Disputa-se, sim, é que tal reserva de competência não possa ceder perante um dos valores que constitui uma das traves mestras do regime constitucional saído da revolução de abril: a autonomia regional.

³⁵ ANA RAQUEL MONIZ, “Os direitos da Região Autónoma dos Açores sobre as zonas marítimas portuguesas”, in Ana Raquel Moniz / Armando Rocha / Marta Chantal Ribeiro / Rui Medeiros, *Gestão Partilhada dos Espaços Marítimos, Papel das Regiões Autónomas*, Coimbra: Gestlegal, 2016, p. 26.

Conforme veremos não existe nada de particular no domínio público marítimo (salvo numa visão anacrónica assente na doutrina de Marcello Caetano sobre o domínio público, elaborada num contexto ausente de autonomias regionais), que o torne o elemento essencial à integridade da soberania nacional. O Estado exerce os seus poderes soberanos sobre qualquer parte do território, seja ele domínio público ou não.

Ora, o território português (fundação da soberania) é aquele *historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e da Madeira*. Se o Estado é soberano sobre os arquipélagos dos Açores e da Madeira, porque haveriam os poderes destas regiões sobre as zonas marítimas (que não são território soberano) de violar a soberania nacional?

VI. Soberania enquanto fundamento do domínio público marítimo do Estado

O aresto em apreço defende a essencialidade da titularidade pelo Estado do domínio público marítimo para a defesa da soberania nacional, bem expressa no ponto 8 do acórdão: «a conexão íntima do mar territorial e da plataforma continental com as funções de soberania e defesa do Estado e mesmo com a sua identidade, sujeitam esses espaços a um regime de *domínio público estadual*.» Esta tese, sufragada por sectores maioritários da doutrina³⁶, tem origem no Direito Internacional Público, pelo que o domínio público do mar conferiria aos Estados a jurisdição plena sobre aquele, legitimando assim, no plano internacional, qualquer ação de defesa da integridade do território nacional.

No plano dos poderes da Regiões Autónomas, a conceção anteriormente referida veio a merecer acolhimento expresso, na medida em que as primitivas versões dos Estatutos Político-Administrativos dos Açores e da Madeira consagravam uma norma genérica, em que se consideravam do domínio público regional todos os bens do domínio público situados nas regiões, com exceção daqueles que fossem afetos à defesa e aos serviços públicos não regionalizados³⁷. Porém, nas sucessivas revisões dos Estatutos

³⁶ Entre nós, J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 1002; ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público... op. cit.*, p. 292; EDUARDO PAZ FERREIRA, “Domínio Público e Privado da Região”, in Jorge Miranda / Jorge Pereira da Silva (coord.), *Estudos de Direito Regional... op. cit.*, p. 482. Em sentido contrário, defendendo a separação entre titularidade e exercício de competências sobre o domínio público, vide GONZÁLEZ GARCIA, *La Titularidad de los Bienes del Dominio Público*, Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 131 e ss.

³⁷ Merecendo, porém, por parte da doutrina, uma interpretação restritiva, considerando que qualquer concepção de que o mar territorial das Regiões constituiria domínio público regional violaria o disposto

de ambas as Regiões, veio a ser expressamente acolhida a dominialidade pública do Estado sobre o mar territorial daquelas, como se veio a manter nos n.ºs 1 e 3 do artigo 8.º da versão vigente do EPARAA, esta última cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada.

Não obstante ser este o entendimento da esmagadora maioria da doutrina pátria, e agora com reforço no aresto em análise, não nos parece que para o exercício dos poderes de soberania sobre o território nacional seja necessária a dominialidade pública sobre o mar³⁸. Senão vejamos, entende-se por *território Estadual* o espaço geográfico em que o poder público daquele se exerce, compreendendo o espaço *aéreo, terrestre e marítimo*³⁹. A dominialidade, por seu turno, implica uma ideia *titularidade*, numa equiparação no plano do direito público, ao direito de propriedade no direito privado, o que não nos parece ser essencial ao exercício da soberania. Aliás, muitas são as teses sobre a relação do Estado com o seu território⁴⁰, mas que não cabem agora na presente análise, sendo certo que a soberania pode ser exercida, independentemente da dominialidade. Basta pensar que o Estado não deixa de exercer a soberania sobre a propriedade privada, ainda que limitado obviamente pelos limites impostos (*erga omnes*) pelo conteúdo do direito de propriedade, na concretização do direito fundamental previsto no artigo 62.º da CRP, assim como, no plano público, sobre o domínio público regional e local.

A posição dominante no douto aresto, e com apoio da citada doutrina maioritária, é a de que a titularidade do domínio público é essencial ao exercício da soberania, indo mais longe, ao defender não só a intransferibilidade dos poderes primários, mas também a incindibilidade entre a titularidade e a gestão do domínio público marítimo. Posição que não nos parece defensável, tanto mais que as próprias normas sujeitas à sindicância do Tribunal Constitucional salvaguardam sempre a defesa da

no artigo 84.º da CRP. Neste sentido, EDUARDO PAZ FERREIRA, “Domínio Público e Privado da Região”, *op. cit.*, p. 482 e RUI MEDEIROS / JORGE PEREIRA DA SILVA, *Estatuto Político Administrativo da Região Autónoma dos Açores Anotado*, Lisboa: Príncipe, 1997, pp. 249-250.

³⁸ Assim como o espaço terrestre ou aéreo.

³⁹ Sobre o espaço estadual e a sua organização, *vide* NGUYEN QUOC DINH / PATRICK DAILLIER / ALAIN PELLET, *Droit International Public*, 10.ª ed., Paris: LGDJ, 2008, p. 474; JORGE MIRANDA, “O território”, in Jorge Miranda (coord.), *Estudos Sobre a Constituição. Vol. II*, Lisboa: Livraria Petrony, 1978.

⁴⁰ Não chegando aos radicalismos de HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 314, para quem: «Não existe absolutamente relação alguma entre o Estado, considerado como pessoa, e o território, já que este é apenas a esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional. Portanto, é fora de propósito perguntar se a relação do Estado com o seu território tem o carácter de um *ius in rem* ou de um *ius in personam*».

integridade do território, a defesa e a soberania, matérias em que os órgãos de soberania teriam sempre poder de decisão. Acompanhamos assim a tese defendida por Ana Raquel Moniz⁴¹⁻⁴² de que é possível cindir os poderes de titularidade dos poderes de gestão dos bens do domínio público do Estado, posição seguida pela Conselheira Benedita Urbano, no seu voto de vencido, que vai mais longe, não só ao justificar como ao delimitar a possibilidade de transferência desses poderes, no caso concreto⁴³. Pelo que não se vislumbra fundamento para a tese de que o exercício exclusivo pelo Estado dos poderes inerentes à titularidade do domínio público marítimo é essencial à defesa da soberania, tanto mais que, quer as normas em apreço, quer o EPARAA que consagra o princípio da gestão partilhada do mar territorial dos Açores, salvaguardam sempre a integridade territorial e a soberania.

VII. A natureza regulamentar dos planos integrados em ato legislativo

O Tribunal Constitucional veio ainda a declarar a inconstitucionalidade das normas contidas no artigo 31.º-A da Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, na redação dada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro, por violação do disposto nos artigos 84.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, alínea v) e 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP, por considerar que está vedado às Regiões o desenvolvimento de Leis de Bases em matérias que não estão previstas no Estatuto Político Administrativo ou que são reservadas aos órgãos de soberania, incluindo a aprovação, por via de Decreto Legislativo Regional, dos planos de ordenamento do território marítimo. Conforme refere o douto aresto: «Com efeito, nos termos da disposição legal aditada, as regiões autónomas ficam habilitadas a desenvolver, mediante decreto legislativo regional, diversas

⁴¹ ANA RAQUEL MONIZ, “Os direitos da Região Autónoma dos Açores...”, *op. cit.*

⁴² Igualmente sustentada por GONZÁLEZ GARCIA, *La Titularidad...*, *op. cit.*, pp. 131 e ss.

⁴³ Escreve no seu voto de vencido: «(...) é possível defender a cisão entre titularidade e gestão, de tal modo que o titular do domínio público pode transferir para outras entidades públicas (e mesmo para entidades privadas) a gestão de áreas ou parcelas desse domínio público. A transferibilidade da gestão depende, fundamentalmente, de duas coisas. «Desde logo, de se tratar de transferência de poderes dominiais secundários – devendo os poderes dominiais distinguir-se consoante digam respeito a aspetos básicos e centrais do estatuto da dominialidade (os primários) ou, ao invés, digam respeito a aspetos não essenciais, mais de tipo regulamentar (os secundários). Caberão dentro da figura dos poderes dominiais secundários os poderes de gestão dominial que incluem o ordenamento e planeamento (exceto se e na medida em que a aprovação dos planos implique a delimitação do domínio público marítimo), a atribuição de usos privativos e a defesa – sendo certo que nem todo o conteúdo dos planos tem que ver com o domínio público marítimo (pense-se nos recursos geológicos). Ademais, a cisão entre titularidade e gestão do domínio público deverá justificar-se com base em valores e bens tutelados pela Constituição, devendo resultar da ponderação e harmonização entre distintos bens, valores e/ou direitos constitucionais.»

matérias da Lei n.º 17/2014, incluindo a própria elaboração e aprovação dos instrumentos de ordenamento a que alude o artigo 8.º»⁴⁴.

Tal decisão encerra dois segmentos: um primeiro que se prende com a (im)possibilidade de a RAA legislar, no uso da competência de desenvolvimento de leis de bases, por entender o Tribunal Constitucional que essa competência é da reserva dos órgãos de soberania no uso dos poderes primários e intransferíveis sobre o domínio público marítimo do Estado, posição que não sufragamos, conforme demonstrado *supra* ⁴⁵. Num segundo segmento, e que constituirá o objeto da análise deste ponto, está a competência da RAA, para, ainda que por via legislativa, aprovar os planos de ordenamento do espaço marítimo, que, em nosso entender, são, materialmente, regulamentos⁴⁶. Senão vejamos, dispõem as alíneas a) e b) do n.º 3 do aditado artigo 31.º-A da Lei n.º 17/2014, de 10 de abril, na redação dada pela Lei n.º 1/2021, de 11 de janeiro que:

«3 – Os termos em que se define o ordenamento e a gestão das áreas do espaço marítimo nacional sob soberania ou jurisdição nacional adjacentes aos arquipélagos dos Açores e da Madeira comportam:

a) A transferência para as regiões autónomas de competências da administração central quanto ao espaço marítimo sob soberania ou jurisdição nacional adjacente aos respetivos arquipélagos até às 200 milhas marítimas, salvo quando esteja em causa a integridade e soberania do Estado;

b) A participação dos serviços da administração central competente no procedimento prévio dirigido à aprovação dos planos de ordenamento e gestão do espaço marítimo até às 200 milhas marítimas, mediante a emissão de parecer, o qual é obrigatório e vinculativo nas matérias relativas à integridade e soberania do Estado; (...).».

No que toca a esta última, e que se prende com a aprovação dos planos de ordenamento e gestão do mar territorial, o legislador, no desenvolvimento do consagrado princípio da *gestão partilhada* previsto no artigo 8.º do EPARAA, previu um procedimento (administrativo) de codecisão. Ainda que consagrado, por via legislativa, nos termos do disposto n.º 1 do citado artigo 31.º-A, na verdade estamos perante um poder regulamentar.

Admitimos, porém, que no plano formal, a consagração da aprovação de plano de ordenamento do território marítimo por via de Decreto Legislativo Regional, com a obtenção de parecer vinculativo dos órgãos da

⁴⁴ Itálico nosso.

⁴⁵ Cf. pontos 4, 5 e 6.

⁴⁶ Neste sentido, ANA RAQUEL MONIZ, “Os direitos da Região Autónoma dos Açores...”, *op. cit.*, p. 26.

administração central do Estado, não nos parece a solução mais adequada. Estamos perante um regime híbrido de interseção, a nosso ver indesejável, dos poderes legislativo e executivo, assim como uma “administrativização” do procedimento legislativo. Contudo, não sufragamos a tese de que estamos perante um ato legislativo atípico e não previsto no artigo 227.º da CRP, como sustenta a decisão em análise, até porque, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP e no artigo 41.º do EPARAA, a Assembleia Legislativa Regional tem o poder de, sob a forma de Decreto Legislativo Regional, regulamentar as leis e decretos-leis dos órgãos de soberania, que não reservem para o Governo Regional o respetivo poder regulamentar.

Mas o que releva para a presente análise é que, no que toca ao poder de aprovação de planos de ordenamento do território marítimo, estamos perante um ato que tem indiscutivelmente natureza regulamentar, pelo que, quer por via legislativa, nos termos do disposto na alínea d) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP, quer no exercício direto da atividade administrativa regulamentar, a aprovação dos planos do ordenamento do território marítimo, em nosso entender, não contende com as normas invocados no duto aresto, em particular com o disposto nos artigos 84.º, n.º 2, 165.º, n.º 1, alínea v), e 227.º, n.º 1, alínea a), da CRP.

VIII. Conclusão: Que sobra ao princípio da gestão partilhada após a decisão constitucional?

Analisado o aresto constitucional, ficamos com a nítida sensação de que o Tribunal tem a posição de que qualquer poder a exercer sobre as zonas marítimas portuguesas que não implique o acordo ou a palavra final do Estado central violará, por inerência, os poderes *primários* inerentes ao titular do domínio.

Conforme analisámos *supra* os princípios da gestão partilhada e conjunta, estabelecidos de forma manifestamente aberta no artigo 8.º do EPARAA, permitem ser densificados de formas diferentes: ou em codecisão, ou em delegação de competências, ou numa participação intensa prévia à preparação do projeto de instrumento de gestão territorial do espaço marítimo.

Na questão do procedimento de *codecisão*, o Tribunal Constitucional inviabiliza na prática essa opção ao dizer que «o condicionamento introduzido por via da *vinculatividade* do parecer obrigatório a emitir pelas regiões autónomas retira a exclusividade da competência para exercer os

direitos dominiais resultantes da soberania e jurisdição que tem sobre aquelas zonas marítimas». Quer isto dizer que o Tribunal não admitirá qualquer condicionalismo imposto ao titular do domínio, ainda que funcione sob forma de *parecer vinculativo*.

Assim sendo, num argumento *a minori, ad maius*, se o Tribunal não admite um regime de parecer vinculativo, também não admitirá um processo de codecisão no qual se estabeleça um procedimento de aprovação *a final* conjunto dos planos de ordenamento do espaço marítimo nacional.

Por outro lado, o poder delegado de aprovação dos instrumentos de ordenamento do espaço marítimo (por decreto legislativo regional), previsto no artigo 31.º-A, foi enquadrado no Acórdão da perspetiva do desenvolvimento das leis de bases prevista nos artigos 112.º, n.º 4, e 227.º, n.º 1, alínea c), da CRP. Sem prejuízo do incorreto enquadramento efetuado pelo tribunal, conforme analisámos *supra*, atendendo à natureza regulamentar do diploma (que apenas por imposição estatutária assume a forma de ato legislativo), podemos retirar do aresto uma de duas conclusões: ou a inconstitucionalidade deriva tão só da *forma* de ato legislativo, o que seria ultrapassado pela simples alteração estatutária, conferindo aos órgãos de poder administrativo regional (Governo) a competência para a emissão dos Planos de Situação e Afetação ou, por outra banda, o Tribunal, mesmo nesse cenário, sempre consideraria inadmissível a prática da emissão de normas de natureza administrativa que afetassem o teor dos poderes primários sobre o domínio público marítimo.

Muito infelizmente, parece-nos que da leitura conjunta da jurisprudência constitucional (já analisada), designadamente do Acórdão n.º 136/2016, que o Tribunal, defendendo uma reserva governamental sobre a gestão do domínio público marítimo, não admitiria, de forma alguma, uma competência para a aprovação dos instrumentos de gestão territorial em causa por parte das Regiões Autónomas, sem que pelo menos algum poder fosse atribuído ao Estado para impedir a entrada em vigor de normas de cujo sentido discordasse.

Por último, sobriaria a possibilidade de introdução de mecanismos de participação procedimental, nos quais as Regiões Autónomas tivessem a capacidade de, previamente à elaboração de qualquer proposta de regulamento, condicionar as opções de fundo a tomar. Mais uma vez, a ideia presente na jurisprudência constitucional de que o titular do domínio não pode ceder os poderes essenciais a esse domínio (incluindo nestes muito do enquadrado no seio das matérias delimitadas pelos Planos de Situação e de Afetação) leva-nos a concluir de modo mais ou menos claro que o Tribunal

defende que a *palavra final* sobre o ordenamento do espaço marítimo nacional deve, sempre, caber ao Estado.

Perspetivando-se o domínio público marítimo, na ótica dominante, como um elemento tão importante para a integridade e soberania nacionais, que impede, por seu turno, a determinação de opções estratégicas por parte das Regiões Autónomas sobre esses espaços através dos instrumentos de gestão territorial, parece decorrer da análise ao Acórdão e à jurisprudência anterior (embora de modo nunca muito explícito, salvo no caso do Acórdão n.º 136/2016, quando se disse que é «bastante questionável a possibilidade de o Estado abdicar do poder de ordenar o espaço marinho»), que às Regiões Autónomas apenas poderia caber o poder para a prática de atos administrativos concretos e o poder de participar nas decisões que, substancialmente, caberiam ao Estado Central.

É nesse sentido que o Tribunal, em nosso entender, e usando a expressão usada pela Juíza Conselheira Fátima Mata-Mouros no Acórdão n.º 136/2016, esvazia de conteúdo as normas do artigo 8.º do EPARAA, impondo, por via do poder jurisdicional, uma limitação muito significativa ao seu sentido, constituindo um duro revés às legítimas aspirações dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas e dos cidadãos que nelas vivem, especialmente considerando que as normas contidas no artigo 8.º do EPARAA foram redigidas, precisamente, com o propósito de acolher as preocupações decorrentes da jurisprudência constitucional anterior.

Face a uma jurisprudência de tal modo restritiva do sentido a dar ao artigo 8.º do EPARAA só restam duas soluções: a conformação, esperando uma evolução jurisprudencial que ultrapasse a posição maioritária, ou então uma revisão constitucional, que de modo muito concreto amplie de forma expressa os poderes sobre o domínio público marítimo do Estado (ou inclusive atribua às Regiões Autónomas o domínio público marítimo das áreas circundantes).

As Garantias do Detido na Execução de um Mandado de Detenção Europeu: Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 540/2022

Margarida Santos

*Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho; Membro Integrado do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov)
msantos@direito.uminho.pt*

Resumo: O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 540/2022 versa sobre as garantias processuais, nomeadamente sobre o direito ao recurso no regime do mandado de detenção europeu, na situação em que o detido prestou o seu consentimento na entrega, sendo o primeiro acórdão do Tribunal Constitucional a decidir de mérito uma questão relativa ao mandado de detenção europeu. Este acórdão inscreve-se no prolongamento da jurisprudência constitucional relativa à extradição (e ao direito ao recurso), acrescentando-lhe importantes desdobramentos, absorvendo com clareza a linha de entendimento (garantística) que tem sido trilhada nos recentes acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia e pelo legislador penal da União Europeia. Também por isso o Acórdão n.º 540/2022 merece um comentário crítico, que neste texto se pretende desenvolver.

Abstract: The Ruling of the Constitutional Court no. 540/2022 deals with procedural guarantees, namely the right to appeal in the European arrest warrant regime, in the situation where the arrested person has consented to being surrendered. It is the first ruling of the Portuguese Constitutional Court to decide on the merits a question concerning the European arrest warrant. This ruling is an extension of the constitutional jurisprudence

concerning extradition (and the right to appeal), bringing about important developments thereto and clearly absorbing the (individual guarantees-driven) line of understanding that has been followed in the recent rulings of the European Union Court of Justice and by the European Union's legislator in criminal matters. This is also why Ruling no. 540/2022 deserves a critical commentary, which this text aims to provide.

Palavras-chave: mandado de detenção europeu; consentimento; garantias processuais; direito ao recurso.

Keywords: European arrest warrant; consent; procedural guarantees; right of appeal.

I. Considerações introdutórias

1. O primeiro Acórdão do Tribunal Constitucional a analisar de mérito uma questão no âmbito do mandado de detenção europeu

No acórdão n.º 540/2022, o Tribunal Constitucional (TC) decide de mérito, pela primeira vez na sua história, de uma questão relativa ao mandado de detenção europeu (MDE), relacionada com as garantias do detido em execução de um MDE. Em especial, debruçou-se o TC sobre a (in) admissibilidade do recurso, no contexto de uma posição de consentimento na entrega do detido.

Este acórdão inscreve-se no prolongamento da jurisprudência constitucional relativa à extradição (e ao direito ao recurso), acrescentando-lhe importantes desdobramentos, atendendo às especificidades do MDE, enquanto instrumento de reconhecimento mútuo, absorvendo com clareza a linha de entendimento (garantística) que tem sido trilhada nos recentes acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)¹, bem como pelo legislador penal da União Europeia (UE), que, por exemplo no Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018 relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de

¹ Ver o sentido que tem sido dado à possibilidade de recusa por quebra dos direitos fundamentais nos Acórdãos do TJUE *Aranyosi* (C-404/15) e *Căldăraru* (C-659/15 PPU), parágrafo 41; Acórdão *LM* (C-216/18 PPU), onde se estendeu o âmbito dos Acórdãos anteriores a um real risco de quebra do direito fundamental no âmbito do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o Acórdão *ML* (C-220/18 PPU), onde o Tribunal atualizou os critérios definidos nos Acórdãos *Aranyosi* e *Căldăraru*, *cit.* Indagando sobre se a presunção de confiança mútua entre os Estados-Membros corre o risco de se tornar uma ficção jurídica, v. também AGOSTINHO SOARES TORRES / FÁTIMA PACHECO, “Entre o reconhecimento mútuo e os direitos fundamentais: as respostas recentes do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto à inexecução facultativa do mandado de Detenção Europeia – um novo e atribulado caminho na cooperação internacional?”, *Julgar* 39 (2019), sobretudo pp. 22 e ss.

apreensão e de perda, incluiu expressamente a cláusula geral de salvaguarda de respeito pelos direitos fundamentais, ao contrário da opção trilhada na Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002 relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros. Esta última Decisão-Quadro não incluiu, entre os motivos de não execução, uma cláusula de respeito pelos direitos fundamentais, apesar de existir, no artigo 1.º, n.º 3, no contexto dos princípios gerais, a referência a que “[a] presente decisão-quadro não tem por efeito alterar a obrigação de respeito dos direitos fundamentais e dos princípios jurídicos fundamentais consagrados pelo artigo 6.º do Tratado da União Europeia”, além da menção no considerando 12².

Também por isso o Acórdão n.º 540/2022 merece um comentário crítico, de pendor favorável, cujo sentido desde já se antecipa.

2. Enquadramento do *iter* seguido até ao Tribunal Constitucional (e decisão do Tribunal Constitucional)

Com efeito, nos presentes autos o recorrente foi detido em execução de um MDE emitido pelas autoridades do Reino Unido³. Realizada a audiência

² Com efeito, durante a negociação daquele Regulamento (UE) 2018/1805, o debate centrou-se, quanto a este aspeto, na questão de se saber se deveria ser consagrada a possibilidade de recusa quando da execução pudesse resultar uma violação dos direitos fundamentais, acabando por ficar consagrada uma cláusula de salvaguarda semelhante à que resultou dos citados acórdãos *Aranyosi e Căldăraru* e no artigo 11.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de abril de 2014, relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal, onde se estabelece que “[s]e houver motivos substanciais para crer que a execução da medida de investigação indicada na DEI será incompatível com as obrigações do Estado de execução nos termos do artigo 6.º do TUE e da Carta”. Para uma crítica favorável sobre esta inserção, v. MARGARIDA SANTOS, “Reglamento (UE) 2018/1805, del parlamento europeo y del consejo de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso. Algunas notas desde una perspectiva portuguesa”, in Mercedes Lorente Sánchez-Arjona (dir.) / José Antonio Posada Pérez (coord.), *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021, sobretudo pp. 301 e ss.; e, nomeadamente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805, de 14 de novembro de 2018, relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda como pedra angular da cooperação judiciária na União Europeia – eficácia *versus* direitos fundamentais?”, in Maria Raquel Desterro Ferreira / Elina Lopes Cardoso / João Conde Correia (coord.), *Cooperação Internacional para Efeitos de Recuperação de Ativos*, Coimbra: Almedina, 2021, pp. 9 e ss. Contra a inserção no Regulamento (UE) 2018/1805 do controlo dos direitos fundamentais por parte do Estado de execução, v. JOÃO CONDE CORREIA, “Reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e de confisco: o Regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de Novembro de 2018, *Julgur* 39 (2019), pp. 191 e ss. Como salienta o Autor (pp. 191-192), “(...) permitindo ao Estado de Execução sindicarem o respeito daqueles direitos fundamentais pelo Estado de emissão, o Regulamento introduz uma grande entorse ao princípio do reconhecimento mútuo, podendo mesmo comprometer a livre circulação de decisões judiciais”. E acrescenta: “[a]dmittir que o Estado de execução possa (...) recusar o cumprimento da decisão de apreensão ou de perda por alegada violação dos direitos fundamentais desperta o perigoso vírus da desconfiança, destrói essa imprescindível confiança mútua e afasta aquela presunção (...)”.

³ Executado nos termos da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, e dos artigos 596.º e ss. do Acordo de

do detido no Tribunal da Relação de Lisboa, o detido declarou consentir na execução do MDE e consequente entrega à autoridade judiciária do Reino Unido, não renunciando ao princípio da especialidade. Foi proferida decisão no sentido da homologação do consentimento, sendo pedida a prestação de garantias previstas no Acordo entre a União Europeia e o Reino Unido⁴ às autoridades do Reino Unido, à qual ficou condicionada a entrega. Nessa seqüência, foi determinada, por despacho, a execução do MDE. O detido interpôs recurso destas decisões para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

O recurso foi admitido pelo Tribunal da Relação (apenas relativamente à decisão de homologação do consentimento do detido), tendo, porém, sido rejeitado, no STJ, por Acórdão de 1 de junho de 2022, com base sobretudo na circunstância de o consentimento na entrega à autoridade judiciária de emissão prestado pelo detido ser irrevogável e ter como consequência a renúncia ao processo de execução do MDE.

O detido interpôs recurso do Acórdão do STJ de 1 de junho de 2022 para o TC, tendo em vista um juízo de inconstitucionalidade:

- i) da norma contida nos artigos 20.º, n.º 3, e 26.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, interpretados no sentido segundo o qual “[...] o consentimento na entrega à autoridade judiciária de emissão prestado pelo detido é irrevogável e tem como consequência a renúncia ao processo de execução do mandado de detenção europeu”; e
- ii) da norma contida no artigo 24.º da Lei n.º 65/2003, interpretado no sentido segundo o qual “[...] o detido que deu o seu consentimento à extradição não pode recorrer do despacho que homologou o consentimento, para entrega à autoridade emissora do mandado de detenção e – após validação da garantia prestada – determinou a execução da sua entrega”.

Comércio e Cooperação entre a União Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica, de um lado, e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, do outro (JO L 149 de 30.04.2021, pp. 14 e ss.). Com efeito, o Reino Unido (Estado de emissão) não é, atualmente, Estado-Membro da União Europeia. Não obstante, o pedido em causa observava o disposto nos artigos 596.º e ss. do Acordo referido, pelo que, face ao disposto nos artigos 78.º-A e 78.º-B da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, a Lei n.º 65/2003 era aplicável, com as devidas adaptações, ao processo de execução.

⁴ Cf. o artigo 604.º, alínea a), do Acordo referido *supra*, na nota 3: “A execução do mandado de detenção pela autoridade judiciária de execução pode estar sujeita às seguintes condições: a) Quando a infração em que se baseia o mandado de detenção for punível com pena ou medida de segurança privativas da liberdade com caráter perpétuo no Estado de emissão, o Estado de execução pode sujeitar a execução do mandado de detenção à condição de o Estado de emissão dar uma garantia, considerada suficiente pelo Estado de execução, de que irá rever a pena ou medida imposta, mediante apresentação de pedido ou, o mais tardar, no prazo de 20 anos, ou de que irá encorajar a aplicação das medidas de clemência a que a pessoa tenha direito nos termos do direito ou da prática do Estado de emissão, com vista a que aquela pena ou medida não seja executada”.

Neste Acórdão, o TC decidiu:

- i) não tomar conhecimento do objeto do recurso relativamente à primeira questão do respetivo requerimento de interposição – referente à inconstitucionalidade norma contida nos artigos 20.º, n.º 3, e 26.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, interpretados no sentido segundo o qual “[...] *o consentimento na entrega à autoridade judiciária de emissão prestado pelo detido é irrevogável e tem como consequência a renúncia ao processo de execução do mandado de detenção europeu*;
- ii) julgar inconstitucional a norma contida no artigo 24.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, interpretado no sentido segundo o qual o detido que deu o seu consentimento à entrega não pode recorrer do despacho que homologou o consentimento, para entrega à autoridade emissora do mandado de detenção e – após validação da garantia prestada – determinou a execução da sua entrega, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP); e, consequentemente,
- iii) determinar a remessa dos autos ao Supremo Tribunal de Justiça, para que este reforme a decisão recorrida em conformidade com o decidido.

II. Do *iter* seguido no Tribunal Constitucional à fundamentação vertida no Acórdão

1. Delimitação do objeto do recurso

Como se referiu já, o recorrente indicou como objeto do recurso a norma contida nos artigos 20.º, n.º 3, e 26.º da Lei n.º 65/2003, interpretados no sentido segundo o qual “(...) *o consentimento na entrega à autoridade judiciária de emissão prestado pelo detido é irrevogável e tem como consequência a renúncia ao processo de execução do mandado de detenção europeu*”, e a norma contida no artigo 24.º da Lei n.º 65/2003, interpretado no sentido segundo o qual “(...) *o detido que deu o seu consentimento à extradição não pode recorrer do despacho que homologou o consentimento, para entrega à autoridade emissora do mandado de detenção e – após validação da garantia prestada – determinou a execução da sua entrega*”.

O relator, perspetivando como possível o não conhecimento do objeto do recurso relativamente à primeira questão, por falta de suscitação perante o STJ nos termos do artigo 72.º, n.º 2, da Lei do TC, e por falta de autonomia como critério normativo de decisão, deu conhecimento às partes de tal possibilidade para, querendo, sobre ela se pronunciarem em sede de alegações, sem prejuízo de o recorrente poder restringir as alegações.

O recorrente não se conformou com a delimitação, sustentando que deveria ser conhecida também aquela primeira questão.

Entendeu o TC não analisar (pelo menos “separadamente”) a primeira questão. Referiu que “(...) *decisivamente*, aquele primeiro enunciado não tem autonomia como critério de decisão”. Com efeito, considerou o TC que a razão invocada pelo STJ para sustentar a irrecorribilidade (*supra* já referida) “não é, em si, a norma do caso: é um antecedente lógico na argumentação do STJ”. Ou seja, como entendeu o TC, “[s]ó poderia integrar-se, de algum modo, na norma do caso se *renunciar ao processo* significasse renunciar ao recurso, o que, desde logo, contraria a própria argumentação do recorrente”.

Ainda, considerou o TC que o preceito relevante do qual a norma se extrai se pode reduzir ao n.º 1 do artigo 24.º da Lei n.º 65/2003, corrigindo, formalmente, o objeto do recurso em conformidade.

2. A fundamentação que sustentou o juízo de inconstitucionalidade

Para a sustentação do juízo de inconstitucionalidade alcançado pelo TC neste Acórdão em anotação foram, sobretudo, determinantes três linhas de raciocínio:

- a) a importação da jurisprudência constitucional relativa às garantias do visado no âmbito do regime da extradição ao regime do MDE;
- b) a (in)admissibilidade de recurso dever ser avaliada à luz do sistema jurídico-constitucional interno; e
- c) a ponderação da admissibilidade da restrição do direito ao recurso deve ser confrontada com os limites da relevância do consentimento do detido para a entrega.

a) Primeira linha de raciocínio (ponto 2.4): a importação da jurisprudência constitucional relativa às garantias do visado no âmbito do regime da extradição para o regime do MDE

Atendendo à afinidade entre o regime do MDE e o da extradição – concretizadora “de uma verdadeira *identidade de natureza*, mas também porque, se o primeiro [o MDE] reclama alguma diferença, ela será no sentido do *reforço das garantias processuais*, face à extradição” (como sustentou o TC) –, foi importada a jurisprudência constitucional relativa às garantias do visado no âmbito do regime da extradição para o regime do MDE. Entendeu-se, pois, neste Acórdão em anotação, que os parâmetros previstos no artigo 32.º da CRP devem também valer para os juízos relativos às normas previstas na Lei n.º 65/2003, dando-se mais um passo na jurisprudência constitucional.

O TC vem sustentando de forma constante a aplicabilidade das garantias do processo criminal previstas no artigo 32.º da CRP ao processo de extradição, nomeadamente por se entender que constitui *processo judicial sancionatório*⁵, sendo por isso aplicáveis os parâmetros previstos no artigo 32.º da CRP.

Com efeito, a jurisprudência do TC (apoiada na doutrina) tem sido sólida no sentido da equiparação do processo de extradição ao processo penal, quer na perspetiva formal, quer na material, sublinhando que “[e]ntendidas a extradição e a detenção para extradição como restrições à liberdade pessoal dos extraditados, o escrutínio do juiz constitucional move-se num quadro constitucional especialmente garantístico, proporcionando a plena aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos, liberdades e garantias, para tutela dos direitos dos extraditados contra possíveis arbítrios (princípio da igualdade, artigo 13.º, n.º 2, da CRP) e restrições desproporcionadas (princípio da proporcionalidade, artigo 18.º, n.º 2, da CRP)”⁶. Neste Acórdão, e bem, contextualiza-se este “passo”, dando conta do caminho do direito da UE, pela via da harmonização, referindo-se às Diretivas das garantias processuais⁷.

⁵ V., desde logo, paradigmaticamente, o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 164, de 10 de julho de 1979. Como sublinha Figueiredo Dias, fazendo menção a este acórdão e “apelando “aos propósitos de todo o nosso sistema processual penal e ao espírito – e à própria letra – da nossa Constituição”: “(...) como entre nós repetidamente assinalou a Comissão Constitucional (...), os princípios jurídico-constitucionais do processo penal não são apenas aplicáveis ao «processo penal comum», mas, bem diferentemente, valem para todo o *processo judicial sancionatório*, sempre que nele esteja em causa «uma direta consequência do pensamento do Estado de Direito democrático» e, muito especialmente, a «dignidade da pessoa humana» (...). Que é esse o caso de um processo judicial de extradição fundado na prática de um crime, é conclusão (...) inequívoca”: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 118 (n.º 3730) (1985), pp. 14-15, nota 3.

⁶ MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA / CRISTINA SOUSA MACHADO, “Extradição e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade” (Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal para a XIV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal), Lisboa, novembro de 2012, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/conferencias/ctri20121120/ctri201211_relatorio_pt_vf.pdf, pp 18-19.

⁷ Cf. a Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de outubro relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal; a Diretiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de abril relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas; a Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio relativa ao direito à informação em processo penal; a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade; a Diretiva 2013/48/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro, relativa ao direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus, e ao direito de informar um terceiro aquando da privação de liberdade e de comunicar, numa situação de privação de liberdade, com terceiros e com as autoridades consulares; a Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de março de 2016 relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal; a Diretiva

Importa, pois, dar mais um contributo neste âmbito, confortando a posição do TC, focando o nosso olhar no cumprimento dos direitos do detido (artigo 17.º da Lei n.º 65/2003) e no seu efetivo cumprimento também à luz das Diretivas relativas às garantias processuais. Com feito, como tem sido sublinhado, tem existido “uma *nova linha de intervenção* da UE em matéria penal” – inaugurada com o Tratado de Lisboa e sobretudo com a adoção do Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais pelo Conselho em 2009⁸ e das diretivas que se lhe seguiram⁹ –, que visa “assegurar um «melhor equilíbrio» entre esse direitos [individuais] e as «medidas que visam facilitar a instauração de processos penais»” e que extravasa “do conteúdo clássico da «conexão europeia», assentando decididamente em fundamentos jurídico-axiológicos autónomos”¹⁰.

Com efeito, importa já sublinhar que, não obstante as duas alterações legislativas ocorridas na Lei n.º 65/2003, em 2015 e em 2019, sobretudo para fazer face às inovações operadas pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI do Conselho de 26 de fevereiro, o certo é que o legislador português perdeu uma oportunidade (já desperdiçada igualmente no Código de Processo Penal) de ir mais além e ao encontro das Diretivas das garantias processuais. Impunha-se uma revisão mais ampla e sistémica¹¹, acolhendo as “exigências” contempladas nestas Diretivas das garantias processuais, nomeadamente da Diretiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de outubro relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal e da Diretiva 2012/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de maio relativa ao direito à informação em processo penal¹².

(UE) 2016/800 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de maio relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal; e a Diretiva (UE) 2016/1919 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de outubro relativa ao apoio judiciário para suspeitos e arguidos em processo penal e para as pessoas procuradas em processos de execução de mandados de detenção europeus.

⁸ Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 2009 sobre um Roteiro para o reforço dos direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais, 2009/C 295/01.

⁹ V. *supra*, nota 7.

¹⁰ Assim, PEDRO CAEIRO, “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos)”, in Pedro Caeiro (org.), *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2015, p. 10. V. também o nosso “A implementação da Procuradoria Europeia – a emergência de um modelo de intervenção penal entre a cooperação e a integração penal?”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 5 (n.º 2) (2019), pp. 999-1038.

¹¹ Assim também (embora com alusão apenas à revisão operada em 2015) AGOSTINHO SOARES TORRES, “As alterações à Lei 65/2003 de 23 de agosto (Lei do Mandado de Detenção Europeia) introduzidas pela Lei 35/2015 de 4 de maio”, *Julgar* 28 (2016), p. 42.

¹² Com efeito, a doutrina já tem alertado para o incumprimento da Diretiva 2010/64/UE relativa ao direito

Como se sabe, tanto o TJUE como os tribunais nacionais têm um papel decisivo na garantia de que as regras (mínimas) das diretivas contribuem efetivamente para o exercício dos direitos de defesa em toda a UE. Nesta medida, no contexto português, o TJUE já se pronunciou recentemente, no Acórdão proferido no dia 1 de agosto de 2022, no processo C242/22 PPU, sobre a (des)conformidade de normas de direito interno português relacionadas com a assistência de intérprete no processo penal e com a tradução de determinados documentos do processo com o disposto, em concreto, nos artigos 1.º a 3.º da Diretiva 2010/64 e 3.º da Diretiva 2012/13¹³.

Não estando especificamente em análise esta questão, o *leitmotiv* surge em sequência do proferido nas alegações do recorrente, de acordo com o qual:

“(…)

XI

Do ‘Auto de Audiência de Detido’ não consta o sentido e teor de quaisquer

à interpretação e tradução em processo penal e da Diretiva 2012/13/UE relativa ao direito à informação em processo penal: v., por exemplo, PATRÍCIA JERÓNIMO, “A Directiva 2010/64/UE e a garantia de uma assistência linguística de qualidade em processo penal: implicações para a ordem jurídica portuguesa”, dez. de 2013, in Mário Ferreira Monte et al. (org.), *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 527-564, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/27488>. V. também JÚLIO BARBOSA E SILVA, “A Directiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Outubro de 2010, relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal”, *Julgat Online*, março de 2018, disponível em <http://julgat.pt/wp-content/uploads/2018/03/20180316-ARTIGO-JULGAR-Direito-a-interprete-e-tradu%C3%A7%C3%A3o-%C3%BAlio-Barbosa.pdf>. A Comissão iniciou dois processos de infração contra Portugal para averiguar se este cumprimento, de facto, se verifica. Como resulta da informação disponibilizada no website da Comissão Europeia (disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/inf_22_5402): “Em setembro de 2021, a Comissão enviou cartas de notificação para cumprir à Irlanda e a Portugal, apelando a que tomassem as medidas necessárias para corrigir as deficiências identificadas pela Comissão relativamente à transposição do direito à informação sobre determinados direitos, bem como sobre a Carta de Direitos e a Carta de Direitos nos Processos de Execução do Mandado de Detenção Europeu, no que se refere a Portugal. As respostas da Irlanda e de Portugal não tiveram devidamente em conta as preocupações da Comissão. Em consequência, a Comissão decidiu hoje enviar um parecer fundamentado. Os dois Estados-Membros dispõem agora de dois meses para responder aos pareceres fundamentados da Comissão. Se as respostas não forem satisfatórias, a Comissão pode decidir instaurar uma ação no Tribunal de Justiça da União Europeia”.

¹³ Assim, na sequência de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunal da Relação de Évora, o TJUE decidiu que: “O artigo 2.º, n.º 1, e o artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2010/64/UE relativa ao direito à interpretação e tradução em processo penal, bem como o artigo 3.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2012/13/UE relativa ao direito à informação em processo penal, lidos à luz do artigo 47.º e do artigo 48.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do princípio da efetividade, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional nos termos da qual a violação dos direitos previstos nas referidas disposições destas diretivas deve ser arguida pelo beneficiário desses direitos num determinado prazo, sob pena de sanção, quando esse prazo começa a correr ainda antes de a pessoa em causa ter sido informada, numa língua que fale ou compreenda, por um lado, da existência e do alcance do seu direito à interpretação e à tradução e, por outro, da existência e do conteúdo do documento essencial em questão, bem como dos efeitos a ele associados”.

declarações do Arguido mas, apenas e só, a conclusão de que o mesmo consentiu na execução do mandado e consequente entrega à autoridade judiciária do Reino Unido que o emitiu, o que fez de forma voluntária e com plena consciência das suas consequências.

XII

Esta omissão torna-se mais notória quando, da compulsão dos autos anteriormente a essa diligência, também não consta o cumprimento do disposto no art.º 17.º, n.ºs 1 e 4 da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, nomeadamente que, quando foi detido, tivesse sido informado (...) ‘da possibilidade de consentir ou não consentir em ser entregue à autoridade judiciária de emissão’, sendo, conforme prescreve o n.º 4 desta disposição legal, “correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 57.º a 67.º do Código de Processo Penal, devendo ser entregue à pessoa procurada, quando for detida, documento de que constem os direitos referidos nos números anteriores.”

XIII

O ‘consentimento’ na execução do mandado, para ter relevância, tem que ser livre, informado e autodeterminado e, acima de tudo, esclarecido, ponderado e refletido, com vista à manifestação da sua vontade, de forma inequívoca. De igual forma, o detido também não foi informado sobre a irrevogabilidade do ‘consentimento’, assim como de que, consentindo na entrega, renunciava ao procedimento de execução do mandado de detenção europeu.

XIV

Antes do presente processo transitar em julgado, e antes do mandado ser cumprido, o Requerente apresentou nos autos Declaração Revogatória do Consentimento apresentado”.

Revela-se, pois, fundamental que, no processo penal, incluindo no processo de execução de um MDE, se cumpra este direito de informação dos direitos.

Se concordamos com a inexistência de “autonomia normativa”, um apontamento merece ser deixado no sentido de dar conta que a questão da (ir)revogabilidade do consentimento na entrega à autoridade judiciária de emissão prestado pelo detido pode não ser uma questão despicienda – como aliás dá conta o próprio TC quando se debruça (*a final*) sobre os limites ao consentimento.

b) Segunda linha de raciocínio (pontos 2.5 e 2.6): a (in) admissibilidade de recurso deve ser avaliada à luz do sistema jurídico-constitucional interno

Apesar da Decisão-Quadro 2002/584/JAI não abordar as circunstâncias e critérios em que é possível o recurso de uma decisão de entrega, o TC sublinha neste acórdão que “é inequívoco que o Estado português *pode* prever um recurso da decisão final, sem que essa possibilidade se limite aos casos de ausência de consentimento na entrega por parte da pessoa visada, desde que não ponha em causa os objetivos da Decisão-Quadro 202/584/JAI”, na linha do que tem entendido o TJUE¹⁴. Esta é, por isso, uma questão a ser avaliada internamente, à luz do sistema jurídico-constitucional, como neste acórdão bem se concluiu.

Com efeito, a Decisão-Quadro 202/584/JAI não aborda as circunstâncias e critérios em que é possível recurso de uma decisão de entrega, “deixa[ndo] às autoridades nacionais uma margem de apreciação quanto às modalidades concretas de implementação dos objetivos que prossegue, nomeadamente no que respeita à possibilidade de prever um recurso suspensivo das decisões relativas ao mandado de detenção europeu”, como sublinhou o TJUE¹⁵. Aliás, sublinha este último Tribunal que “a possibilidade de beneficiar de um direito de recurso decorre implícita mas necessariamente dos termos «decisão definitiva», constantes do artigo 17.º, n.ºs 2, 3 e 5, da Decisão-Quadro, e nada permite considerar que, à luz da redação das disposições desta, tal possibilidade deva ser excluída no âmbito da decisão da autoridade judiciária que se pronuncia para dar o seu consentimento à ampliação de um mandado de detenção ou à entrega posterior a outro EstadoMembro”¹⁶.

A leitura conjunta destes argumentos – a) e b) – utilizados pelo TC convoca-nos algumas considerações adicionais, permitindo-nos ir um pouco mais além no contexto trazido à colação pelo TC, de forma a mais uma vez confortar a sua posição.

Como já noutro escrito adiantámos¹⁷:

“Com efeito, afigura-se mister ter consciência que a confiança em que assenta o reconhecimento mútuo das decisões judiciárias pode ser «artificial»,

¹⁴ Cf., entre outros, o Acórdão do TJUE de 30 de maio de 2013, processo C168/13 (PPU), citado também neste Acórdão em anotação.

¹⁵ *Idem*, citado também neste Acórdão em anotação.

¹⁶ *Idem*, para. 54, citado também neste Acórdão em anotação.

¹⁷ MARGARIDA SANTOS, “Reglamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 311.

«ilusória», «formal», na medida em que «quando se trata de direitos fundamentais, eles não valem se não forem efetivos, devendo prevalecer uma lógica de controlo pelo seu respeito»^[18]. Assim sendo, sem desvalorizar a confiança mútua que se assume fundamental na construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, assume-se igualmente necessário que esteja sempre no horizonte a possibilidade de não ser executada uma decisão proferida em outro Estado-Membro por parte das autoridades judiciais com base na salvaguarda de direitos fundamentais.

Numa palavra, no geral, o reconhecimento mútuo tem de tolerar (algumas) diferenças legais, mas deve esbarrar quando estiver em causa a tutela dos direitos fundamentais”.

Ou seja, sem desconsiderar a importância que a confiança assume na concretização do princípio do reconhecimento mútuo, não podemos deixar de concordar com a perspectiva de que a confiança “não pode repousar inteiramente em critérios objetivos e é o resultado de ajustamentos permanentes entre os atores do sistema de justiça penal”¹⁹.

Ora, mais uma vez, tudo aponta para que sejam avaliados – efetivamente – os limites da relevância do consentimento, na linha do *a final* convocado pelo TC neste Acórdão, como a seguir abordaremos, acompanhando Miguel João Costa²⁰. E neste contexto vale também por nós ser lembrado o proferido pelo Autor, a propósito da extradição, quando alerta que: “(...) tendo em conta que o consentimento do extraditando não logra afastar as (várias) causas de recusa que, pelo menos parcialmente, visam proteger interesses públicos, constata-se que esta tramitação não resulta tão mais «simplificada» assim do que a comum: as condições que o consentimento do extraditando é inidóneo a afastar terão sempre de ser objecto de uma análise detida por parte do tribunal”²¹, sendo que “difícilmente a vontade [da pessoa visada] poderá sobrepor-se aos resultados da ponderação dos elementos (total ou parcialmente) objetivos que exprimem o seu interesse e dos demais interesses que estão em jogo na decisão em análise”²².

¹⁸ [ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O Regulamento (UE) 2018/1805...”, *op. cit.*, p. 30.]

¹⁹ *Ibidem*, p. 32.

²⁰ MIGUEL JOÃO COSTA, *Dedere Aut Judicare? A Decisão de Extraditar ou Julgar à Luz do Direito Português, Europeu e Internacional*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2014, nomeadamente as pp. 30 e 148.

²¹ *Ibidem*, p. 30.

²² *Ibidem*, p. 148.

c) Terceira linha argumentativa (2.6 e 2.7): a ponderação da admissibilidade da restrição do direito ao recurso no confronto com os limites da relevância do consentimento

Na ponderação da admissibilidade da restrição do direito ao recurso, colhendo o parâmetro do artigo 32.º da CRP, tem sido entendido que este direito confere a garantia do duplo grau de jurisdição que tende, por princípio, a circunscrever-se à decisão final do processo e a decisões interlocutórias que contendam com a liberdade ou outros direitos fundamentais²³. Importando avaliar igualmente se uma eventual ausência de controlo compromete excessivamente as garantias de defesa do arguido constitucionalmente consagradas, à luz do que foi o entendimento do TC²⁴, nomeadamente atendendo ao carácter inovador das questões a apreciar, sendo igualmente relevante a distinção entre as penas privativas da liberdade e as não privativas, conferindo as primeiras menos liberdade ao legislador para restringi-lo²⁵.

Neste sentido, baseando-se na jurisprudência constitucional sobre o direito ao recurso, o TC avança que “a conformidade constitucional da supressão de um grau de recurso só seria inequívoca se, com a prestação do consentimento na entrega, ficasse precluída toda e qualquer questão relevante para a defesa da pessoa visada”, o que não é o caso.

É, pois, aqui (e agora) convocada pelo TC a questão (que perdeu autonomia normativa) mas que está intrinsecamente relacionada com a questão *sub judice*: a dos limites da relevância do consentimento.

No Acórdão em anotação enfrentam-se algumas questões que podem ficar em aberto, mesmo depois de ter sido prestado consentimento, dando-se por isso mais um passo, ainda que sobretudo *obiter dictum*, na compreensão

²³ Cf., entre outros, os Acórdãos do TC n.ºs 265/94, 610/96, 387/99, 189/01, 430/2010, 153/2012 e 848/2013.

²⁴ Cf. o Acórdão do TC n.º 595/2018. Aliás, como se sublinha no Acórdão n.º 595/2018, que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em primeira instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, por violação do artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2 da CRP (igualmente citado no acórdão em anotação), que vale a pena igualmente transpor: “21. Mais decisivo para a questão de constitucionalidade que importa aqui resolver, em todo o caso, é que tal ausência de controlo compromete excessivamente as garantias de defesa do arguido constitucionalmente consagradas. (...) Desta forma, além de deixar livre de qualquer controlo parte da decisão condenatória, a norma em apreciação implica uma intensa e grave restrição ou compressão do direito ao recurso, uma vez que resulta totalmente excluído da sua proteção o poder de recorrer de uma parte da decisão, precisamente aquela que acarreta o maior potencial de lesão dos direitos fundamentais do arguido”.

²⁵ Cf. os Acórdãos n.ºs 523/2021, 524/2021 e 525/2021, citados no Acórdão em anotação.

do alcance dos limites da relevância do consentimento, com implicações (diretas?) no julgamento da inconstitucionalidade que realizou²⁶.

A compreensão destes limites é por isso coerente (e até a interpretação mais direta a partir do texto legal) com a interpretação do disposto no artigo 26.º, n.º 3, em ligação com o n.º 1, da Lei n.º 65/2003, como conferindo a possibilidade de recurso. Ou seja, conclui-se neste acórdão que “a «renúncia ao processo» prevista no artigo 20.º, n.º 1, do RMDE não envolve renúncia ao recurso, mas apenas a renúncia ao conjunto de atos desencadeados pela oposição à entrega (artigo 21.º do RMDE)”. Concordamos inteiramente com esta interpretação, parecendo-nos, aliás, a única compatível com os parâmetros constitucionais contemplados no artigo 32.º da CRP e a única com sustento na letra da lei. Sem desconsiderar o *contexto* do “reforço” que tem sido conferido aos direitos fundamentais, no âmbito do direito penal da UE, mesmo nos instrumentos de reconhecimento mútuo, como acima referimos.

O direito ao recurso é, com efeito, um direito fundamental que radica na ordem internacional e nacional. Como sintetizam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, apesar de inexistir uma norma constitucional a estabelecer o duplo grau de jurisdição, “o recurso das decisões judiciais que afectem direitos fundamentais (...) pode apresentar-se como garantia imprescindível destes direitos”, pelo que, “embora o legislador disponha de liberdade de conformação quanto à regulação dos requisitos e graus de recurso, ele não pode regulá-lo de forma discriminatória, nem limitá-lo de forma excessiva”²⁷. Na verdade, como tem acentuado a jurisprudência do TC, “o direito ao recurso constitui uma das mais importantes dimensões das garantias de defesa do arguido em processo penal”²⁸.

²⁶ Vale aqui reproduzir, em parte, a síntese operada pelo TC: “A prestação de consentimento diminui drasticamente as questões jurídicas passíveis de discussão, mas não as elimina por completo. Basta pensar, por exemplo, nas hipóteses *i*) de o consentimento ser prestado antes da prestação das garantias – de que o caso dos autos constitui exemplo –, abrindo discussão sobre o seu alcance e verdadeiro objeto e efeitos sobre o consentimento (...), *ii*) de discussão dos próprios pressupostos explícitos e implícitos da homologação do consentimento, *iii*) de superveniência, face ao consentimento, de factos consubstanciadores de hipóteses previstas nos artigos 11.º e 12.º do RMDE (embora nem todas sejam compatíveis com a superveniência, algumas são-no); *iv*) de, após o consentimento, terem sido reconhecidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ou pelo Tribunal de Justiça da União Europeia deficiências sistémicas graves no sistema de justiça penal do estado de emissão (...)”. E neste contexto cita-se MIGUEL JOÃO COSTA, *op. cit.*, p. 30 e nota 40, já aqui referido, *supra*.

²⁷ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 418.

²⁸ Cf. Acórdão do TC n.º 49/2003. V. também MARIA JOÃO ANTUNES / NUNO BRANDÃO / SÓNIA FIDALGO, “A reforma à luz da jurisprudência constitucional”, Debate Público Nacional sobre a Reforma do Sistema de Recursos em Processo Civil e Processo Penal, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça, disponível em <https://www.>

Neste contexto, importa compreender quais são as consequências, para o legislador ordinário e para o aplicador, dessa conceção constitucional do direito ao recurso enquanto garantia de defesa do arguido²⁹, no processo penal em geral e, em concreto para o que nos importa, quando esteja em causa a execução de um mandado de detenção europeu.

Importa já sublinhar que, se dúvidas existissem, a própria norma constante do n.º 4 do artigo 17.º (*Direitos do detido*) – acrescentada expressamente com a revisão de 2019 –, refere que o estatuto do arguido se aplica subsidiariamente³⁰. O que vem reforçar a ideia da aplicação dos mesmos direitos que o arguido em processo penal.

III. Considerações finais

Numa palavra (abarcando os três argumentos), usando as palavras do TC: “no caso dos autos, (...) a entrega da pessoa detida colocá-la-á em situação idêntica à que reclama do legislador maiores limitações na restrição de recursos (...). Para além de que *a entrega propriamente dita envolve um ato privativo da liberdade*”.

Em sequência, como concluiu o TC (ponto 2.8), “o STJ não pode qualificar a decisão como legalmente irrecurável e (...) deverá indagar se as pretensões do recorrente são ou não compatíveis com o consentimento prestado (e com aquilo que a pessoa procurada conhecia ou devia conhecer no momento em que o prestou (...)) e, em caso afirmativo, apreciar o respetivo mérito, não cabendo ao Tribunal Constitucional tomar posição relativamente a qualquer um destes juízos”. Acabou por isso o TC por auxiliar na compreensão dos limites do consentimento “irrevogável”.

Para concluir, cumpre louvar a decisão do TC, que reforça as garantias do detido no contexto da execução de um MDE, podendo através dela fazer-se caminho na compreensão do consentimento “irrevogável”, mesmo num contexto de reconhecimento mútuo.

yumpu.com/pt/document/read/3377539/maria-joao-antunes-nuno-brandao-sania-fidalgo-dgpi.

²⁹ Pode dizer-se sinteticamente que: (i) só o direito ao recurso do arguido goza de tutela constitucional, não estando o legislador ordinário, no entanto, impedido de conferir, no âmbito penal, esse direito a outros sujeitos processuais; (ii) mas está aí limitado pelo crivo da conformidade constitucional; (iii) não podendo estabelecer exigências formais ou temporais que limitem esse direito, descaracterizando-o; (iv) condicionando, assim, a natureza dos recursos. V. também *ibidem*.

³⁰ Cf. o artigo 17.º, n.º 4: “É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 57.º a 67.º do Código de Processo Penal, devendo ser entregue à pessoa procurada, quando for detida, documento de que constem os direitos referidos nos números anteriores”. Na versão anterior fazia-se apenas referência expressa ao direito a ser assistido por defensor (n.º 2 do artigo 17.º) e ao direito a que seja nomeado intérprete idóneo, sem encargos, sempre que o detido não conheça ou não domine a língua portuguesa (n.º 3 do artigo 17.º).

Também por isso parece ser o MDE “um campo fértil para a jurisprudência constitucional” [ou pelo menos para a jurisprudência nacional em diálogo com o legislador europeu], tendo em vista a defesa dos direitos fundamentais implicados no processo de emissão e de execução³¹.

³¹ Como se escrevia no Relatório do Tribunal Constitucional a propósito do processo de extradição: cf. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA / CRISTINA SOUSA MACHADO, *op. cit.*, p. 19.

