

PARECERES

DA

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

14 ° VOLUME

DO N.º 30/80 AO N.º 6/81

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 30/80

Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Definição de penas — Competência dos Tribunais — Direito penal de justiça e direito penal de mera ordenação — Natureza da pena de multa — Direito de audiência e defesa — Defesa dos direitos.

1. Nos termos do n.º 4 do artigo 227.º da Constituição, o Presidente da República requereu ao Conselho da Revolução a apreciação da constitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 262-G/80, emanado do Ministério das Finanças e do Plano, relativo ao controlo da actividade financeira dos serviços e fundos autónomos e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social.

De harmonia com o disposto na alínea a) do artigo 284.º da Constituição e na alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, compete à Comissão Constitucional emitir parecer.

2. Com o objectivo de os fundos autónomos e os organismos dotados de autonomia administrativa e financeira, referidos no Decreto-Lei n.º 264/78, de 30 de Agosto, cumprirem o estabelecido quanto ao prazo de remessa das contas de gerência, em vista à sua integração na disciplina financeira do Estado, enuncia o decreto em análise uma série de providências.

Assim:

Os fundos e serviços com autonomia administrativa e financeira bem como o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social ficam obrigados a elaborar, trimestralmente, com referência ao final de cada trimestre, em termos acumulados, mapas da receita arrecadada e da despesa efectuada, baseados nos respectivos balancetes mensais, devendo os referidos mapas ser remetidos até ao dia 15 do mês seguinte ao trimestre a que se referem ao Ministro das Finanças e do Plano, para além da obrigação de enviarem ao mesmo Ministro, até ao dia 15 de Fevereiro de cada ano, as informações financeiras pertinentes com referência à situação verificada em 31 de Dezembro (artigo 1.º);

Serão solidariamente responsáveis pela inobservância dos prazos estabelecidos, incorrendo em pena de multa, os dirigentes e os responsáveis pelos órgãos de fiscalização estatutários dos organismos mencionados (artigo 2.º);

Acarretará o congelamento automático das dotações inscritas no Orçamento Geral do Estado em rubricas de transferência para os respectivos organismos, o não cumprimento das medidas determinadas (artigo 3.º);

No concernente às contas de gerência do ano de 1978, os organismos referidos deverão enviá-las à Direcção-Geral da Contabilidade Pública, caso ainda o não tenham feito, dentro dos 30 dias seguintes à entrada em vigor do diploma (artigo 4.º).

3. A característica peculiar da fiscalização preventiva da constitucionalidade — sem menção das normas que se reputam como inconstitucionais e sem justificação do pedido, para além da exiguidade do prazo constitucionalmente estabelecido para a sua apreciação — aconselha que apenas se debatam as questões que mais ou menos directamente sejam susceptíveis de ser confrontadas com os preceitos e os princípios constitucionais, a fim de se concluir pela sua conformidade ou desconformidade.

De harmonia com esta directriz, no presente parecer, a apreciação da constitucionalidade circunscrever-se-á ao artigo 2.º do decreto, que reza assim:

Os dirigentes e os responsáveis pelos órgãos de fiscalização estatutários dos organismos mencionados no n.º 1 do artigo 1.º serão solidariamente responsáveis pela inobservância dos prazos fixados neste diploma e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 264/78, incorrendo na pena de multa até ao dobro do valor do vencimento mensal da respectiva categoria, a aplicar por despacho do Ministro das Finanças e do Plano, independentemente das obrigações respeitantes ao julgamento de contas.

Nos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º do referido decreto-lei estabelecem-se dois prazos:

um, até ao dia 1 de Agosto do ano anterior àquele a que respeitam, para envio à Direcção do Orçamento e das Inspeções da Direcção-Geral da Contabilidade Pública, dos orçamentos privativos dos fundos autónomos e dos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira; outro, até ao dia 31 de Maio seguinte àquele a que respeitam, para envio à Direcção da Contabilidade Geral da Direcção-Geral da Contabilidade Pública das contas de gerência relativas aos orçamentos mencionados¹.

4. Em sede de constitucionalidade, e em relação ao artigo em exame, uma primeira questão se suscita:

Qual a natureza da *pena de multa* nele prevista?

Se se concluir pela sua natureza criminal, o preceito é inconstitucional. E é-o pelas razões seguintes:

Em primeiro lugar, por infracção ao artigo 167.º, alínea e), da Lei Fundamental, uma vez que a matéria de definição de penas criminais é reservada à Assembleia da República ou ao Governo devidamente autorizado, nos termos do artigo 168.º, autorização essa que não ocorreu no caso concreto.

Em segundo lugar, por violação do princípio da jurisdicionalização, dado que a aplicação da sanção vem atribuída ao Ministro das Finanças e do Plano. Ora, de acordo com os artigos 205.º e 206.º da Constituição, é aos tribunais que compete administrar a justiça em nome do povo, incumbindo-lhes, no exercício dessa função, «assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados». Assim, a aplicação de uma pena criminal representa o exercício de uma actividade materialmente jurisdicional, ligada ao princípio *nulla poena sine iudicio*, que a nossa Constituição expressamente consagra no seu artigo 27.º, n.º 2.

5. A conclusão será, todavia, diversa se a pena em causa e o ilícito que a pressupõe se situarem num ordenamento sancionatório diferente do direito criminal, como seja o das contra-ordenações².

O direito de mera ordenação social encontra-se hoje autonomizado no nosso sistema jurídico face ao direito penal, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho. E para esse direito a sanção normal «é a coima, de natureza administrativa, aplicada por autoridades administrativas, com o sentido dissuasor de uma advertência social», como se lê no preâmbulo do mencionado decreto-lei.

6. Impõe-se então indagar se a infracção prevista no artigo 2.º do diploma em apreciação entra no âmbito do direito penal, implicando a aplicação de uma reacção criminal, ou diversamente no âmbito da mera ordenação social, implicando a aplicação de uma coima.

O que nos conduz à distinção entre direito penal de justiça e de mera ordenação, que não pode, contudo, lograr-se através de um único critério.

«Hoje — como refere Eduardo Correia — reconhece-se que o problema não está tanto em encontrar um critério material único de distinção entre o ilícito criminal de justiça e o administrativo [. . .], mas sobretudo o de conseguir caracterizar materialmente este último tipo de infracções, quer através da especial configuração do ilícito, quer através da particular natureza das sanções que a ele se ligam, quer finalmente através das especialidades de índole processual que comporta»³.

¹ Com um certo paralelismo com a norma que isolámos, para submeter ao juízo de constitucionalidade, diz-se no n.º 3 do mesmo artigo 7.º:

Os responsáveis pela inobservância dos prazos estabelecidos nos n.ºs 1 e 2 deste artigo poderão incorrer na pena de multa até ao valor do vencimento mensal da respectiva categoria, a aplicar por despacho do Ministro das Finanças e do Plano.

² Cf. as tomadas de posição anteriores desta Comissão, neste domínio, no parecer n.º 19/77 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, 2.º vol., p. 145) e acórdãos n.ºs 159, de 19 de Junho de 1979, e 164, de 10 de Julho de 1979 (Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs 292, p. 247, e 291, p. 318, respectivamente).

E na explicitação do seu pensamento adianta-nos que os bens jurídicos visados pelo ilícito administrativo não são «como no direito criminal de justiça, valores ou interesses fundamentais da vida comunitária ou da personalidade ética do homem, mas simples valores de criação ou manutenção de uma certa ordem social e por consequência mais ou menos estranhos — isto é: indiferentes — à ordem moral», que «as sanções consequentes à prática de um ilícito criminal administrativo serão sempre sanções não criminais», dado serem produto de uma apreciação feita pela autoridade administrativa, não se encontrarem os factos a elas ligados tipicamente descritos na lei penal, não lhe deverem «ser assinalados os mesmos fins imediatos que às penas criminais», para além de não ser possível a conversão da multa em prisão, e que as diferenças entre os dois tipos de ilícitos e de sanções importam divergências acentuadas no domínio processual, particularmente no concernente à entidade competente para a apreciação, uma vez que «muitas das sanções administrativas poderão ser aplicadas pelas autoridades administrativas e que outras poderão deixar de ser processadas segundo os trâmites do processo comum», sem que isso faça perigar as liberdades e as garantias individuais, desde que da decisão da autoridade administrativa «caiba, como sempre deve admitir-se, recurso para a jurisdição comum»⁴.

São, destarte, diversos os âmbitos do direito criminal e do direito de mera ordenação social, correspondendo reacções de natureza específica às infracções próprias de cada um deles.

«Este é, assim, um *aliud* que, qualitativamente, se diferencia daquele, na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal»⁵.

As reacções ligadas às contra-ordenações limitam-se a exprimir «uma mera advertência ou censura social, independentemente de todo o sentido ético-jurídico»⁶, faltando-lhes, como acentua Maurach, «a ideia de expiação e o juízo de desvalor ético-social sobre o autor próprio de toda a pena criminal»⁷. As reacções em causa não visam a «realização de valores de justiça», mas apenas a «propulsão do bem-estar e progresso sociais», face às «providências salmistas ou sociais do Estado».

O direito de mera ordenação social responde com «as suas incriminações a motivos contingentes de mera oportunidade [. . .] sendo a ilicitude constituída pela própria proibição»; por isso, a «neutralidade axiológica da conduta» é apontada por alguns como o critério decisivo da sua pertinência àquele direito⁸.

7. Chegados aqui, parece não oferecer dúvidas que a infracção e a sanção previstas no artigo 2.º do decreto em análise não têm carácter criminal; mas, deste ponto, quando muito, constituiriam, respectivamente, uma contra-ordenação e uma coima.

Com efeito, um ilícito que se traduz no incumprimento atempado, por parte dos dirigentes e responsáveis pelos órgãos de fiscalização estatutários dos fundos e serviços com autonomia administrativa e financeira e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, do envio dos orçamentos privativos e das correspondentes contas de gerência, por forma a poderem figurar em anexo ao orçamento e à conta de gerência do respectivo Ministério, apenas visa impor a observância de um mandado da Administração e estimular ou intimidar os destinatários a que cumpram as suas obrigações frente ao Governo, revestindo a sanção o carácter de uma mera admoestação social, sem qualquer «ressonância moral».

³ Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, 1963, p. 22.

⁴ *Ibidem*, pp. 28-33.

⁵ Eduardo Correia, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLIX, 1973, p. 268.

⁶ *Ibidem*, p. 279.

⁷ Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, I (tradução de Juan Córdoba Roda), Barcelona, 1962, p. 23.

⁸ Cf. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Licitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969, § 20.º

A censura suportada pelos infractores, no caso concreto, é despida de qualquer «mácula ético-social», o que nos coloca fora do direito criminal.

8. Não resulta líquido da leitura do artigo 2.º do decreto sob exame se o legislador ao estabelecer a pena de multa visa a satisfação de interesses essenciais à vida de uma sociedade politicamente organizada, através de uma aparelhagem de ordenação social, ou se, diferentemente, senão mesmo cumulativamente, visa os destinatários dos comandos normativos, mas enquanto membros de um dado grupo social, baseando-se a repressão na necessidade de assegurar a coesão e a realização dos interesses próprios do grupo a que pertencem.

A infracção a reprimir encontraria, assim, a sua razão de ser, exclusiva ou cumulativamente, «no interesse peculiar do grupo» e a sujeição ao poder punitivo fundamentar-se-ia «no laço particular que liga ao grupo o indivíduo que faltou a algum dos deveres que a sua especial condição lhe impunha»⁹.

Dito de outra forma: o ilícito em causa tanto pode reclamar a característica de infracção de mera ordenação social como a de infracção disciplinar.

Mas se for a última a verdadeira, não se verifica igualmente qualquer transgressão à Lei Fundamental. E isto não só por o Governo ter competência legislativa própria para definir situações enquadráveis em procedimentos disciplinares, como também por no quadro das sanções disciplinares se incluir tradicionalmente a multa e a sua aplicação ser da responsabilidade dos legítimos superiores hierárquicos.

9. A norma em observação, em termos de violação da Constituição, ainda pode ser objecto de outro tipo de reflexão.

Com efeito, todo aquele que seja passível de um processo sancionatório e independentemente da sua natureza — criminal, disciplinar, administrativa, contra-ordenativa ou análoga — tem a seu favor o direito fundamental de audiência e defesa. Trata-se de um princípio constitucional com vários afloramentos ao longo da Lei Fundamental, como nos artigos 20.º, n.º 1, 28.º, n.º 1, 32.º, n.º 1, 49.º, n.º 1, e 270.º, n.º 3¹⁰.

Por outro lado, o recurso para os tribunais, das decisões das autoridades administrativas que apliquem uma coima, é um direito constitucionalmente consagrado no artigo 20.º, n.º 1, como o vem reconhecendo esta Comissão¹¹.

Finalmente, e na perspectiva da sanção disciplinar, o artigo 269.º, n.º 2, da Constituição garante aos interessados o direito de recurso contencioso com fundamento em ilegalidade.

Todavia, o preceito em análise não contempla nem o direito de audiência e defesa nem tão-pouco o direito de recurso aos tribunais, parecendo, *prima facie*, retirá-los aos destinatários dos possíveis procedimentos.

Não é, todavia, assim.

E não o é, porquanto o mencionado preceito não se preocupou, nem tinha de o fazer, com a tramitação processual adequada à aplicação da sanção que prevê. O seu objectivo foi apenas fixar o montante da pena de multa, indicar a entidade competente para a aplicar e identificar os possíveis infractores.

Quanto ao mais, há uma remissão implícita para a lei geral.

E esta é, quanto às contra-ordenações, como já foi referido, o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho. Ora, neste diploma, encontra-se expressamente previsto o direito de audição do arguido — artigo 43.º —, o direito à assistência de defensor — artigo 46.º —, bem como o direito ao recurso judicial — artigos 50.º e segs.

⁹ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed. (reimpressão), Coimbra, 1980, p. 802.

¹⁰ Cf. acórdão n.º 164, de 10 de Julho de 1979, desta Comissão, já citado.

¹¹ Cf. acórdãos n.ºs 159, de 19 de Junho de 1979, e 164, de 10 de Julho de 1979, já citados.

Caso se trate de infração disciplinar, rege o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/79, de 25 de Junho, que de modo expresso prevê a sua aplicação aos «institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados e de fundos públicos» (artigo 1.º). E também nele se garante a defesa do arguido — artigos 57.º e segs. — e recurso contencioso — artigo 76.º

10. Mesmo que o expediente do apelo à lei geral não viesse assegurar aos «envolvidos» em processo sancionatório os direitos constitucionalmente afirmados — o que não é o caso — haveria contudo a necessidade de sujeitar a norma do artigo 2.º do decreto a uma *interpretação conforme a Constituição*, o que levaria, sempre, a assegurar as garantias de defesa e o direito ao recurso, face à natureza preceptiva de tais princípios na Lei Fundamental.

11. Concluindo:

A Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 262-G/80, referente ao controlo da actividade financeira dos serviços e fundos autónomos e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social.

Lisboa e Comissão Constitucional, 16 de Outubro de 1980. — *Fernando Amâncio Ferreira — Armindo Ribeiro Mendes — José António Fernandes — Jorge de Figueiredo Dias — Afonso Cabral de Andrade — Rui de Alarcão — Joaquim da Costa Aroso — Jorge Campinos — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 374/80

Nos termos da alínea a) do artigo 146.º e do n.º 4 do artigo 277.º da Constituição, o Conselho da Revolução, precedendo parecer da Comissão Constitucional, não se pronuncia pela inconstitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 262—G/80, em 22 de Maio, relativo ao controlo da actividade financeira dos serviços e fundos autónomos e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social.

Aprovada em Conselho da Revolução em 23 de Outubro de 1980.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 256, de 5 de Novembro de 1980.)

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DO PLANO

Decreto registado sob o n.º 262-G/80

no livro de registo de diplomas da Presidência do Conselho

Considerando que dificuldades de vária ordem têm impedido que grande parte dos fundos autónomos e dos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira, referidos no Decreto-Lei n.º 264/78, de 30 de Agosto, cumpram o que está estabelecido quanto ao prazo de remessa das contas de gerência;

Atendendo a que se impõe ultrapassar aquelas dificuldades, por forma a dar satisfação ao disposto no programa do Governo, onde se refere que «sujeitar-se-á a controlo mais efectivo a actividade financeira dos serviços e fundos que actualmente gozam de autonomia, com o fim de os integrar na disciplina financeira do Estado»;

O Governo decreta, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º

1 — Os fundos e serviços com autonomia administrativa e financeira a que se refere o Decreto-Lei n.º 264/78, de 30 de Agosto, assim como o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, deverão elaborar, trimestralmente, com referência ao final de cada trimestre, em termos acumulados, mapas de receita arrecadada e da despesa efectuada, baseados nos respectivos balancetes mensais.

2 — Os documentos mencionados no n.º 1 deste artigo devem ser remetidos, até ao dia 15 do mês seguinte ao trimestre a que se referem, ao Ministro das Finanças e do Plano.

3 — Os organismos referidos no n.º 1 do presente artigo deverão enviar ao Ministro das Finanças e do Plano, até ao dia 15 de Fevereiro de cada ano, as informações mencionadas no n.º 1, com referência à situação verificada em 31 de Dezembro.

Artigo 2.º

Os dirigentes e os responsáveis pelos órgãos de fiscalização estatutários dos organismos mencionados no n.º 1 do artigo 1.º serão solidariamente responsáveis pela inobservância dos prazos fixados neste diploma e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 264/78, incorrendo na pena de multa até ao dobro do valor do vencimento mensal da respectiva categoria, a aplicar por despacho do Ministro das Finanças e do Plano, independentemente das obrigações respeitantes ao julgamento de contas.

Artigo 3.º

O não cumprimento do disposto no presente diploma implicará, enquanto se mantiver, o congelamento automático das dotações inscritas no Orçamento Geral do Estado em rubricas de transferência para os respectivos organismos.

Artigo 4.º

Relativamente às contas de gerência do ano de 1978, todos os fundos e serviços autónomos sujeitos à disciplina do Decreto-Lei n.º 264/78, de 30 de Agosto, deverão enviá-las à Direcção-Geral da Contabilidade Pública, no caso de o não terem feito ainda, dentro dos 30 dias seguintes à entrada em vigor do presente diploma.

Artigo 5.º

As dúvidas que surgirem na aplicação deste diploma serão resolvidas por despacho do Ministro das Finanças e do Plano.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 31/80

Contrato de gestão — Livre revogação do contrato de gestão por parte do Estado — Proibição de despedimentos sem justa causa — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Reserva de competência dos Tribunais.

1. Ao abrigo do preceituado no n.º 4 do artigo 277.º da Constituição, o Presidente da República requereu ao Conselho da Revolução a apreciação da constitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 366-G/80, que lhe fora enviado para promulgação como decreto-lei e que introduz diversas alterações no estatuto jurídico dos gestores públicos.

Em cumprimento do disposto na alínea a) do artigo 284.º da Constituição e na alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, foi esta Comissão Constitucional chamada a emitir obrigatoriamente o seu parecer sobre a questão de constitucionalidade.

2. O decreto ora em análise visa introduzir diferentes correcções de natureza considerada urgente no Estatuto do Gestor Público sem prejuízo de uma futura revisão profunda do mesmo, para a qual se diz terem sido já iniciados diversos estudos preparatórios.

Analisando o articulado do decreto, pode verificar-se que o mesmo pretende modificar substancialmente o Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 831/76 e já alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 387/77, de 14 de Setembro, 51/79, de 22 de Março, e Lei n.º 52/79, de 14 de Setembro. Na verdade, é suprimida a distinção básica de regimes acolhida na legislação vigente relativa às categorias de gestores públicos profissionais e de outros gestores públicos, sendo alterados os artigos 1.º a 20.º, 23.º, 27.º a 30.º, 57.º, 58.º, 60.º e 61.º, revogados os artigos 21.º, 35.º a 56.º e, finalmente, aditado um artigo 62.º respeitante ao cadastro de gestores públicos.

3. A partir do texto do articulado — o qual parece ter sido apressadamente redigido e sem os devidos cuidados de adequação aos artigos mantidos em vigor da anterior versão — é possível indicar a sistematização da totalidade do Estatuto de Gestor Público:

Capítulo I — Disposições gerais (artigos 1.º a 5.º).

Capítulo II — Contrato de gestão (artigos 6.º a 20.º).

Capítulo III — Deveres e direitos dos gestores (artigos 22.º a 26.º).

Capítulo IV — Retribuição (artigos 27.º a 30.º).

Capítulo V — Acção disciplinar (artigos 31.º a 34.º).

Capítulo VI — (indicado no articulado como V) — Disposições finais e transitórias (artigos 57.º a 62.º).

Abstraindo da estranheza da atitude do legislador de não ter alterado a numeração dos seis últimos artigos ¹², aspecto meramente formal, pode alcançar-se, como já acima se aludiu, a intenção de suprimir a diferença de regimes respeitantes, por um lado, aos gestores públicos profissionais (artigo 1.º, n.º 2, do actual Estatuto) e, por outro, aos gestores públicos não profissionais («indivíduos devidamente habilitados com curso adequado e que possuam formação técnica e experiência profissional adequadas ao exercício de funções de gestão superior de empresas e tenham sido seleccionados pelo Conselho para a Carreira de Gestor Público» — artigo 4.º do actual Estatuto). No novo articulado, a distinção vai ser baseada apenas na circunstância de o contrato de gestão haver ou não sido celebrado com prazo.

No decreto em análise, estabelece-se que os gestores públicos «deverão ser escolhidos de entre indivíduos que possuam formação técnica e experiência profissional adequadas ao exercício de funções de gestão superior de empresas». Deixa, assim, de existir a figura do gestor público profissional, indivíduo vinculado por um contrato com o IPE — Instituto das Participações do Estado, E. P. (cf. artigo 13.º da versão em vigor do Estatuto).

¹² O legislador revoga expressamente os artigos 21.º e 35.º a 56.º do actual Estatuto (artigo 4.º do decreto em apreciação).

4. A parte substancialmente inovadora do decreto em apreço refere-se à regulamentação do chamado contrato de gestão (artigos 6.º a 20.º).

Com efeito, estabelece-se que «o exercício das funções de gestor público depende da prévia celebração de um contrato de gestão» (artigo 6.º, n.º 1).

Afigura-se, assim, indispensável analisar a natureza deste contrato, tanto mais que o artigo 20.º do decreto manda aplicar quanto à suspensão e cessação do mesmo, mas «sem prejuízo do especialmente disposto no presente Estatuto», o regime geral da lei do contrato individual de trabalho.

Deste modo e antes ainda de quaisquer outras condições impõe-se resolver o problema prévio da qualificação do contrato de gestão. Tratar-se-á efectivamente de um contrato individual de trabalho *sui generis*? Ou, pelo contrário, estaremos perante um contrato de outro tipo, bem distinto do de trabalho, porventura qualificável como de mandato ou de prestação de serviço? A resposta a estas interrogações tem manifesta relevância em sede de fiscalização de constitucionalidade¹³.

5. Da análise da versão actualmente em vigor do Estatuto de Gestor Público, retira-se haver, pelo menos, dois actos jurídicos distintos que concorrem para modelar a situação jurídica subjectiva dos gestores.

Por um lado, prevê-se um acto administrativo de designação, da competência do Conselho de Ministros, «sob proposta do Ministro da Tutela, com prévia audição do Conselho para a Carreira de Gestor Público». Tal competência pode ser delegada num conselho restrito (artigo 2.º do Estatuto) e, durante o ano de 1977, um diploma veio mesmo estabelecer a título transitório que «a nomeação de gestores públicos para as sociedades em cujo capital existam participações de empresas públicas ou nacionalizadas, será feita pelos órgãos de administração destas, em conformidade com o disposto nos números seguintes» (artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 151/77, de 14 de Abril).

Por outro lado, e para além do acto jurídico unilateral de designação (em regra, acto administrativo do Conselho de Ministros: em certos casos, deliberação da empresa pública ou nacionalizada titular da participação ou ainda da entidade pública à qual haja sido expressamente confiada por lei ou resolução do Conselho de Ministros a gestão da participação em causa, v. g. o Instituto das Participações do Estado — cf. artigo 3.º, n.º 1, do Estatuto), surge-nos em regra uma figura contratual que vincula o gestor ao sector público: ou um contrato celebrado para o efeito entre a entidade designadamente o gestor ou um simples «destacamento do quadro do pessoal de gestores públicos profissionais» (artigo 6.º, n.º 1, do Estatuto), pressupondo este destacamento a prévia celebração de um contrato de gestor público profissional com o IPE (artigo 13.º do Estatuto). A lei prevê ainda uma terceira possibilidade, a requisição de agentes da Administração Pública, trabalhadores dos institutos públicos e das empresas públicas e privadas.

Finalmente, o artigo 8.º do actual Estatuto, subordinado à epígrafe «vínculo à empresa», estatui: «Pela designação e subsequente posse, constitui-se entre a empresa e o gestor uma relação de prestação de serviço por tempo determinado, ficando o gestor com direito às remunerações e demais benefícios estabelecidos neste Estatuto».

Deve também ter-se em conta que o diploma que contém as Bases Gerais das Empresas Públicas prevê que os membros dos conselhos de gerência são nomeados por mandatos de 3 anos, renováveis (artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril).

Parece-nos decorrer dos dados legislativos referidos que a situação do gestor público que desempenha funções em qualquer empresa pública, nacionalizada ou participada¹⁴ tem sempre na sua base um acto administrativo de nomeação ou designação ou, pelo menos, outro acto unilateral, como seja uma deliberação de empresa pública ou nacionalizada (artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 151/77; artigo 3.º, n.º 1, do Estatuto). No caso de se tratar de acto administrativo de nomeação ou recondução¹⁵, não parece que restem

¹³ No parecer n.º 20/80 desta Comissão, de 19 de Junho do corrente ano, ainda inédito, prevaleceu a tese defendida pela maioria de que sofrem de inconstitucionalidade orgânica os decretos do Governo que, na ausência de autorização legislativa da Assembleia da República, venham legislar sobre direitos fundamentais dos trabalhadores, nomeadamente a duração e cessação do contrato de trabalho [artigos 17.º e 167.º, alínea c), da Constituição],

¹⁴ Abstrai-se agora da situação prevista na lei do gestor público profissional, vinculado por contrato celebrado com o Instituto das Participações do Estado, que se não encontra a desempenhar em certo momento funções de gestão, aguardando colocação (artigo 21.º, n.º 2, do Estatuto).

¹⁵ As Bases Gerais das Empresas Públicas admitem a renovação de mandatos. Cf. também os artigos 6.º, n.º 2, 8.º, n.º 3, e 9.º, do Estatuto do Gestor Público.

dúvidas de que se trata de um acto administrativo constitutivo de direitos para o gestor ¹⁶.

Mas, para além destes actos unilaterais, pressupõe-se em regra a existência de um contrato gerador de uma relação obrigacional de prestação de serviço, relação esta que parece ter uma natureza essencialmente de direito privado quanto aos gestores públicos não profissionais. E mesmo quanto aos gestores públicos profissionais, o regime decorrente da lei é essencialmente de natureza privatística, muito embora haja aspectos atinentes à carreira de gestor público que se aproximam do direito administrativo (por exemplo, o disposto nos artigos 15.º, 16.º e 17.º, cuja vigência, aliás, foi suspensa pelo Decreto-Lei n.º 387/77, de 14 de Setembro; ver ainda os artigos 19.º, 31.º e 36.º, do Estatuto).

Podemos afirmar em conclusão que o vínculo contratual ou se reconduz ao contrato de gestor público profissional a que, por virtude do acto de destacamento, se vem acrescentar um contrato de administração ou de prestação de serviço ou um contrato de mandato orgânico com a empresa em causa ou, no caso de gestor público não profissional, o vínculo identifica-se com o próprio contrato de mandato orgânico, de administração ou, como pretendem alguns, de prestação de serviço entre a pessoa jurídica gerida (empresa pública ou nacionalizada, sociedade participada) e o próprio gestor ¹⁷, pressupondo-se em qualquer caso um acto prévio de designação ou nomeação.

A questão da qualificação da situação subjectiva de gestor tem sido versada ultimamente para se determinar a possível existência de um direito de indemnização e a sua extensão, no caso de exoneração por resolução do Conselho de Ministros antes de findo o prazo do mandato inicial ou da recondução, não tendo havido, claro, invocação de justa causa para tal exoneração.

6. É altura de analisar a configuração do contrato de gestão regulado minuciosamente nos artigos 6.º a 20.º do decreto em apreço, contrato esse que pressupõe necessariamente um acto distinto e unilateral de designação (artigos 2.º e 3.º).

Sendo abolida agora a distinção de regimes entre gestores públicos profissionais e outros gestores, afirma-se que «o exercício das funções de gestor público depende da prévia celebração de um contrato de gestão» (artigo 6.º, n.º 1).

Partes deste contrato são, por um lado, o Estado «ou qualquer outra pessoa colectiva pública que esteja autorizada a fazê-lo» (por exemplo, o Instituto de Participações do Estado); por outro lado, o próprio candidato a gestor. No caso de se tratar de gestores em empresas participadas, após a deliberação de designação na assembleia geral ou órgão societário equivalente, em que intervirá a entidade pública a quem seja confiada a gestão da respectiva participação, o contrato de gestão será «também celebrado com a empresa pública competente para a designação, quando esta recaia em indivíduo que não se encontre vinculado ao Estado por contrato de gestão, devendo ser autorizado por despacho ministerial, nos casos do n.º 2 do mesmo artigo» (artigo 6.º, n.º 4).

Por parte do Estado, outorgará o Ministro da Tutela da respectiva empresa; no caso de contrato de gestão com entidade participante, outorgará o órgão dessa entidade (artigo 6.º, n.º 5).

Têm capacidade contratual, como candidatos a gestores, os agentes da administração pública (estadual, regional ou autárquica), os agentes de institutos públicos, os trabalhadores de outras empresas públicas ou privadas e ainda «quaisquer outros indivíduos não ligados por qualquer vínculo de carácter permanente a entidades públicas ou privadas» (artigo 7.º).

¹⁶ Prof. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., pp. 453 e segs.

¹⁷ A qualificação deste contrato não é tarefa fácil. Porém, no âmbito do presente parecer bastará dizer que se trata de um contrato oneroso em que o gestor recebe poderes de representação «orgânica» da entidade que por si vai ser administrada. No sentido de que se trata de um mandato orgânico, veja-se o parecer n.º 33/80 da Procuradoria-Geral da República, de 27 de Março de 1980, ao que se supõe ainda inédito.

Os contratos de gestão podem ser celebrados com ou sem prazo: os contratos a prazo terão em regra a duração do período de duração do mandato do gestor¹⁸, sendo prorrogáveis uma só vez por igual período, por iniciativa de qualquer das partes e mediante acordo mútuo. Em casos excepcionais, o contrato de gestão com prazo pode ser celebrado por um ano, mas a prorrogação terá de ser efectuada por período não inferior a 3 anos. Os contratos sem prazo terão de ser obrigatoriamente celebrados pelo Estado ou entidade pública «quando tal seja solicitado por quem haja exercido funções de gestor público, em regime de contrato com prazo, pelo período mínimo de 6 anos» (artigo 9.º).

O decreto regula sucessivamente a forma e conteúdo obrigatório do contrato (artigo 10.º), o regime da requisição prévia à celebração do contrato de gestão (artigo 11.º), a caducidade de contratos de trabalho anteriores em virtude da celebração de contrato de gestão sem prazo (artigo 12.º), a possibilidade de designação para outras funções (artigo 13.º), a transferência a pedido do gestor ou por decisão da entidade designadamente (artigos 14.º e 15.º), a denúncia do contrato com prazo (artigo 16.º), a revogação unilateral pelo Estado ou entidade pública do contrato com ou sem prazo sem invocação de qualquer fundamento ou justa causa (artigo 17.º), a resolução fundamentada do contrato de gestão (artigo 18.º), a determinação da entidade que suporta os encargos de remuneração (artigo 19.º). O artigo 20.º, por seu turno, manda aplicar supletivamente ao contrato de gestão «sem prejuízo do especialmente disposto no presente Estatuto» o regime geral da lei do contrato individual de trabalho quanto à suspensão e cessação do contrato de gestão. Por seu turno, os artigos 27.º a 30.º regulam a matéria de fixação de remunerações, férias, subsídios de Natal e férias e outros benefícios sociais, bem como a aplicação automática de regalias.

7. Poder-se-á entender que o contrato de gestão agora disciplinado é um verdadeiro contrato individual de trabalho, como poderia inculcar o artigo 20.º do decreto?

Crê-se poder responder negativamente a esta questão, ainda que se conceda que, na sua regulamentação positiva, pode haver «pontos de contacto» com os regimes dos contratos de trabalho, mandato ou outros.

Muito embora haja sido suprimida agora a qualificação como relação de prestação de serviço por tempo determinado do vínculo I que liga o gestor à empresa, a qual consta ainda do artigo 8.º, n.º 1, da actual versão do Estatuto do Gestor Público, não se vê que o legislador haja pretendido alterar tal qualificação.

Antes de mais, mantém-se substancialmente inalterada a noção de gestor público no decreto em apreço. Ora, o gestor público é o indivíduo incumbido, em representação do sector público, de desempenho de funções de administrador, gerente, membro de um conselho de gestão, gerência ou de comissão administrativa, delegado do Governo ou de funções de natureza semelhante em empresas públicas, nacionalizadas ou participadas pelo sector público.

O contrato de gestão confere ao gestor poderes de representação do sector público para desempenhar funções de direcção de certas empresas, através da participação como titular em órgãos com poderes deliberativos ou executivos dessas pessoas colectivas.

A vinculação do gestor ao Estado ou a outra entidade pública (por exemplo, IPE) não configura qualquer contrato de trabalho, acordo «pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta» (artigo 1152.º do Código Civil; artigo 1.º do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969).

Com efeito, avulta o elemento de actuação criadora e autónoma e falta o regime de subordinação, a prestação de uma actividade sob a autoridade e direcção do Estado ou da entidade pública contraente. Embora os gestores públicos representem o sector público, e como tal devam receber orientações ou instruções do representado [cf. artigo 22.º, alínea a), do actual Estatuto, disposição não revogada], estão legalmente obrigados a exercer «as suas funções e gerir as respectivas empresas segundo os meios mais adequados para a prossecução dos objectivos a atingir tendo em vista uma contribuição activa para o processo de desenvolvimento económico e social do país [. . .]» (artigo 22.º, corpo). Para tal, devem, de harmonia com o mesmo artigo, incentivar, no âmbito das competências atribuídas ao conselho de gerência, actuações visando a elaboração de planos anuais e plurianuais para a própria empresa, participar, com assiduidade e eficiência, na actividade dos órgãos em que

¹⁸ Para as empresas públicas, a duração do mandato é de três anos (artigo 9.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril).

se integram e onde contribuem para a formação da respectiva vontade funcional¹⁹, fomentar no âmbito das empresas as condições e criatividade indispensáveis a uma actuação crítica e responsável das suas estruturas.

Parece-nos manifesto que a prestação de serviço remunerado em representação do sector público na gestão de certas empresas não é feita através da celebração pelo gestor de um contrato de trabalho com o Estado ou outra entidade pública, nem através da celebração de um contrato tendente a prestação de trabalho subordinado no âmbito do direito administrativo (criador de uma relação jurídica pública de trabalho). Está ausente o elemento de subordinação, a prestação da actividade de gestor sob a autoridade e direcção do Estado ou de outra pessoa pública.

Diferentemente do que se passa hoje em Portugal, em cujo ordenamento jurídico se encontra uma definição do contrato de trabalho, mesmo nos países em que não existe tal noção legal, a jurisprudência tem chegado sempre à ideia de que uma das características típicas deste contrato seria a subordinação jurídica «em que o assalariado que aluga os seus serviços se coloca em relação ao empregador»²⁰.

Ora, repete-se, na vinculação do gestor ao Estado está ausente tal vínculo de subordinação e dependência sem prejuízo do que adiante se dirá (cf. *infra*, n.º 12).

8. Tanto quanto se julga saber, o Estatuto do Gestor Público não é moldado noutras ordens jurídicas a partir de um contrato de trabalho. Assim em França, os gestores são nomeados pelo Governo com um mandato de certa duração, em regra seis anos, prorrogável (Decreto de 20 de Março de 1972, inspirado pela lei de 24 de Julho de 1966 sobre as sociedades comerciais), podendo as suas funções expirar, sem contar com o termo do mandato, por demissão, limite de idade, perda de qualidade que esteve na origem da designação, acto de revogação colectiva do mandato, revogação em caso individual²¹. A jurisprudência francesa tem entendido que a situação funcional dos administradores por parte do Estado é regida pelo direito público, diferentemente da situação dos administradores das sociedades anónimas que representam os accionistas privados²². Deve, porém, chamar-se a atenção para a circunstância de, no direito francês e a partir das nacionalizações decretadas após a Libertação (1944-1946), ter prevalecido uma solução de organização de gestão de empresas públicas a partir da representação de interesses decorrentes da finalidade da própria empresa: foram assim acolhidos os princípios da gestão tripartida ou quadripartida, de tal forma que a administração das empresas públicas é constituída por representantes do Estado, dos utentes e dos trabalhadores (tripartição) ou, ainda, de uma quarta categoria de interessados, as personalidades qualificadas (quadripartição)²³. Em caso algum, porém, se defende que o administrador nomeado pelo Estado ou designado por uma associação de consumidores ou organismo sindical esteja vinculado por qualquer contrato de trabalho com a entidade designadamente.

No direito inglês, por seu turno, em que, como é sabido, as empresas públicas se

¹⁹ Vejam-se, por exemplo, os artigos 9.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril (Bases Gerais das Empresas Públicas), 14.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 22 de Dezembro (Bases Gerais das Instituições de Crédito Nacionalizadas), 14.º a 18.º do Decreto-Lei n.º 72/76, de 27 de Janeiro (Bases Gerais das Companhias de Seguro Nacionalizadas), e 45.º a 51.º da Lei Orgânica do Banco de Portugal (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 644/75, de 15 de Novembro).

²⁰ Jean Rivero e Jean Savatier, *Droit du Travail*, 5.ª ed., 1970, p. 300, referindo-se ao panorama francês. Entre nós, vejam-se, entre outros: Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, 1968, pp. 459-461; Monteiro Fernandes, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, I, 3.ª ed., pp. 43 e segs.; e Abílio Neto, «Aplicações práticas do conceito de trabalho subordinado», in separata do *Boletim do Ministério da Justiça, Direito do Trabalho*, 1979, pp. 173-178.

²¹ J.-M. Auby e R. Ducos-Ader, *Grands Services Publics et Entreprises Nationales*, I, 2.ª ed., 1975, pp. 316 a 319; Pierre Eelsen, «França», in *A Experiência Europeia no Domínio da Organização do Sector Empresarial do Estado*, Documentos CIFAG, Lisboa, 1977, pp. 42-45.

²² A diferença de estatutos é particularmente nítida nas chamadas sociedades de economia mista. Cf. Roger Tagand, *Le Regime Juridique de la Société d'Economie Mixte*, Paris, 1969, pp. 91 e segs.

²³ J.-M. Auby e R. Ducos-Ader, *ob. cit.*, I, p. 307; A.-R. Brewer Carias, *Les Entreprises Publiques en Droit Compare*, Paris, 1968, pp. 112 e segs. (aí se referem as críticas que têm sido formuladas contra a solução).

organizam de harmonia com uma solução não estatista ou autonomista, devendo a empresa pública (*public Corporation*) ser gerida como uma sociedade capitalista sob o controlo rigoroso do Estado, os membros dos conselhos de administração na grande maioria dos casos são livremente nomeados e exonerados por um ministro da tutela, muito embora algumas leis orgânicas estabeleçam certas características do perfil do administrador (por exemplo, formação técnica, experiência em certos domínios, provas dadas em certas actividades, etc.)²⁴. Não se distingue, porém, substancialmente o estatuto do administrador público do de administrador de sociedades privadas.

Igualmente no direito italiano, em que o sector público da economia tem considerável dimensão no conjunto empresarial e em que se distinguem diversos tipos organizatórios de empresas estatais (nomeadamente, as *aziende autonome* e os *enti pubblici economici*)²⁵, os colégios ou conselhos de administração dos entes públicos são compostos por titulares de regime de direito público que não são funcionários públicos burocráticos (entende-se que pertencem a uma outra categoria de contornos controversos, a dos *funzionari onorari*). Prevalece em regra a solução de livre nomeação dos administradores pelo Governo, através de decreto do Chefe do Estado, acontecendo que, em alguns casos, as leis orgânicas impõem a sua escolha entre certas categorias profissionais (por exemplo, entre funcionários públicos ou entre especialistas de certo ramo). É frequente exigirem-se requisitos de maior exigência para a designação dos presidentes e vice-presidentes das empresas públicas do que para os restantes membros dos conselhos de administração.

Sendo certo que o vínculo que liga o administrador à empresa no direito italiano não se confunde com o vínculo de trabalho, existem exemplos muito diversos de formas de designação dos membros dos conselhos de administração. Bastará recordar os casos de eleição por associações de trabalhadores, de designação directa por partidos políticos, etc. Os mandatos, porém, têm em qualquer caso uma duração limitada (em regra, três anos)²⁶. Prevêem-se na legislação casos de dissolução das administrações verificados certos pressupostos, como causas de extinção da relação funcional devidas a incompatibilidades supervenientes, caducidade, limite de idade, demissão aceite, etc.²⁷.

Também nos países socialistas, os dados legislativos confirmam a orientação que temos encontrado até aqui. No caso da União Soviética, a regra é a de o órgão de direcção das empresas do Estado ser composto por um único director, nomeado pelos órgãos superiores da administração económica, dotado de vastos poderes que vão desde a representação da empresa externamente, até à elaboração da política de pessoal e a determinação das políticas produtivas, no quadro da execução dos objectivos do plano. O director tem poderes de contratar e despedir pessoal, não estando vinculado ao Estado por um contrato de trabalho subordinado, muito embora dependa das instruções dos órgãos administrativos centrais e de planeamento²⁸. Situação semelhante se encontra na Hungria²⁹ na Checoslováquia, na Roménia e na Bulgária. Na Polónia, porém, encontram-se já conselhos operários nas empresas do Estado eleitos pelos trabalhadores destas os quais colaboram com os directores respectivos na gestão daquelas^{30 e 31}.

²⁴ Sob a experiência inglesa em matéria de gestores de empresas públicas veja-se R. W. Ennis, *Accountability in Government Departments, Public Corporations Public Companies*, Londres, 1967, pp. 50-53. De uma forma mais geral, J. Simões Patrício, *Curso de Direito Económico*, policopiado, 1980, pp. 383-391, e A.-R. Brewer Carias, *ob. cit.*, pp. 54 e segs.

²⁵ Sobre estes pontos, vejam-se: C. Bentivenga, *Elementi di Diritto Pubblico dell'Economia*, 1977, Milão, pp. 77 e segs., e Simões Patrício, *ob. cit.*, pp. 391-395.

²⁶ «Por um princípio geral de direito público, de aplicação comum pela jurisprudência administrativa, tais cargos são temporários e devem ser periodicamente renovados, seja para evitar a cristalização de posições e interesses individuais, seja para consecução de uma adequação contínua da acção administrativa à variação de orientações e situações», C. Bentivenga, *ob. cit.*, pp. 227-228.

²⁷ C. Bentivenga, *ob. cit.*, pp. 231 e segs.; V. A. Marsan, Itália, in *A Experiência Europeia*, *cit.*, pp. 86-87.

²⁸ A.-R. Brewer Carias, *ob. cit.*, pp. 66 e segs.; Simões Patrício, *ob. cit.*, pp. 404 e segs.

²⁹ Sandor Ganczer, Hungria, in *A Experiência Europeia*, *cit.*, pp. 54-74.

³⁰ A.-R. Brewer Carias, *ob. cit.*, pp. 70-71 (fala este autor de um sistemaco-gestonário).

9. Referidos alguns dados de direito comparado que revelam diferentes orientações na forma de designação de gestores de empresas públicas, é tempo de voltar a analisar as soluções acolhidas no decreto em apreço.

10. Os artigos 8.º e 17.º suscitam, porém, algumas dificuldades em sede de fiscalização de constitucionalidade.

Por um lado, o primeiro daqueles artigos admite duas modalidades de contratos de gestão: os contratos com prazo e os contratos sem prazo.

Por outro lado, o artigo 17.º admite a revogação unilateral livre do contrato de gestão por parte do Estado ou entidade pública nomeante, quer se trate de contrato com prazo ou sem prazo, sem prejuízo da obrigação de indemnizar por parte da entidade revogante³².

Finalmente, é mantido em vigor o artigo 25.º do actual Estatuto, onde são estatuídas como garantias específicas dos gestores públicos «a irredutibilidade da remuneração global» e a «estabilidade da situação profissional, salvo os casos previstos neste Estatuto» [alíneas a) e b) do n.º 1].

11. Quanto à possibilidade constitucional de se celebrarem contratos de gestão com prazo, não parece que se suscitem dúvidas.

Bastará dizer que existe no nosso ordenamento a figura do contrato de trabalho a prazo, regulado pelo Decreto-Lei n.º 781/76, de 28 de Outubro³³.

Por outro lado, não se tratando de um contrato de trabalho, mesmo *sui generis* (cf. supra n.ºs 6 a 8), pode a sua regulamentação ser objecto de acto legislativo do Governo.

Acresce que este contrato tem de ter prazo certo, em regra a duração de três anos (duração do mandato do gestor — cf. artigo 8.º, n.º 2; poderá excepcionalmente haver contratos com vigência anual).

12. Maiores dificuldades do ponto de vista de fiscalização da constitucionalidade suscita a possibilidade de livre revogação do contrato de gestão por parte do Estado ou da entidade nomeante, sem invocação de qualquer causa justificativa, verificada em processo disciplinar de natureza contraditória.

É certo que o decreto em apreço estatui o princípio da indemnização da parte lesada (o gestor), não podendo, em qualquer caso, a indemnização atribuir ser inferior «ao montante da remuneração correspondente a 6 meses do respectivo vencimento» (contratos com prazo) ou a «36 vezes a respectiva remuneração mensal» (contratos sem prazo).

Mas apesar da «garantia específica» de estabilidade da situação profissional [artigo 25.º, n.º 1, alínea b), do Estatuto]³⁴, o Estado ou a entidade nomeante podem, em qualquer altura, pôr termo, de forma lícita, ao contrato de gestão, sem que exista quanto ao revogante uma obrigação de fundamentação do seu acto unilateral (parece existir, na mente do legislador, o propósito de aplicar aos gestores públicos o regime do Decreto-Lei n.º 356/79, de 31 de Agosto, revogado em Dezembro de 1979 e repostado em vigor pelo Decreto-Lei n.º 10-A/80, de 18 de Fevereiro).

Num sentido lato da expressão, pode dizer-se que o Estado pode livremente «despedir» sem justa causa o gestor público, embora tenha de lhe pagar subsequentemente uma indemnização, cujos montantes mínimos a lei passa a fixar.

Ofenderá materialmente o disposto no artigo 17.º do decreto em apreço qualquer

³¹ Situação completamente diversa é apresentada pela Jugoslávia nesta matéria, devido à sua organização autogestionária: cf. o relatório de B. Trifunovic, in *A Experiência Europeia*, cit., pp. 93 e segs.

³² É, pelo menos, plausível que se entenda recair sobre a empresa em que estiver em funções o gestor, cujo contrato foi revogado nos termos do artigo 17.º, o encargo com o pagamento dessa indemnização, atento o teor do artigo 19.º.

³³ Sobre a problemática dos contratos de trabalho a prazo, vejam-se os pareceres desta Comissão n.ºs 20/79, de 7 de Agosto de 1979, e 20/80, este já atrás citado.

³⁴ Esta garantia «salvo os casos previstos neste Estatuto» tem um conteúdo efectivo na versão ainda em vigor do Estatuto pois, para além da rescisão por justa causa do contrato dos gestores públicos profissionais mediante processo disciplinar (artigos 31.º a 42.º e 49.º), admite-se a faculdade de denúncia pelo mesmo Instituto das Participações do Estado com expressa fundamentação em deficiente aptidão do gestor (artigo 45.º, n.ºs 2 e 3). Quanto aos gestores públicos não profissionais, a denúncia por parte do Estado ou entidade designadamente não se acha contemplada na lei. Ver ainda o artigo 51.º

norma constitucional?

A questão posta é de solução discutível.

Convém ter presente que o artigo 52.º da Constituição dispõe que:

Incumbe ao Estado, através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho, assegurando:

.....
b) A segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos;
.....

Aceitando que o direito de não ser despedido sem justa causa é um direito de todos os trabalhadores, «incluindo os trabalhadores dependentes do Estado, quer como assalariados, quer como funcionários»³⁵, aceitando também que a garantia constitucionalmente estatuída de o Estado possibilitar, através da aplicação de planos de política económica e social, a todos o exercício de um direito ao trabalho deve ser interpretada no seu sentido mais extenso, aceitando finalmente que a celebração do contrato de gestão não é incompatível com a subsistência de um contrato de trabalho de que o gestor seja parte ³⁶, a verdade é que a posição jurídica do gestor público não deve ser considerada inevitavelmente estável, atendendo aos interesses do próprio Estado de ver o sector público administrado da forma mais eficaz e rentável para a comunidade.

Convirá lembrar que existem diversos meios sociais de gestão do sector público, nos termos do artigo 89.º da Constituição. Ora o campo normal de actuação dos gestores públicos é precisamente o de «bens e unidades de produção geridos pelo Estado e por outras pessoas colectivas públicas» [artigo 89.º, n.º 2, alínea a), da Lei Fundamental], sendo certo que, para o sector público, o Plano tem carácter imperativo (artigo 92.º, n.º 1, da Constituição). Dentro destes parâmetros, é fácil de compreender que o Estado deve em qualquer altura poder pôr termo unilateralmente a um contrato de gestão, ainda que tal decisão acarrete o dever de indemnizar relativamente ao gestor afastado. A necessidade de assegurar em cada momento o cumprimento escrupuloso das directivas do Plano e a actuação dos órgãos de gestão segundo os critérios mais adequados à exploração do sector público sobrepõe-se à própria garantia de segurança de emprego ou de ocupação, sem que tal signifique que seja lícito ao Estado actuar de forma arbitrária ou movido por motivos políticos ou ideológicos.

Por estas razões é que não pode qualificar-se de paradoxal ou contraditória a afirmação de que a actividade dos gestores públicos, sendo independente e criadora e, por isso, não subordinada, é também eminentemente dependente dos critérios e directivas que decorrem não só do Plano como também das decisões concretas dos próprios órgãos estatais de tutela ^{37 e 38}.

A lição do direito comparado mostra que os Estados reservam em regra a faculdade de revogação unilateral dos contratos celebrados com os gestores públicos, ainda que se exija em muitos casos a fundamentação da própria decisão revogatória.

Pela mesma ordem de ideias se dirá que a possibilidade de revogação livre por parte do Estado ou entidade designadamente não se configura entre nós e em absoluto como violadora de normas do tipo das do artigo 52.º, alínea b), da Constituição, atentos os preponderantes interesses de gestão do sector público.

³⁵ G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 140.

³⁶ Pode até dizer-se que o contrato de gestão com prazo é compatível com um contrato de trabalho de que o gestor seja parte. A incompatibilidade surge só com o contrato sem prazo em certas circunstâncias (artigo 12.º do decreto).

³⁷ Posição especial assumirão neste contexto os gestores representantes de trabalhadores de empresas do sector público, que venham a exercer funções de gestão, nos termos dos artigos 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro (Lei das Comissões de Trabalhadores). Sobre esta lei, veja-se a crónica do Dr. Brito Correia, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 40.º, pp. 443 e segs., em especial pp. 465-466.

³⁸ O que acaba de dizer-se é posto em relevo pelos autores que se dedicam ao estudo da criminologia socialista. Na verdade, é sabido que em países como a União Soviética, a Hungria, a República Democrática Alemã ou a Jugoslávia os actos de gestão pública lesivos dos interesses do Estado são penalmente sancionados, em casos extremos com a pena de morte ou pesadas penas de prisão. Cf. Prof. Eduardo Correia, «Introdução ao direito penal económico», in *Revista de Direito e Economia*, III, n.º 1, pp. 10-11.

Admite-se, porém, que tal possibilidade de revogação sem precedência de processo disciplinar e sem motivação expressa possa vir a infringir em casos concretos certas normas constitucionais em sectores bem específicos de empresas públicas (por exemplo, meios de comunicação social do Estado, atento o disposto no artigo 39.º da Constituição)³⁹. Dado, porém, o carácter genérico do regime do artigo 17.º do decreto e a existência de legislação especial para este tipo de empresas públicas, entende-se que o artigo 17.º do decreto não é materialmente inconstitucional.

13. Como nota final, dir-se-á apenas que a revogação unilateral do contrato de gestão por parte do Estado ou da entidade nomeante tem sido considerada entre nós, apesar do silêncio do Estatuto vigente, como faculdade lícita por aqueles que qualificam a vinculação do gestor público não profissional como um contrato de prestação de serviço ou um contrato de mandato orgânico, ainda quando se reconheça que «a contratualidade se mistura com concepções orgânico-administrativas»⁴⁰. O raciocínio usualmente feito parte da remissão feita pelo artigo 1156.º do Código Civil para as normas do contrato de mandato, nomeadamente os artigos 1170.º a 1173.º deste diploma legal. Já quanto aos gestores públicos profissionais vem sendo reconhecido que a solução não é tão simples e tem de ser encontrada no âmbito do próprio contrato sem prazo celebrado com o IPE e com expressa referência às garantias conferidas pelo actual Estatuto.

14. Pelo contrário, suscita já sérias dúvidas acerca da sua constitucionalidade orgânica o disposto no artigo 61.º do decreto em apreço, subordinado à epígrafe «tribunais competentes para a resolução dos litígios»:

Os litígios emergentes dos contratos de gestão são da competência do Supremo Tribunal Administrativo.

Encontrando-se a norma transcrita no decreto do Governo, suscita-se a dúvida sobre se foi ou não violado o disposto no artigo 167.º, alínea j), da Constituição, pois que a matéria de atribuição de competência aos tribunais está reservada com exclusivo à Assembleia da República, não se mostrando invocada no decreto em apreço qualquer autorização legislativa emanada deste último órgão, nos termos do artigo 168.º da Lei Fundamental.

Numa primeira análise, parece haver efectivamente violação do citado artigo da Constituição.

15. Terá, porém, de verificar-se se a nova redacção do artigo 61.º é inovadora, já que vem sendo entendido que as normas constitucionais sobre competência e forma não são de aplicação retroactiva, não se tornando, por isso, supervenientemente inconstitucionais normas subordinadas à repartição de competência e formalidades previstas na anterior Constituição, ainda quando repetidas ou reproduzidas em legislação posterior ao novo texto constitucional.

Sobre este ponto, pode desde já dizer-se que é omissa a actual versão do Estatuto, constante do Decreto-Lei n.º 831/76, de 25 de Novembro⁴¹.

Porém, nas Bases Gerais das Empresas Públicas (Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, diploma que iniciou a sua vigência antes da actual Constituição), encontra-se o artigo 46.º que regula a matéria de «tribunais competentes»:

³⁹ Veja-se o que se escreve no ponto 8 do parecer desta Comissão n.º 14/79, de 17 de Maio: «Deve considerar-se contrária ao princípio da independência da RDP e da RTP perante o Governo e a Administração Pública a possibilidade de destituição de órgãos de designação governamental, *livremente e a todo o tempo*, independentemente da invocação de qualquer causa justificativa ou de qualquer procedimento.»

⁴⁰ Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 33/80, atrás citado, n.º 4.

⁴¹ Em matéria disciplinar, o Estatuto limita-se a mandar aplicar aos gestores públicos transitoriamente a legislação disciplinar em vigor para os funcionários públicos (artigo 36.º). No caso de se tratar de gestor público profissional a aguardar colocação, é-lhe aplicável o regime disciplinar do pessoal do Instituto das Participações do Estado. O artigo 42.º prevê um recurso hierárquico da decisão sancionatória para o Conselho de Ministros. A fase contenciosa não é autonomamente regulada.

1 — Salvo o disposto nos números seguintes, compete aos tribunais judiciais o julgamento de todos os litígios em que seja parte uma empresa pública, incluindo as acções para efectivação da responsabilidade civil por actos dos seus órgãos, bem como a apreciação da responsabilidade civil dos titulares desses órgãos para com a respectiva empresa.

2 — São da competência dos tribunais administrativos os julgamentos dos recursos dos actos definitivos e executórios dos órgãos das empresas públicas sujeitas a um regime de direito público, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º, bem como o julgamento das acções sobre validade, interpretação ou execução dos contratos administrativos celebrados por essas mesmas empresas.

Analisando, porém, a disposição legal agora transcrita, parece evidente que o artigo 61.º do decreto em apreço não se limita a reproduzi-la no todo ou em parte, antes se configura como substancialmente inovador.

Com efeito, se bem se reparar, é atribuída competência ao Supremo Tribunal Administrativo para conhecer em primeira instância de todos os litígios decorrentes da celebração de um contrato de que podem ser partes, além do gestor público, o Estado ou outra entidade pública nomeante, autorizada neste caso por aquele (artigo 6.º). Entre os litígios previsivelmente decorrentes da celebração e execução de um contrato de gestão, a sua maioria não terá nada a ver com a problemática do contencioso de anulação de actos administrativos definitivos e executórios praticados por membros do Governo ou tomados por delegação sua, praticados por órgãos dirigentes dos serviços personalizados do Estado dotados de autonomia administrativa (artigo 15.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 40 768, de 8 de Setembro de 1956) ou ainda por órgãos de empresas públicas sujeitas a um regime de direito público⁴².

A maioria dos litígios que surgirão previsivelmente quanto às vicissitudes dos contratos de gestão⁴³ terá de ser decidida através de acções judiciais tendentes a obter uma sentença declarativa, em regra de natureza condenatória. Ora, ao atribuir tais matérias ao contencioso administrativo, pressupõe-se a utilização processual não de um recurso de anulação, mas de uma verdadeira acção, «pedido, feito a um órgão jurisdicional, de uma primeira definição de certeza acerca da existência e do conteúdo da relação jurídica controvertida»⁴⁴.

Sem curar de discutir se os contratos de gestão se poderão ou não qualificar para efeitos de submissão ao contencioso administrativo como contratos administrativos de prestação de serviços⁴⁵, bastará ter presente o disposto no artigo 17.º da Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo para se concluir com segurança acerca do carácter inovador do artigo 61.º do decreto em apreço, na medida em que a competência jurisdicional é atribuída em primeira instância ao Supremo Tribunal Administrativo.

Desta conclusão se parte necessariamente para um corolário: o artigo 61.º do decreto em apreço está ferido de inconstitucionalidade orgânica, por ofensa do disposto na alínea j) do artigo 167.º da Lei Fundamental⁴⁶.

17. Conclusão:

A Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução se deve pronunciar pela inconstitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 366-G/80, em virtude de a nova redacção do artigo 61.º do Estatuto do Gestor Público desrespeitar o disposto no artigo 167.º, alínea j), da Constituição.

⁴² Recordar-se que o estatuto do Instituto das Participações do Estado constante do Decreto-Lei n.º 496/76, de 26 de Junho, não atribui a este Instituto um regime típico de direito público (veja-se o artigo 51.º).

⁴³ Por exemplo, quanto ao montante dos prejuízos indemnizáveis em caso de revogação, ou ao teor da decisão prevista no artigo 18.º do decreto, ou à interpretação das cláusulas de certo contrato.

⁴⁴ Marcello Caetano, *Manual*, cit., II, 8.ª ed., p. 1163.

⁴⁵ Veja-se o disposto no artigo 815.º, § 2.º, do Código Administrativo e sobre este tipo de contrato administrativo Marcello Caetano, *Manual*, cit., I, 10.ª ed., pp. 584 e segs.

⁴⁶ Sobre as consequências da inconstitucionalidade formal ou orgânica de um único artigo de lei ou de uma só norma de um diploma complexo em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, mais gravosas do que na fiscalização a posteriori, veja-se a nota 13 do parecer n.º 27/79, desta Comissão, de 24 de Setembro.

Lisboa e Comissão Constitucional, 21 de Outubro de 1980. —

*Armindo Ribeiro Mendes — José António Fernandes — Jorge de Figueiredo
Dias — Afonso Cabral de Andrade — Rui de Alarcão — Joaquim Costa Aroso — Jorge
Campinos — Fernando Amâncio Ferreira — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 375/80

Nos termos da alínea a) do artigo 146.º e do n.º 4 do artigo 277.º da Constituição, o Conselho da Revolução, precedendo parecer da Comissão Constitucional, pronuncia-se, para os efeitos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 278.º da Constituição, pela inconstitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 366-G/80, em 24 de Junho, que introduz diversas alterações, no estatuto jurídico dos gestores públicos, em virtude de a nova redacção do artigo 61.º desse estatuto desrespeitar o disposto no artigo 167.º, alínea j), da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 23 de Outubro de 1980.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 256, de 5 de Novembro de 1980.)

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS

Decreto registado sob o n.º 366-G/80 no livro de registo de diplomas da Presidência do Conselho

De há muito vem sendo reconhecida a necessidade de se proceder a uma profunda revisão do Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 831/76, de 25 de Novembro, havendo-se já iniciado diversos estudos nesse sentido, que, no entanto, não permitem ainda que se efectue a integral substituição daquele diploma, a qual se encontra dependente da revisão do regime geral das empresas públicas, actualmente também em curso.

Importa, porém, introduzir desde já no regime jurídico a que se encontram sujeitos os gestores públicos algumas correcções mais urgentes, que a experiência da vigência do referido Decreto-Lei n.º 831/76 vem aconselhando.

É o que acontece no que respeita à competência para designar os gestores públicos, que se entende dever deixar de caber ao Conselho de Ministros, ao regime de exercício das suas funções, que se considera conveniente passe a assentar numa base contratual, e aos casos e condições em que é de admitir a acumulação das funções de gestor público com outras actividades de reconhecido interesse público. Considera-se igualmente necessário reintroduzir no Estatuto do Gestor Público algumas disposições que dele foram inexplicavelmente excluídas pela Lei n.º 52/79, de 14 de Setembro.

Se bem que não seja esta ainda a revisão global de que carece o regime legal dos gestores públicos, crê-se que poderá contribuir decisivamente para o tornar mais simples e claro e mais adequado às necessidades do sector público empresarial e para garantir uma maior estabilidade ao vínculo que os liga às empresas públicas e proporcionar-lhes as desejáveis condições de autonomia e responsabilidade.

Nestes termos:

O Governo decreta, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º Os artigos 1.º a 20.º, 23.º, 27.º a 30.º, 57.º, 58.º, 60.º e 61.º do Estatuto do Gestor Público, aprovado pelo

Decreto-Lei n.º 831/76, de 25 de Novembro, passam a ter a seguinte redacção:

Artigo 1.º

(Conceito de gestor público)

Consideram-se gestores públicos os indivíduos incumbidos, em representação do sector público, de desempenho de funções de administradores, gerentes, membros de conselhos de gestão ou de gerência ou de comissões administrativas, delegados do Governo ou de funções de natureza semelhante em empresas que revistam a natureza da empresa pública ou nacionalizada ou a elas equiparadas ou tenham participação no sector público no respectivo capital ou relativamente às quais o Governo tenha, pela lei ou pelos estatutos, a faculdade de designar administradores por parte do Estado.

Artigo 2.º

(Designação de gestores públicos)

1 — Os gestores públicos são designados por despacho do Primeiro-Ministro e do ministro a quem caiba a tutela da respectiva empresa.

2 — Excluem-se do disposto no número precedente o governador e os vice-governadores do Banco de Portugal, que são designados pelo Conselho de Ministros, sob proposta do Ministro das Finanças e do Plano.

Artigo 3.º

(Designação de gestores em empresas participadas)

1 — A designação e exoneração de gestores públicos para as sociedades em cujo capital existam participações do sector público compete às entidades públicas às quais haja legalmente sido confiada a gestão de tais participações.

2 — A designação e exoneração dos gestores carecem de acordo prévio expresso dos Ministros da respectiva tutela, sob pena de nulidade.

3 — A designação concretizar-se-á mediante intervenção das entidades referidas

no n.º 1 deste artigo na assembleia geral ou órgão equivalente, previsto na lei ou nos estatutos da sociedade, onde agirão na qualidade de sócio, sem prejuízo das prerrogativas concedidas ao Estado pelo Código Comercial e legislação complementar.

4 — A designação poderá, ainda, revestir a forma de nomeação, efectuada pelas entidades referidas no n.º 1 deste artigo, sempre que tal se encontre estatutariamente previsto ou que a totalidade do capital da empresa pertença a uma única entidade pública.

5 — Compete às entidades referidas no n.º 1 deste artigo promover a publicação das nomeações e exonerações no Diário da República, produzindo esta publicação todos os efeitos legais, nomeadamente para fins de registo.

6 — Para efeito do disposto neste artigo, consideram-se como participações do sector público as referidas no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 285/77, de 13 de Julho.

Artigo 4.º (Requisitos exigíveis para a designação)

Os gestores públicos deverão ser escolhidos de entre indivíduos que possuam formação técnica e experiência profissional adequadas ao exercício de funções de gestão superior de empresas.

Artigo 5.º (Incapacidades relativas)

1 — Não podem ser designados por entidades do sector público para exercer qualquer dos cargos mencionados no artigo 1.º os sócios e os administradores ou gerentes da própria empresa ou de sociedades concorrentes.

2 — Exceptuam-se do disposto no número anterior a designação para o órgão de administração de sociedades participadas maioritariamente por entidades públicas de membros do órgão de administração de outras sociedades dominadas.

CAPÍTULO II Contrato de gestão

Artigo 6.º (Celebração prévia de contrato de gestão)

1— O exercício das funções de gestor público depende da prévia celebração de um contrato de gestão.

2 — O contrato de gestão pode ser celebrado com o Estado ou qualquer outra pessoa colectiva pública que esteja autorizada a fazê-lo.

3 — A autorização prevista no número anterior deve constar de despacho do Ministro que tutela ou superintende o sector de actividade em que se insira a pessoa colectiva contratante.

4 — Ocorrendo a deliberação social a que se refere o artigo 3.º, o contrato será também celebrado com a empresa pública competente para a designação, quando esta recaia em indivíduo que não se encontre vinculado ao Estado por contrato de gestão, devendo ser autorizado por despacho ministerial, nos casos do n.º 2 do mesmo artigo.

5 — O contrato de gestão será outorgado por parte do Estado pelo Ministro da tutela da respectiva empresa, ou, no caso de contrato de gestão com entidade participante, com o órgão dessa entidade.

Artigo 7.º (Capacidade contratual)

Os contratos de gestão poderão ser celebrados:

- a) Com agentes da administração pública estadual regional, ou autárquica, dos institutos públicos ou trabalhadores de outras empresas públicas ou privadas;
- b) Com quaisquer outros indivíduos, ainda que não ligados por qualquer vínculo de carácter permanente a entidades públicas ou privadas.

Artigo 8.º
(Modalidade do contrato)

1 — O contrato de gestão pode ser celebrado com ou sem prazo.

2 — O contrato com prazo é celebrado por um período igual ao da duração do mandato do gestor, prorrogável uma só vez por igual período, por iniciativa de qualquer das partes e mediante acordo mútuo.

3 — Em casos excepcionais, devidamente justificados pela entidade competente para a nomeação, poderão ser celebrados contratos a prazo, por um ano, não podendo, porém, a prorrogação prevista no número anterior ser efectuada por período inferior a três anos.

4 — Findo o período de prorrogação, a manutenção da qualidade de gestor público depende de celebração de contrato sem prazo.

Artigo 9.º
(Celebração obrigatória de contrato sem prazo)

Excepto no caso do n.º 3 do artigo anterior, não poderá o Estado ou a entidade pública a que o gestor estiver vinculado por contrato de gestão recusar a celebração do contrato sem prazo quando tal seja solicitado por quem haja exercido funções de gestor público, em regime de contrato com prazo, pelo período mínimo de seis anos.

Artigo 10.º
(Forma e conteúdo obrigatório do contrato)

1 — O contrato de gestão será reduzido a escrito, dele devendo constar obrigatoriamente os seguintes elementos:

- a) Prazo, no caso de se tratar de contratos com prazo;
- b) Actividade a prestar pelo gestor;
- c) Remuneração;
- d) Lugar de prestação da actividade;
- e) Regime de deslocação;
- f) Regime de férias;
- g) Regime de previdência e seguros;
- h) Protecção no caso de doença e de acidentes ocorridos no exercício da actividade;
- i) Formação;
- j) Suspensão e cessação do contrato;
- l) Indemnização no caso de revogação não fundamentada por parte do Estado.

2 — Os contratos não poderão, sob pena de invalidade das respectivas cláusulas, estabelecer condições inferiores às previstas no presente decreto-lei.

3 — O Governo, ouvidas as associações representativas dos gestores públicos, poderá promover a adopção de um contrato-tipo a aprovar por portaria.

Artigo 11.º
(Requisição)

1 — A celebração de contrato de gestão com agentes da administração pública estadual, regional ou autárquica, dos institutos públicos ou trabalhadores de empresas públicas será sempre precedida de requisição à entidade à qual o mesmo se encontrar vinculado.

2 — Poderão ainda ser requisitados trabalhadores de empresas privadas para desempenharem funções de gestor público.

3 — A requisição depende de acordo do interessado e de autorização do Ministério, da autarquia local, do instituto público ou da empresa de que dependa o trabalhador.

4 — A falta de acordo dos dirigentes dos institutos públicos ou das empresas públicas pode ser suprida por despacho do ministro que sobre os mesmos exercer poderes de superintendência.

5 — Aos gestores que desempenhem as suas funções em regime de requisição

será contado para todos os efeitos legais, como prestado no quadro de origem, o tempo de serviço prestado na nova situação.

Artigo 12.º
(Caducidade de vínculos anteriores)

A celebração de contrato sem prazo com trabalhadores de empresas privadas, excepto quando os mesmos hajam sido requisitados ao abrigo do n.º 2 do artigo 11.º, determina a caducidade do vínculo anterior entre a empresa e o trabalhador sem dependência de qualquer autorização ou aviso prévio.

Artigo 13.º
(Designação para outras funções)

1 — Os gestores públicos podem ser designados para:
a) Exercer funções de gestor em qualquer empresa;
b) Mediante acordo prévio com o interessado, exercer, no sector público, funções compatíveis com a sua formação e experiência, ainda que não directamente ligadas à gestão de empresas, desde que de nível idêntico às anteriormente desempenhadas.

2 — As designações feitas de acordo com o número anterior não poderão implicar diminuição de remuneração ou de quaisquer direitos ou regalias, nem mudança de local de actividade do gestor para um concelho não limítrofe, salvo com a sua concordância.

3 — A mudança de local de actividade confere ao gestor o direito de receber um subsídio de deslocação, destinado a fazer face a encargos suportados com a mudança de residência.

Artigo 14.º
(Transferência a pedido do gestor)

Os gestores que hajam exercido funções na mesma empresa durante três mandatos seguidos ou, se a duração do mandato for inferior a três anos, dez anos consecutivos, poderão, antes de expirado o último mandato, requerer a sua transferência para outra empresa.

Artigo 15.º
(Transferências pela entidade designante)

1 — Durante o período de vigência do contrato de gestão poderá o Estado ou a entidade pública que o haja designado transferir o gestor para outra empresa.

2 — No caso previsto no número anterior, se o contrato de gestão houver sido celebrado com prazo, considerar-se-á este prorrogado pelo tempo necessário para completar o mandato do gestor na empresa para que for transferido.

Artigo 16.º
(Denúncia do contrato com prazo)

Qualquer das partes poderá comunicar à outra, por escrito, com a antecedência mínima de três meses sobre o termo do período inicial ou da sua prorrogação, que não deseja renovar o contrato de gestão.

Artigo 17.º
(Revogação do contrato por parte do Estado)

1 — O Estado ou a entidade pública nomeante poderá em qualquer momento revogar o contrato.

2 — A competência para a revogação pertence ao Primeiro-Ministro e ao Ministro da tutela, ou ao órgão de gestão da entidade pública nomeante, precedido de autorização do Ministro da tutela, no caso de se tratar de contrato celebrado entre o gestor e outra entidade que revoga.

3 — A revogação do contrato a prazo pelo Estado ou pela entidade pública com competência para a designação do gestor confere a este o direito a uma indemnização nunca inferior ao montante da remuneração correspondente a seis meses do respectivo vencimento.

4 — A revogação do contrato sem prazo pelo Estado ou pela entidade pública com competência para a designação do gestor confere ao gestor o direito a uma indemnização nunca inferior a 36 vezes a respectiva remuneração mensal.

Artigo 18.º
(Resolução fundamentada do contrato de gestão)

1 — O contrato de gestão, com ou sem prazo, poderá ser resolvido pelo Estado, ou pela entidade pública com quem o contrato haja sido celebrado, com o fundamento nos seguintes factos:

- a) Violação grave do estatuto da empresa em que o gestor desempenhe funções;
- b) Incumprimento repetido de orientações genéricas formuladas pelo Governo, ou pelo órgão de gestão da entidade pública nomeante.

2 — A resolução do contrato será precedida obrigatoriamente de audiência do gestor e das organizações respectivas dos gestores públicos.

3 — A competência para a resolução do contrato pertence ao Primeiro-Ministro e ao Ministro da tutela da respectiva empresa.

4 — No caso de a nomeação do gestor ter sido feita por empresa pública, a proposta de resolução do contrato será apresentada por esta ao respectivo Ministro da tutela.

5 — A resolução do contrato ao abrigo deste artigo não confere ao gestor o direito a qualquer indemnização.

Artigo 19.º
(Encargos com a remuneração)

É da responsabilidade da empresa em que o gestor estiver a exercer funções a satisfação das remunerações e demais prestações a que o mesmo tiver direito nos termos deste Estatuto e do contrato de gestão.

Artigo 20.º
(Regime geral de suspensão e cessação do contrato)

Sem prejuízo do especialmente disposto no presente Estatuto, aplicar-se-á respectivamente, quanto à suspensão e cessação do contrato de gestão o regime geral da lei do contrato individual de trabalho.

Artigo 23.º
(Regime do exercício das funções)

1 — As funções de gestor público são exercidas em tempo inteiro, excepto quando os estatutos da empresa estabeleçam, por razões de representação, ou outras, a existência de membros dos órgãos de gestão em regime de tempo parcial.

2 — O disposto no número anterior não impede:

- a) Que a entidade nomeante expressamente autorize a eventual acumulação com funções afins ou convergentes ou o exercício de funções em mais de uma empresa para assegurar a coordenação entre empresas ou sectores de actividade;
- b) A acumulação das funções de gestor público com o exercício de funções docentes ou de investigação no ensino superior, ou a elas equiparadas;
- c) A acumulação, em casos especiais, com outras funções compatíveis, mediante autorização expressa do Primeiro-Ministro e do Ministro da tutela da respectiva empresa.

3 — No caso da alínea d) do número anterior, não é permitida a acumulação de remunerações.

CAPÍTULO IV

Retribuição

Artigo 27.º

(Fixação de remunerações)

1 — As remunerações dos gestores públicos são estabelecidas tendo em atenção o nível das empresas em que exerçam a sua actividade e a responsabilidade das funções que lhes sejam cometidas no âmbito dos órgãos de gestão.

2 — No caso de empresas com problemas especiais, a remuneração dos respectivos gestores será estabelecida de modo a contemplar as acrescidas dificuldades de gestão.

3 — Compete ao Conselho de Ministros, ouvidas as organizações representativas dos gestores públicos, definir os critérios a observar na fixação de remunerações.

Artigo 28.º

(Férias e subsídios de férias)

Os gestores públicos têm direito a trinta dias de férias anuais e ao correspondente subsídio de férias.

Artigo 29.º

(Subsídio de Natal e outros benefícios sociais)

1 — Os gestores públicos têm direito a receber no mês de Dezembro uma gratificação de Natal de montante equivalente ao da remuneração mensal que então auferiram.

2 — Os gestores públicos têm, ainda, direito aos benefícios sociais atribuídos aos trabalhadores da empresa em que desempenham funções.

Artigo 30.º

(Aplicação automática de regalias)

1 — São automaticamente aplicáveis a todos os gestores públicos as disposições genéricas que atribuam direitos, benefícios, compensações ou regalias a gestores de qualquer ramo, actividade ou sector económico, seja qual for a forma que as mesmas revistam.

2 — Exceptuam-se do disposto no número anterior a atribuição de direitos, benefícios, compensações ou regalias que resultem da mera extensão aos gestores de uma dada empresa de normas aplicáveis à generalidade dos seus trabalhadores.

CAPÍTULO V

Disposições finais e transitórias

Artigo 57.º

(Gestão de pequenas e médias empresas)

1 — Aos gestores designados pela Administração para empresas excluídas da previsão da parte final do artigo 1.º é aplicável o presente estatuto, salvo no que respeita à respectiva nomeação, que caberá ao instituto a que compete a orientação dessas empresas, e à remuneração, que será fixada pelo mesmo instituto, dentro do critério geral fixado pelo respectivo Ministro da tutela.

2 — No caso das empresas e gestores referidos no número anterior, entende-se deferida ao instituto aí mencionado a competência fixada no presente Estatuto para o Ministro da tutela e órgãos das empresas participantes.

Artigo 58.º

(Segurança social)

1 — Os gestores públicos ficam abrangidos pelo regime geral da previdência social, sem prejuízo da opção pelo regime aplicável aos subscritores da Caixa Geral de Aposentações daqueles que tiverem a qualidade de subscritores da mesma à data da celebração do contrato de gestão.

2 — A pedido do gestor subscritor da Caixa Geral de Aposentações que não tiver optado pela continuação deste regime, a referida Caixa procederá à transferência para as instituições de previdência social das verbas descontadas pelo gestor, sendo contado para efeito do cálculo da pensão de reforma todo o tempo durante o qual contribuíram para aquela Caixa.

3 — No caso de o gestor público optar pela manutenção da inscrição da Caixa Geral de Aposentações, as contribuições incidirão sobre a remuneração que aufera como gestor público, sendo a pensão de aposentações calculada com base nela.

4 — Os gestores públicos ficam sujeitos à legislação relativa à acumulação de pensões de reforma.

Artigo 60.º (Formação)

1 — E garantido aos gestores públicos o direito ao aperfeiçoamento profissional mediante a participação nas acções de formação que se mostrem adequadas, designadamente a frequência de cursos, estágios, ou seminários no País ou no estrangeiro.

2 — O Instituto das Participações do Estado, através dos seus serviços próprios, elaborará planos de formação e promoverá a participação dos gestores em acções neles incluídas.

3 — Os gestores públicos que tenham celebrado contrato de gestão sem prazo terão direito, por cada três anos de desempenho de funções, a um período de formação de, pelo menos, um mês, sem prejuízo da sua remuneração, salvo se razões imperiosas, reconhecidas por despacho do Ministro da tutela, o impedirem.

4 — Para efeitos do número anterior, será contado o tempo em que hajam sido exercidas funções de gestor público antes da celebração do contrato.

Artigo 61.º (Tribunais competentes para a resolução dos litígios)

Os litígios emergentes dos contratos de gestão são da competência do Supremo Tribunal Administrativo.

Art. 2.º E aditado ao Estatuto do Gestor Público um artigo 62.º com a seguinte redacção:

Artigo 62.º (Cadastro)

O Instituto das Participações do Estado organizará uma relação nominal dos gestores públicos com indicação dos cargos exercidos na administração pública, funções desempenhadas em empresas públicas ou privadas, habilitações académicas, cursos, estágios e seminários frequentados e quaisquer outros elementos de informação relevantes.

Art. 3.º O capítulo IV, «Deveres e garantias dos gestores», do Estatuto do Gestor Público, passa a capítulo tu, com a seguinte epígrafe «Deveres e direitos dos gestores».

Art. 4.º São revogados os artigos 21.º e 35.º a 56.º do Estatuto do Gestor Público, bem como os respectivos anexos I e II.

Art. 5.º — 1 — Os gestores públicos em funções à data da entrada em vigor do presente decreto-lei poderão optar, no prazo de sessenta dias, pela celebração de um contrato de gestão com prazo ou pela manutenção do seu actual regime, até ao termo do respectivo mandato.

2 — Para os gestores que contem menos de três anos de exercício de funções, os contratos serão obrigatoriamente celebrados pelo prazo necessário para completar aquele período, findo o qual as partes poderão acordar a prorrogação do contrato a prazo pelo período de três anos.

3 — Os contratos de gestão celebrados ao abrigo dos números anteriores não poderão conter disposições mais desfavoráveis do que as que vigoram à data da publicação deste diploma, designadamente quanto a remunerações, direitos e regalias.

4 — No caso de o contrato não ser celebrado no prazo de trinta dias depois de requerido, aplicar-se-á o contrato-tipo a que se refere o n.º 3 do artigo 10.º do Estatuto do Gestor Público, sem prejuízo do disposto no número anterior.

5 — Para efeitos deste artigo será contado o tempo prestado em comissões

administrativas, comissões de gestão ou órgãos equivalentes.

Art. 6.º Enquanto não forem fixados os critérios previstos no n.º 3 do artigo 27.º do Estatuto do Gestor Público, continuarão a observar-se os vigentes à data da entrada em vigor deste diploma.

Art. 7.º Este decreto-lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 32/80

Princípio da proporcionalidade das sanções criminais — Princípio nullum crimen sine lege — Instituto da custódia — Direito à liberdade e segurança — Prisão preventiva.

Por S. Exa o Presidente da República, foi requerido ao Conselho da Revolução, ao abrigo do disposto no artigo 277.º, n.º 4, da Constituição, que apreciasse a constitucionalidade do projecto de decreto-lei registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 486-G/80, o qual introduz alterações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal.

De harmonia com a alínea a) do artigo 284.º da Constituição e com a alínea c) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, foi a Comissão Constitucional chamada a emitir parecer.

1. Objectivo e propósitos do Governo. — Com o projecto de decreto-lei em análise, o Governo, através do Ministério da Justiça e no uso de uma autorização legislativa (Lei n.º 25/80, de 26 de Julho), teve em vista introduzir alterações na área do direito penal e processual penal, com especial relevo no sector da criminalidade violenta e, muito particularmente, das actividades ditas terroristas.

Foi seu propósito responder assim às novas exigências sócio-criminais, numa área tão sensível como a indicada, exigências que aliás vêm obtendo resposta legislativa em muitos outros países, mormente no «espaço jurídico europeu», como é, v. g., o caso da República Federal da Alemanha, da Itália, da Espanha e da Grécia. Mas, segundo se assinala expressamente no relatório que antecede o texto do projecto, foi desígnio do Governo encarar as coisas com «ponderado comedimento» e ser «de extrema prudência quanto à adopção de critérios e medidas que a circunstância portuguesa não justificará, por certo, pelo menos em prazo previsível».

2. Enunciado das novas providências:

a) Em matéria penal:

As providências legais visadas no projecto de decreto-lei em apreço são numerosas e importantes. Não vamos aqui dilucidá-las, pois o tempo de *fiscalização preventiva* da constitucionalidade não nos consente delongas. Apresentaremos tão-somente um elenco das medidas propostas, de modo a que se possa, de imediato, compreender, no essencial, o sentido e alcance do decreto-lei em causa e ver assim facilitada a abordagem das questões que especificamente nos cumpre apreciar, ou seja, dos problemas de compatibilização ou incompatibilização daquelas medidas com a Lei Fundamental.

As medidas ou providências em questão situam-se tanto no campo do direito substantivo como no do direito processual e representam alterações a introduzir quer no Código Penal, quer no Código de Processo Penal⁴⁷.

No primeiro caso, estão os artigos 1.º a 6.º do decreto-lei. No segundo, os artigos 7.º a 13.º⁴⁸.

Indicaremos, primeiramente, as modificações introduzidas no âmbito do direito material, ou seja, as modificações caracterizadamente penais ou criminais.

Essas modificações traduzem-se na alteração dos artigos 143.º, 159.º, 165.º, 169.º, 171.º, 173.º, 174.º, 176.º, 330.º, 331.º, 332.º, 445.º, 463.º, 464.º, 472.º e 478.º do Código Penal, e no acrescentamento ao mesmo Código dos artigos 162.º-A, 173.º-A, 332.º-A e 332.º-B. Em todos eles o legislador move-se dentro de tipos legais de crimes já existentes. A mais disso, são criados novos tipos de crime — e a tanto se destinam os artigos 3.º a 6.º do decreto-lei.

Quanto às mencionadas alterações, elas envolvem o reforço da tutela penal

⁴⁷ E ainda na respectiva legislação complementar.

⁴⁸ O artigo 14.º — e último — do decreto-lei limita-se a estabelecer que o diploma entrará em vigor no dia imediato ao da sua publicação.

através de uma reformulação da tipologia e/ou do agravamento das penas⁴⁹, nas seguintes situações:

- a) Mercenários (artigo 143.º);
- b) Crimes contra autoridades estrangeiras quando se encontrem em Portugal, designadamente no tocante a diplomatas (e suas famílias) (artigo 159.º);
- c) Ofensas ao Presidente da República ou a membros de outros órgãos de soberania (artigo 165.º);
- d) Actos equiparados à rebelião (artigo 169.º);
- e) Instigação ou provocação à prática de crimes contra a segurança do Estado (artigo 171.º);
- f) Associação de malfeitores (artigo 173.º);
- g) Instigação ou provocação à desobediência colectiva (artigo 174.º);
- h) Cárcere privado (artigos 330.º e 331.º);
- i) Rapto ou tomada de reféns (artigo 332.º);
- j) Invasão ou ocupação de imóvel, ou perturbação da sua posse ou exploração (artigo 445.º);
- k) Fogo posto (artigos 463.º e 464.º);
- l) Danos em edificações, vias e meios de comunicação, e sabotagem de veículos (artigo 472.º);
- m) Danificação por meio de assuada, substância venenosa ou corrosiva, violência para com as pessoas ou meios perigosos (artigo 478.º).

Pelo que toca ao *acrescentamento* aludido, diz ele respeito a:

- a) Crimes contra a segurança da aviação civil (artigo 162.º-A);
- b) Terrorismo (artigo 173.º-A);
- c) Cárcere privado e rapto (artigos 332.º-A e 332.º-B).

Finalmente, no tocante a *novos tipos* legais de crime, são eles:

- a) A adulteração de alimentos ou águas destinados a consumo humano (artigos 3.º e 5.º do projecto de decreto-lei);
- b) Libertação de gases tóxicos ou asfíxiantes (artigos 4.º e 5.º);
- c) Desrespeito da República e de símbolos de soberania (artigo 6.º).

3. *Continuação:*

b) *Em processo penal:*

Passando à matéria de processo criminal, salientaremos que o projecto de decreto-lei em apreciação começa, no artigo 7.º, por determinar alterações nos artigos 159.º, 273.º, 308.º e 311.º do Código de Processo Penal, alterações essas relativas, respectivamente, à realização de diligências pela Polícia Judiciária mediante solicitação do juiz de instrução, à libertação provisória do arguido, à prorrogação do prazo da prisão preventiva e, finalmente, à apresentação do detido, pela Polícia Judiciária, a qualquer juiz de instrução, em ordem a conhecer da legalidade de medidas restritivas da liberdade.

Em seguida, o decreto-lei dá, no artigo 8.º, nova redacção ao artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, facilitando assim a efectuação de certos actos instrutórios sem a presença do juiz.

Os artigos 9.º e 10.º do decreto-lei introduzem no direito português o instituto da custódia (disposição ou manutenção sob custódia), também conhecido por guarda à vista («*garde à vue*») ⁵⁰. Trata-se de uma das mais importantes inovações do diploma em causa, a qual, pelo seu relevo e pelos problemas que levanta em matéria de constitucionalidade, vai adiante ser considerada com alguma detenção.

⁴⁹ Providência diferente é a que consta do artigo 176.º, § 2.º (ver também o artigo 332.º-B), onde se incentiva a desistência e a denúncia do crime, através da atenuação ou mesmo da isenção da pena.

⁵⁰ Instituto de natureza diferente, que de nenhum modo pode confundir-se com este, é a «custódia» a que se referem os artigos 91.º, § 3.º, e 93.º, II, do Código de Processo Penal, bem como o artigo 629.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

Nos restantes preceitos do projecto de decreto-lei, consagra-se a possibilidade de exigência de identificação dos cidadãos por parte da Polícia Judiciária (artigo 11.º), sanciona-se a recusa de fornecimento de certas informações ou elementos (artigo 12.º) e, por último, determina-se a revogação do n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 364/77, de 2 de Setembro, e a aplicação da regra do corpo do artigo 311.º do Código de Processo Penal (artigo 13.º).

4. *Relance crítico.* — Tal é, em jeito esquemático, o quadro das providências que, em matéria penal e de processo penal, o Governo pretende tomar.

E em presença do fenómeno, hoje tão impressionante, do envelhecimento dos Códigos, face a uma dinâmica social em acentuada aceleração, não se negará certamente a oportunidade, mesmo a necessidade, de mudar soluções e textos legislativos que não respondem mais, obviamente, àquilo que o presente e o próximo futuro reclamam. Oportunidade ou necessidade que, na área do direito criminal e na do respectivo processo, mais avultam, dada a ancianidade dos textos legais de base.

Por isso é que a ideia de uma global e profunda reforma desses textos vem sendo afirmada desde há muito, devendo destacar-se, a este propósito, o Projecto de Código Penal do Prof. Eduardo Correia⁵¹ e ⁵².

Pelo que especialmente toca à criminalidade violenta e ao terrorismo⁵³ — aspectos a que o projecto de decreto-lei em apreço não se circunscreve, mas que têm um peso decisivo na sua génese e na sua economia —, afigura-se também clara a urgência de achar, para tanto, algum remédio no plano legislativo. A violência, nomeadamente a que se expressa no terrorismo, assumiu nos nossos dias, mais ou menos por todo o lado, um significado e um relevo tais que o Estado não pode descurar o direito e o dever de intervir em defesa da sociedade civil.

Tratando-se, porém, de um Estado de direito democrático, surgem para a actividade estadual, neste sector, fortes barreiras e limitações. E não só, aliás, por imperativos ético-constitucionais. Mas também para fugir a uma dialéctica em que a violência atrai a violência, em que a violência «legal» potencia a das forças anti-Estado e esta faz redobrar aquela, assistindo-se assim a uma «curiosa síntese entre a lei e o desencadeamento da violência»⁵⁴. Em nome da não violência e do antiterrorismo há, pois, que fugir ao próprio «terrorismo do Estado» — nem «terrorismo contra o Estado», nem «terrorismo do Estado»⁵⁵.

⁵¹ Eduardo Correia, *Código Penal* — Projecto da Parte Geral, 1963, e *Projecto da Parte Especial*, 1966.

⁵² O aludido projecto, no tocante à Parte geral, esteve na base da proposta de lei n.º 117/I: ver *Diário da Assembleia da República*, suplemento ao n.º 136, de 28 de Julho de 1980, pp. 4926-(1) e segs. Confirma-se também a proposta de lei n.º 221/I, no *Diário cit.*, 2.ª série, n.º 35, de 21 de Fevereiro de 1979, pp. 658 e segs.

Pelo que respeita à Parte especial, veja-se o projecto publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, pp. 5 e segs.

⁵³ O que seja «terrorismo» é ponto muito controvertido. Na Convenção Europeia para a Repressão do Terrorismo, emanada do Conselho da Europa em 27 de Janeiro de 1977 («Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme», Série des Traités Européens, n.º 90) — e que aliás não entrou em vigor —, sem se definir o que é o «terrorismo», enuncia-se (artigos 1.º e 2.º) uma série de condutas que caem sob o conceito de «actos de terrorismo» e que, por isso mesmo, não são havidas (artigo 1.º) ou podem não ser havidas (artigo 2.º), pelos Estados signatários, para efeito de extradição, «como uma infracção política, como uma infracção conexa a uma infracção política ou como uma infracção inspirada por motivos políticos».

⁵⁴ Yves Michaud, *Violence et Politique*, 1978, p. 172.

⁵⁵ Cf. Robert Schmelck e Georges Picca, «L'État face au terrorisme», in *Pouvoirs*, 1979, n.º 10, p. 53.

Noutro ponto do seu estudo (p. 60), os autores citados escrevem, na mesma linha de pensamento que exprimimos no texto: «O terrorismo arma uma ratoeira aos Estados: reagirem em termos de renunciarem, sob a pressão dos acontecimentos e do perigo que eles representam, aos valores de que se reclamam. Os países que sofrem particularmente com o terrorismo souberam, em geral, resistir à tentação de criar um direito de excepção para o reprimir. Assim, nos países onde a pena de morte fora abolida, ela não foi restabelecida para os actos de terrorismo, salvo, recentemente, em Israel. Se algumas modificações foram introduzidas no processo penal, para garantir uma maior segurança, tais modificações mostram-se aplicáveis a todos os processos de direito comum.»

E mais adiante (pp. 63-64): «[...] responder ao ataque da violência mediante uma defesa que se tornaria ela própria violenta, faria o jogo do terrorismo. Mas não será também fazer o jogo do terrorismo ceder à sua chantagem? [...] Entre estas duas atitudes extremas, deve haver lugar para uma via média que não exclua o respeito do ideal humanitário nem a preocupação da eficácia. A firmeza não conduz necessariamente ao excesso, desde que o poder conserve o seu sangue-frio e o juiz a sua serenidade».

Os apontados imperativos do Estado de direito democrático correspondem ao perfil da Constituição portuguesa ⁵⁶, a qual, designadamente e como é sabido, exprime um profundo empenhamento na protecção dos «direitos fundamentais», em especial dos chamados «direitos, liberdades e garantias»⁵⁷.

É neste contexto, por conseguinte, que deve inserir-se o projecto de decreto-lei cuja constitucionalidade ora se discute. Projecto que, de resto e como já se viu ⁵⁸ revela, no seu preâmbulo, a preocupação de respeitar aqueles imperativos.

5. Continuação. — Mas tê-los-á efectivamente respeitado? Terá, em suma, o Governo observado inteiramente a Lei Fundamental?

A proposta legislativa de que resultou o projecto de decreto-lei que temos em apreciação e que foi apresentada à Assembleia da República em vista de uma autorização legislativa ⁵⁹, provocou vivas críticas. Críticas essas que se expressaram sobretudo no debate parlamentar e foram quase exclusivamente encabeçadas por diversos deputados da oposição ao Governo (PS, PCP e UDP) ⁶⁰.

As críticas que então foram feitas no Parlamento, e outras que entretanto surgiram ou podem conjecturar-se, reconduzem-se, pelo menos na perspectiva que interessa a um eventual juízo de inconstitucionalidade, a três tópicos fundamentais: excessiva indeterminação de alguns tipos de crime; punição desproporcionada de certas condutas criminosas; inconstitucionalidade da mais vistosa medida do decreto-lei, ou seja, do instituto da custódia ou *garde à vue*.

6. A perspectiva da inconstitucionalidade. — Por fundadas razões — até de tempo — não vamos considerar detidamente todas as críticas que ao decreto-lei foram ou podem ser dirigidas. Só nos importa, verdadeiramente, o aspecto da conformidade ou desconformidade, relativamente à Constituição, do regime contido no diploma em análise. Só nos interessa directamente, afinal, verificar se algum ou alguns dos preceitos ou soluções do decreto-lei está ferido de inconstitucionalidade ou, ao invés, se apresenta correcto *sub specie constitutionis*.

Note-se, desde já, que a inconstitucionalidade, a existir, será do tipo da inconstitucionalidade material. Na verdade, não se confirma, no caso, a existência de qualquer vício formal ou orgânico que, em definitivo, determine a inconstitucionalidade do diploma sob o ponto de vista destas duas outras formas de inconstitucionalidade.

Note-se ainda que, no plano da não constitucionalidade material, só nos parece poder pôr-se algum problema no tocante à já falada *custódia* e à *indeterminação de alguns tipos de crime*.

Com efeito, na análise a que procedemos — e deixando agora de lado os dois pontos acabados de mencionar — não detectámos qualquer inconstitucionalidade, embora sejam cabidas reservas ou críticas quanto ao acerto de algumas soluções. O eventual desacerto dessas soluções não as inquirará, pois, de inconstitucionalidade.

Isto se diga, nomeadamente, no tocante à punição excessiva de algumas condutas criminosas.

Não se desconhece, na verdade, que a moderação no *ius puniendi* é um tópico fundamental do direito criminal dos nossos dias e que igualmente o é o princípio da proporcionalidade das sanções criminais, isto é, «o princípio de que as reacções devem ser adequadas à gravidade das actividades delituosas»⁶¹, directiva esta que aliás aflora na

⁵⁶ Cf. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976 — Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, 1978, pp. 473 e segs., especialmente n.º 118.

⁵⁷ Ver, por todos, Jorge Miranda, *cit.*, pp. 302 e segs.

⁵⁸ *Supra*, n.º 1.

⁵⁹ Proposta de lei n.º 349/1, inserta no *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série, n.º 71, de 14 de Junho de 1980, pp. 1173 e segs.

⁶⁰ Veja-se o *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 72, de 28 de Junho de 1980, pp. 3548 e segs.

⁶¹ Eduardo Correia, *Introdução ao Direito Penal Económico*, p. 14 (separata da *Revista de Direito e Economia*, 1977, n.º 1).

Constituição, como se infere do artigo 88, n.º 1⁶².

Só que, e como se depreende nomeadamente do artigo 30.º, a Constituição deixa «um amplo campo à discricionariedade legislativa em matéria de definição das penas», e a mesma afirmação vale para «os efeitos das penas»⁶³.

Ora, a nosso ver — e tanto quanto o permite um juízo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, de sua natureza não exauriente —, no diploma em apreço não se descortinam casos em que o excesso da pena seja gritante e clamoroso — *rectius*: em que a medida legal da pena se mostre de todo infundada e sem vislumbre de fundamento material. Pelo que deverá concluir-se que, no decreto-lei em apreço, as punições, ainda que uma ou outra vez exorbitando do que seria razoável, não parece entrarem nunca, por esta via, na senda da inconstitucionalidade.

7. Indeterminação relativa a certos tipos legais de crime. — A idêntica conclusão nos parece igualmente dever chegar-se quanto à alegada indeterminação de alguns tipos legais de crime.

Ninguém pode ser punido por uma conduta criminosa sem lei que previamente estabeleça a respectiva incriminação (*nullum crimen sine lege*: cf. Constituição, artigo 29.º, n.º 1; vide artigos 1.º, 5.º, 6.º e 18.º do Código Penal), só havendo, pois, crime se a conduta de que se trata corresponder a um tipo legalmente previsto na legislação (princípio da tipicidade). Assim o requer a necessidade de impedir o arbítrio e assegurar a certeza do direito, e de, em último termo, tutelar a liberdade e a segurança individual.

Tal conclusão envolve a ideia de que o preceito incriminador tem de determinar as respectivas condutas, assim qualificadas de criminosas⁶⁴. O que não significa que essa determinação deva ser absoluta ou rigorosamente precisa, descendo às últimas consequências ou especificações. Pois, se é certo que, em matéria penal, e atendendo aos apontados objectos, se requer em princípio grande precisão ou rigor na descrição das condutas delituais, fugindo-se assim dos preceitos «abertos» para as disposições «fechadas»⁶⁵, não é menos verdade que se admite, em medida maior ou menor, uma certa elasticidade dos tipos criminais, uma relativa indeterminação desses ou de alguns desses tipos.

Semelhante orientação — que faz o seu caminho em matéria penal, como o faz, e de uma forma bem mais arrojada, noutras áreas do direito, v. g., no direito civil — corresponde, em alguma medida, a uma verdadeira necessidade, a algo que a «natureza das coisas» não dispensa. Muitas outras vezes, contudo, responde antes a uma conveniência político-legislativa, que o moderno pensamento jurídico reclama, sobretudo agora em que cada vez mais se faz apelo ao papel criador do juiz, o qual, sendo «súbdito» da legislação, não deverá ser apenas «a boca que pronuncia as palavras da lei» (Montesquieu), mas também a mente que a recria e vivifica, sendo por isso igualmente «senhor» dela.

Ora, na linha da apontada orientação tem-se questionado até onde pode ir a indeterminação ou flexibilidade normativa no sector em causa, chegando os autores a falar de incriminações em que apenas se alude à designação da conduta (*nomen delicti*), de delitos inominados e de preceitos penais incriminadores que operam através de cláusulas gerais⁶⁶.

Não vamos, obviamente, versar ou focar este ponto, que não é reclamado pelos objectivos do presente parecer. Mas cumpre dizer — isso, sim — que uma relativa indeterminação dos tipos legais de crime pode mostrar-se justificada, sem no entanto se violarem os aludidos princípios da legalidade e tipicidade, uma vez que se não saia da órbita daquilo que razoavelmente pode exigir-se em rigor descritivo ou limitativo, de molde a não

⁶² Cf. *idem*, cit., pp. 14-15.

⁶³ A transcrição é de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa* Anotada, 1978, p. 97.

⁶⁴ «E preciso [. . .] que os sistemas jurídico-criminais formulem de maneira tanto quanto possível exacta os seus juízos de valor. A valoração jurídico-criminal não pode ser deixada ao arbítrio do juiz, mas deve ser formulada de maneira quanto possível precisa» (Eduardo Correia, *Direito Criminal*, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, 1971, p. 275).

⁶⁵ Ver Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução de J. Sousa e Brito e J. A. Veloso), 1978, p. 544.

⁶⁶ Cf. P. Giuseppe Grasso, *II Principio «Nullum Crimen Sine Lege» nella Costituzione Italiana*, 1972, p. 170.

esvaziar de conteúdo a garantia consubstanciada naqueles princípios ⁶⁷.

Na linha das considerações que vimos fazendo, já a Comissão Constitucional, de resto, teve ocasião de se pronunciar. Referimo-nos ao parecer n.º 19/78, de 24 de Agosto ^{68 e}
⁶⁹.

8. Aplicadas estas ideias ao caso vertente, e feita sempre a reserva de que nos movemos no quadro de uma fiscalização preventiva da constitucionalidade, com os limites inerentes, não cremos que na tipificação das condutas criminosas feita pelo projecto de decreto-lei registado sob o n.º 486-G/80 se vá até fórmulas dotadas de tal amplitude, vaguidade ou indeterminação que a garantia constitucional da legalidade e tipicidade das sanções criminais resulte violada. Também por esta via, pois, se não chegará à inconstitucionalidade (material).

Isto se diga designadamente, do artigo 445.º e seu § único, do Código Penal ⁷⁰. A regulamentação nele contida, que foi das mais atacadas, se não mesmo a mais atacada, mormente no debate parlamentar, revela, na formulação que nos é presente, uma melhoria muito sensível em relação ao texto da proposta de lei atrás citada. Mas continua, a nosso ver, a ser passível de sérias críticas, sobretudo em relação à matéria do § único, e isso quer no tocante à tipificação dos meios quer relativamente ao elemento intencional. Nada disso, porém, coloca o preceito na área da inconstitucionalidade.

⁶⁷ Isto será tanto mais assim quanto é verdade haver de contar com o relevante papel da doutrina e da jurisprudência na determinação ou concreção de preceitos de malha larga ou excessivamente elásticos, os quais, desta sorte, «podem adquirir no tempo determinação e precisão, por força da obra progressivamente levada a cabo pelos intérpretes» (P. G. Grasso, cit., p. 205).

⁶⁸ O qual se acha publicado nos *Pareceres da Comissão Constitucional*, 6.º vol., 1979, pp. 77 e segs.

Aí se escreveu (pp. 89-90):

A segurança e a certeza, especialmente a dos indivíduos perante o Estado, em domínios como os da liberdade, da honra e do património, quando não mesmo da vida, exigem que na definição dos crimes se use uma linguagem precisa e delimitadora, com repúdio dos preceitos abertos ou vagos.

O princípio do *nullum crimen sine lege* seria inoperante, se ao legislador ordinário fosse dada a possibilidade de não determinar com um mínimo de rigor, através do tipo legal, o facto voluntário a considerar punível.

Mas não esqueçamos que uma total determinação é impossível e que uma enumeração demasiado casuística pode multiplicar as lacunas e ser contraproducente. E depois, na descrição da previsão legal, há muitas vezes que recorrer a conceitos algo imprecisos (v. g. noções de vida social típicas, como «lugar ermo», «miserável», «sedução», «corrupção ou devassidão»; valorações vigentes na sociedade, como «pudor», «honestidade», «honra e consideração», «imperícia», «inconsideração», «negligência»).

Certo que certas cláusulas gerais de grande amplitude relativas à incriminação não são consentâneas com o Estado de direito democrático, por desrespeitarem a garantia da tipicidade, constitucionalmente consagrada.

Como exemplo de cláusulas gerais deste tipo mencionam os autores a seguinte disposição da república dos conselhos de Munique de 1919:

Toda a ofensa dos princípios revolucionários será punida. A determinação da natureza da pena cabe à livre descrição do juiz.

Precisão nos tipos legais para evitar arbitrariedades, não se traduz em adoptar formas casuísticas. «Em matéria penal é cada vez mais necessário abolir o regime dos casos e implantar fórmulas elásticas e compreensivas, *todavia, limitativas.*»

⁶⁹ Na mesma linha fundamental de pensamento veja-se José de Sousa e Brito, «A lei penal na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, II 1978, pp. 243 e segs.

⁷⁰ Recorde-se o preceito:

Art. 445.º Aquele que, por meio de violência ou exercendo coacção psicológica, ou ameaças, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, invadir ou ocupar coisa imóvel, perturbando a propriedade, a posse, o uso ou servidão de outrem, será punido com pena de prisão e multa correspondente, se outra mais grave lhe não couber em atenção ao meio utilizado.

§ único. Na mesma pena, atenuada, incorrerá aquele que, independentemente do emprego de meios violentos ou de ameaças, perturbar, embaraçar ou interferir na posse de coisa imóvel ou na respectiva exploração, quando essa posse tenha sido reconhecida ou conferida por lei, pelos tribunais ou por acto administrativo praticado por entidade competente.

9. *Custódia («garde à vue»): regime proposto.* — O mais delicado ponto que a fiscalização preventiva da Constituição põe no caso presente é, como sabemos, o relativo ao instituto da custódia, também chamado manutenção ou disposição sob custódia, e que se designa ainda como *guarda à vista* (do francês «*garde à vue*»).

Trata-se de uma figura regulada nos artigos 9.º e 10.º do decreto-lei, preceitos que dispõem como segue:

Art. 9.º — 1 — Existindo, contra uma pessoa, indícios graves da prática de qualquer das infracções previstas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 274/75, de 4 de Junho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 377/77, e não se tratando de caso que imponha, de imediato, a prisão preventiva do suspeito, poderá o juiz ordenar que essa pessoa seja mantida à sua disposição sob custódia, por um período de vinte e quatro horas.

2 — A medida a que se refere o número anterior, implica, para o suspeito, a proibição de se afastar do local onde decorrem os actos de instrução.

3 — O auto respectivo mencionará a duração dos interrogatórios a que foi sujeita a pessoa mantida sob custódia, a duração dos intervalos, destinados a repouso, entre esses interrogatórios, a hora a partir da qual a pessoa foi mantida naquela situação, bem como a hora a que esta foi mandada cessar.

4 — O auto será assinado pela pessoa mantida sob custódia e, em caso de recusa, fará menção expressa do facto.

O mesmo auto consignará obrigatoriamente os motivos da recusa.

5 — A requerimento da pessoa custodiada ou de qualquer membro da sua família, poderá aquela ser examinada por um médico em qualquer altura.

6 — O período referido no n.º 1 poderá ser prorrogado por igual tempo, se o juiz o considerar absolutamente indispensável.

7 — Tratando-se de crimes contra a segurança do Estado o período a que se refere o número anterior poderá ser prolongado até ao máximo de oito dias.

8 — Incorre na pena de desobediência qualificada aquele que infringir a proibição a que alude o n.º 2.

Art. 10.º — 1 — A medida referida no artigo anterior pode ser tomada pelos magistrados do Ministério Público ou por outras autoridades com competência para ordenar a prisão sem culpa formada, com observância do disposto no mesmo artigo e nos números seguintes.

2 — A pessoa mantida sob custódia será imediatamente conduzida à presença do juiz de instrução que poderá ordenar a sua restituição à plena liberdade se considerar que não há fundamento para a medida.

3 — Nenhuma prorrogação do período de manutenção sob custódia terá lugar sem decisão do juiz de instrução, mediante proposta fundamentada das entidades referidas no n.º 1.

4 — Decorrido o primeiro período, a pessoa custodiada será examinada obrigatoriamente por um médico, se o requerer, devendo ser advertida deste direito logo que for sujeita à medida. O relatório do médico será junto ao processo.

5 — O juiz, por sua iniciativa ou a requerimento da pessoa custodiada ou de algum seu familiar, poderá ordenar que aquela lhe seja presente, interrogá-la e pôr termo à medida em qualquer altura, desde que se convença que tal medida deixou de ser absolutamente indispensável.

Está-se assim em presença de uma figura admitida na legislação de vários países, mas que foi inspirada directamente na *garde à vue* do sistema processual penal francês⁷¹, embora com assinaláveis diferenças, que vão aliás num sentido que é de louvar, pois afigura-se que a «*guarda à vista*» revela, face à sua congénere francesa, uma maior preocupação

⁷¹ Sobre a figura em causa, no sistema francês, vejam-se: R. Merle e A. Vitu, *Traité de Droit Criminel*, II, 2.^a ed., 1973, n.ºs 1039, 1054 e 1059; G. Stefani e G. Levasseur, *Procédure Pénale*, 9.^a ed., 1975, n.ºs 265 e segs.; J.-C. Soyer, *Droit Penal et Procédure Pénale*, 5.^a ed., 1977, pp. 268 e segs.

relativamente à liberdade e segurança dos cidadãos ⁷².

Sobre os méritos ou deméritos da custódia ou guarda à vista, não se impõe que falemos. Deixar-se-á dito apenas que a sua possível ou provável eficácia no combate à criminalidade — não falta quem entenda ser ela uma medida muito eficaz nesse combate — tem o seu reverso, precisamente enquanto limita o chamado «direito à liberdade e à segurança» (cf. Constituição, artigo 27.º) e constitui um perigo real para essa mesma liberdade e segurança⁷³.

Outra é, na verdade, a questão que nos cumpre resolver. Meritória ou não, figura de aplaudir ou de rejeitar no plano da lei ordinária independentemente dos preceitos constitucionais, qual è, sob o ponto de vista destes preceitos, a validade do instituto? Suposta mesmo a sua aceitação de *lege ferenda*, terá a figura cobertura constitucional ⁷⁴?

10. A custódia e o regime constitucional da prisão preventiva. — Da análise do artigo 27.º parece dever concluir-se pela *negativa*.

Na verdade, estará desde logo nesse sentido o elemento literal, uma vez que a privação da liberdade, para além do condicionalismo do n.º 2 do artigo 27.º, só é admissível nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do mesmo artigo 27.º e em nenhuma dessas alíneas se inclui a custódia ou «guarda à vista», que não pode qualificar-se, nem legal nem doutrinariamente, como prisão preventiva.

⁷² Esta preocupação, de resto já atrás assinalada, traduz-se em determinados traços da regulamentação da criminalidade violenta e terrorista, regulamentação em que o legislador português, relativamente a certos aspectos, ficou aquém do que noutros países (v. g., na RFA) se tem consagrado, optando, nessa medida, por soluções menos gravosas para a liberdade e segurança das pessoas.

⁷³ Os já aludidos R. Merle e A. Vitu, nos *lugs. cit.* (especialmente na p. 261), não deixam de referir que a *garde à vue* é uma «medida cuja necessidade à polícia e a *gendarmérie* afirmam, mas cuja interdição legal os advogados várias vezes reclamaram».

Stefani e Levasseur (*cit.*, p. 271), por seu turno, recomendam muita circunspecção no uso da medida em causa, salientando que «os perigos que a *garde à vue* faz correr à liberdade individual são sérios».

Mais longe — e porventura, longe de mais — vai a crítica de Y. Michaud, *cit.*, p. 174. Depois de se referir à hipótese de «deslegalização», situação na qual as pessoas podem encontrar-se, ainda que só transitoriamente, à margem das garantias da lei, o autor escreve: «[. . .] a *garde à vue*, apesar das suas condições determinadas, constitui o embrião de uma tal situação. Não é por acaso que, sempre que se pôs em França a questão de facilitar as investigações e de desenvolver os poderes da polícia, se previu a extensão daquela medida. Desde logo, os processos que competem à *Cour de sûreté de l'État* beneficiam, se assim podemos dizer, de um prazo mais longo de *garde à vue*. A detenção nos locais da polícia, com as pressões que isso implica e a ausência de advogado, significa que se começam a pôr entre parênteses as garantias legais. A detenção prolongada e os interrogatórios nas sedes da *Sûreté*, nas *casernes* ou em discretos apartamentos de que uma polícia política dispõe, constituem o resultado aterrador desta *deslegalização*: há alçapões onde se cai e, depois, é o vazio».

⁷⁴ Se não tem — ou seja: entendendo-se que a custódia é uma solução aconselhável, mas não podendo compatibilizar-se com a Constituição Portuguesa —, será caso de chamar a atenção dos constituintes para a necessidade de reformular os artigos 27.º e 28.º da dita Constituição, que se oporão à sua admissibilidade.

Anote-se, aliás, a este respeito, que os textos constitucionais estrangeiros ou as convenções internacionais relativas aos direitos do homem não costumam, tanto quanto sabemos, regular tão miúda e restritivamente como o faz a nossa Lei Fundamental nos mencionados preceitos, o instituto da prisão preventiva. Cf. Karel Vasak *et alii*, *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, Unesco, 1978, p. 172. Sobre este ponto veja-se igualmente Eduardo Correia, «La détention avant jugement», in *Rapports Presentes au VHF Congrès de l'Académie Internationale de Droit Compare* (Pescara, 1970), 1971, pp. 79 e segs. Acerca da questão no direito português anterior à Constituição de 1976, vide Eliana Gersão, «La détention avant jugement au Portugal», in *Rapports, cit.*, pp. 121 e segs.

Vem a propósito referir ainda que a ideia de alargar sensivelmente, em revisão constitucional, o âmbito do n.º 3 do artigo 27.º da Constituição, se encontra expressa no articulado de Jorge Miranda, *Um Projecto de Revisão Constitucional*, 1950, artigo 87.º, n.º 3.

Dir-se-á, porém, que a manutenção sob custódia é «uma forma mitigada de prisão preventiva»⁷⁵, sendo esta expressão (prisão preventiva) usada na linguagem constitucional num sentido amplo, que coenvolveria a figura da *garde à vue*.

Mesmo, porém, que assim fosse, é manifesto que a tal prisão preventiva mitigada em que se consubstanciaria a custódia teria de estar subordinada aos pressupostos gerais da prisão preventiva e, inclusivamente ao limite que consiste em só poder ser ela decretada havendo «fortes indícios da prática de crime doloso a que corresponda pena maior» [citado artigo 27.º, n.º 3, alínea a), 2.ª parte].

Sucederia então que, ocorrendo este pressuposto, poderia ser determinada a detenção (prisão preventiva lato *sensu*), seja como prisão preventiva propriamente dita, seja — menos do que isso — como mera custódia⁷⁶. A custódia teria então cobertura constitucional, porque caberia na fórmula constitucional da prisão preventiva, entendida no amplo sentido que assinalámos. Seria como que uma prisão preventiva menor — ou, de todo o modo, um *minus* em relação à prisão preventiva.

Só que, sendo as coisas desta sorte, não se vê qual o real interesse e importância que a figura da custódia teria, nem se compreende o empenhamento que é posto na sua consagração legal.

Quer isto dizer que a finalidade — e conformação — da «guarda à vista» deve ser outra, tem de ser outra. E é o que, de resto, se depreende dos preceitos — apesar de serem, pelo menos *prima facie*, algo enigmáticos — que visam a consagração legal da figura, isto é, dos artigos 9.º e 10.º do decreto-lei, e particularmente do n.º 1 do referido artigo 9.º

Na verdade, para dar sentido útil ao n.º 1 do artigo 9.º, é preciso considerar que foi intento do legislador fazer funcionar a custódia naqueles casos em que *não pode ter lugar a prisão preventiva*.

Isto porque, além do mais, a medida da custódia, segundo formulação legal (citação do n.º 1 do artigo 9.º), ocorrerá em face «das infracções previstas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 274/75, de 4 de Junho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro, *não se tratando de caso que imponha, de imediato, a prisão preventiva do suspeito*».

Ora, nas mencionadas infracções impõe-se a prisão preventiva, dado que não é admissível caução, conforme dispõe o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 274/75, de 4 de Junho, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro. Só não se imporá a prisão preventiva se não houver «fortes indícios» da prática do crime pelo arguido [cf. artigo 291.º do Código Penal, e artigo 27.º, n.º 3, alínea a), da Constituição].

E tocamos justamente o cerne da questão: o legislador, no artigo 9.º, n.º 1, que temos em apreciação, tem o cuidado de falar, não em «fortes indícios», mas sim em indícios graves. A distinção parece evanescente, mas o emprego de termos diversos não pode deixar de ter sido intencional, até porque só através dessa diversidade ganhará verdadeiro sentido o citado n.º 1 do artigo 9.º e, ao fim e ao cabo, a medida da manutenção sob custódia.

Sentido que será este: se os indícios forem fortes, impor-se-á a prisão preventiva. Se não forem «fortes», mas não deixarem de ser graves (o que será, portanto, um grau menor), poderá ser decretada a custódia — precisamente na hipótese em que, por não serem «fortes» os indícios, a prisão preventiva não poderia ser decretada.

Num caso assim poderá ter lugar a custódia na mira da obtenção dos tais indícios fortes — ou mesmo de provas cabais — podendo então acabar por se chegar⁷⁷ à prisão preventiva.

Ora bem: neste entendimento, *a custódia poderia ter lugar em casos em que não poderia ocorrer a prisão preventiva*. Em casos, pois, em que a «guarda à vista» não será um *minus* em relação à prisão preventiva — mas um *aliud*, e até mesmo um *plus*. Em casos, por conseguinte — e dito ainda de outra maneira — *em que não estará preenchido o condicionalismo do artigo 27.º, n.º 3, alínea a), 2.ª parte, da Constituição*.

A conclusão parece impor-se: a custódia, a admitir-se nos termos em que vem proposta — e nem se vê que substancial utilidade teria noutros termos — *ultrapassa os limites constitucionais da própria prisão preventiva*. Admiti-la — nesses termos — seria

⁷⁵ Assim se exprimiu na Assembleia da República (ver *lug. cit. supra*, na nota 13, p. 3556), Mário Raposo, o Ministro da Justiça que subscreveu a proposta atrás mencionada.

⁷⁶ Poderia pensar-se ser este o entendimento que subjaz à referida afirmação do Ministro da Justiça (ver nota antecedente), ao falar da custódia como prisão preventiva mitigada.

⁷⁷ Mas, realmente, *não de imediato* (atente-se na fórmula «de imediato», que se contém no n.º 1 do mencionado artigo 9.º).

admitir uma «espécie» de prisão preventiva nos casos em que a lei constitucional não reconhece a verdadeira e própria prisão preventiva.

Ora isso não pode ser. *Não pode*, constitucionalmente, ser.

Esta conclusão mais se reforça se atentarmos no artigo 28.º da Constituição, que estabelece, a mais do que já resulta do artigo 27.º, o regime constitucional da prisão preventiva. Na verdade, o artigo 28.º regula a prisão preventiva em termos que procuram assegurar o mínimo de dano à liberdade e segurança das pessoas, e esses exactos termos não se harmonizam ou até contrastam com aqueles que, segundo o projecto de diploma em análise, valem para a *garde à vue*. O que quer dizer que, também por este ângulo, *se mostram ultrapassados os limites constitucionais*.

11. Conclusão. — Pelo exposto, e considerando que o instituto da custódia, previsto nos artigos 9.º e 10.º do projecto de decreto-lei registado sob o n.º 486-G/80, de 23 de Julho, viola o disposto nos artigos 27.º e 28.º da Constituição da República Portuguesa, a Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade do mencionado projecto de decreto-lei.

Lisboa e Comissão Constitucional, 11 de Novembro de 1980. — *Rui de Alarcão* — *Fernando Amâncio Ferreira* — *Jorge Campinos* — *Armando Ribeiro Mendes* — *José António Fernandes* — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Afonso Cabral de Andrade* (vencido, nos termos e com os fundamentos da declaração de voto que junto) — *Joaquim Costa Aroso* (vencido quanto à solução de inconstitucionalidade constante do parecer, pelas razões constantes do voto do colega Cabral de Andrade) — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Vencido, quanto à inconstitucionalidade da medida prevista nos artigos 9.º e 10.º do diploma em exame. É que não se me afigura nítido haver aqui uma violação do artigo 27.º da Lei Fundamental, que expressamente se refere a privação da liberdade.

A medida da manutenção de alguém sob custódia parece tratar-se, antes, de uma restrição à liberdade. Repare-se no que se estabelece nos n.ºs 2 e 8 do apontado artigo 9.º; no n.º 2, de certo modo, caracteriza-se a medida, dizendo-se que ela implica para aquele a quem é aplicada «a proibição de se afastar do local onde decorrem os actos de instrução»; e, no n.º 8, pune-se com a pena de desobediência qualificada aquele que infringir tal proibição.

Repare-se ainda que no n.º 2 do artigo 10.º se fala em o juiz poder ordenar a restituição da pessoa mantida sob custódia à plena liberdade, o que parece querer significar que a medida de que se trata não implica a privação da liberdade, mas apenas a limita, em maior ou menor grau.

O artigo 27.º da Constituição contempla a privação da liberdade, situação necessariamente diferente daquela que é tratada no diploma em causa. De outro modo, o instituto agora criado não se justificaria e haveria apenas, quando muito, por exemplo, que alterar determinados prazos.

A hipótese que se aprecia não é, pois, de forma alguma, clara, nítida, e, muito pelo contrário, suscita-me fortes dúvidas. O que julgo resultar da deficiente caracterização da medida, designadamente do que ela seja em face da prisão preventiva.

Não se sabe, na verdade, o que ela seja em termos práticos — pelo menos, o texto do diploma não o diz — e há aspectos na sua regulamentação que não se compreendem. Tal é o caso de a pessoa custodiada poder ser examinada por um médico, devendo sê-lo até obrigatoriamente após o primeiro período de custódia (artigos 9.º, n.º 5, e 10.º, n.º 4).

Mas sendo esta custódia necessariamente diferente da prisão preventiva, julgo que ela é sempre um menos relativamente à prisão. Na realidade, o artigo 9.º, n.º 1, ao prescrever que ela poderá ter lugar, quando não se imponha, de imediato, a prisão preventiva do suspeito, parece inculcar isso mesmo.

Se a situação resultante da colocação de alguém sob custódia é a mesma da prisão preventiva, como se pretende, não se compreende, então, que o custodiado cometa um crime de desobediência qualificada (n.º 8 do artigo 9.º) se se afastar do local onde decorrem os actos de instrução (n.º 2 do mesmo artigo 9.º) e já não cometa o mesmo crime aquele que está preso preventivamente e consegue fugir?

Em suma, a situação é claramente de dúvida, e de dúvida forte.

Assim, na sequência, aliás, do que é ensinado pelos constitucionalistas, julgo que

a inconstitucionalidade só deve ser declarada quando ela é evidente, o que não é manifestamente o caso.

Não posso, pois, votar a conclusão do parecer, nessa parte. — *Afonso Cabral de Andrade*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 389/80

Nos termos da alínea a) do artigo 146.º e do n.º 4 do artigo 277.º da Constituição, o Conselho da Revolução, precedendo parecer da Comissão Constitucional, pronuncia-se, para os efeitos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 278.º, pela inconstitucionalidade do projecto de decreto-lei registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 486-G/80, em 23 de Julho, que introduz alterações ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, por o instituto de custódia previsto nos seus artigos 9.º e 10.º violar o disposto nos artigos 27.º e 28.º da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 13 de Novembro de 1980.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 272, de 24 de Novembro de 1980.)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Decreto registado sob o n.º 486-G/80

no livro de registo de diplomas da Presidência do Conselho

Se o envelhecimento dos códigos é, genericamente, um problema verificado em todos os países, o do Código Penal sê-lo-á com especial acuidade. Com efeito, a realidade social, em constante mutação, tem nele uma determinante incidência. O mesmo se dará, até por reflexo, com a lei processual penal.

Na impossibilidade de, neste período final da actual legislatura, submeter à Assembleia da República as propostas de lei respeitantes aos novos Códigos Penal e de Processo Penal, optou o Governo por introduzir ao ordenamento existente as alterações sectoriais que as circunstâncias mais urgentemente preconizaram.

Está sobretudo em causa a criminalidade violenta. Outros aspectos, porém, da lei substantiva e processual são, de igual modo, enfrentados. Tomaram-se em conta as propostas de lei de alterações ao Código Penal e de toda a parte especial do mesmo elaboradas, respectivamente, no I e no IV Governos Constitucionais. Recolheram-se, ainda, com a devida adequação, alguns contributos de leis homólogas publicadas nos últimos anos na Itália, República Federal da Alemanha, Grécia e Espanha. Deve-se explicitar que, quanto a estas, se foi de extrema prudência quanto à adopção de critérios e medidas que a circunstância portuguesa não justificará, por certo, pelo menos em prazo previsível.

O debate parlamentar aquando da apresentação da proposta de lei de autorização legislativa, que foi motivo de ulterior reflexão, não deixou de ser tomado em consideração. Só que, como é obvio, não se abdicou de posições que se reputavam certas e justas e acerca das quais se entendeu não haver lugar a uma inflexão decisiva.

No que se refere à criminalidade violenta não se pôde esquivar o Governo à colisão que ocorre entre as tendências da moderna penologia para uma cada vez menor duração das penas privativas de liberdade e para a sua substituição por outros meios de defesa social, precipuamente empenhados na recuperação dos delinquentes, e a insuficiente eficácia das reacções criminais perante fenómenos em preocupante crescendo, como os ligados ao terrorismo. A antinomia, irrecusável, dos dois pontos foi encarada com ponderado comedimento. Em tudo se teve, e isso mesmo transparece do articulado referente ao processo penal, o cuidado de não afectar, directa ou obliquamente, quaisquer garantias de defesa.

A liberdade dos cidadãos é um valor demasiado relevante para poder, por qualquer forma, ser secundarizado. Nisso se pôs o maior empenho.

Só que esse valor tem de ser compatibilizado com as novas formas de criminalidade, que apenas por pecado de desatenção e de irresponsabilidade política poderiam deixar de ser enfrentadas. No fundo está em jogo a normalidade social e, como seu corolário, a liberdade de todos os cidadãos, que passa por um reforço da segurança e da autoridade democráticas. De resto, para estar presente no «espaço jurídico europeu», criado sob a égide fundamental do Conselho da Europa, o sistema legislativo português não se poderia manter como que à inteira revelia de soluções, aí geralmente adoptadas.

Assim:

Ao abrigo da autorização legislativa que lhe foi concedida pela Lei n.º 25/80, de 26 de Julho, o Governo decreta, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º

Os artigos 143.º, 159.º, 165.º, 169.º, 171.º, 173.º, 174.º, 176.º, 330.º, 331.º, 332.º, 445.º, 463.º, 464.º, 472.º e 478.º, do Código Penal, passam a ter a seguinte redacção:

Artigo 143.º

.....
§ único. Aquele que recrutar ou fizer recrutar, assalariar ou fazer assalariar pessoas para a prática de acções de luta armada contra Portugal ou para serviço militar de país estrangeiro ou de qualquer organização nacional ou estrangeira que se proponham lutar contra Portugal, será condenado na pena do n.º 4 do artigo 55.º se se seguir algum acto preparatório de execução e na do n.º 5 do mesmo artigo se o recrutamento ou assalariamento não forem seguidos de algum acto preparatório de execução.

Artigo 159.º

Aquele que atentar contra a vida, a integridade física ou a liberdade de Chefe de Estado estrangeiro, de membro de governo estrangeiro, de agente diplomático acreditado em Portugal, de representante de organização internacional ou de membros das suas famílias ou violar os direitos de que gozam segundo o direito internacional, enquanto os ofendidos se encontrarem em território português, será punido com a pena prevista para o respectivo crime, agravada de um quarto.

§ 1.º A entrada violenta na habitação das pessoas referidas no corpo deste artigo será punida com a pena do n.º 5 do artigo 55.º

§ 2.º Aquele que ofender a salvaguarda de qualquer coisa ou pessoa ou a segurança de reféns ou de qualquer parlamentar ou de quem gozar de salvo-conduto será punido com a pena prevista para o respectivo crime agravada de um quarto.

Artigo 165.º

§ 1.º

§ 2.º Se o atentado à liberdade das pessoas indicadas no corpo do presente artigo e no artigo 164.º consistir em crime punido com pena de gravidade igual ou superior às neles previstas, será punido com a pena correspondente ao crime cometido, agravada nos termos do artigo 93.º

§ 3.º A entrada violenta na habitação das pessoas referidas neste artigo e seu § 1.º será punida com a pena do n.º 5.º do artigo 55.º

Artigo 169.º

Serão punidos com a pena de prisão maior de doze a dezasseis anos:

1.º As destruições ou atentados contra meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação das necessidades essenciais das populações, com o fim de atentar contra a segurança do Estado;

2.º O envio a um destinatário, por via postal ou qualquer outra e a colocação em local habitado, destinado a habitação ou a ser frequentado ou utilizado por pessoas, ou a prestar-lhes benefício, em qualquer instalação ou em outros bens públicos ou privados, de matérias ou engenhos explosivos e semelhantes, para o efeito de deflagrarem ou por qualquer forma serem accionados, independentemente do fim que o agente se proponha.

§ 1.º No caso do n.º 2.º a pena será a de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos se o engenho efectivamente deflagrar ou for accionado e em razão disso qualquer pessoa morrer, ficar privada do uso da razão ou total e permanentemente impossibilitada de trabalhar.

§ 2.º A importação, fabrico, guarda, compra, venda, cedência por qualquer título, transporte ou detenção de matérias ou engenhos explosivos e semelhantes bem como de armas de guerra e suas munições, se os seus autores os destinavam ou devessem ter conhecimento de que se destinavam a perpetração de qualquer crime contra a segurança exterior ou interior do Estado, serão punidos com a pena de prisão maior de oito a doze anos.

§ 3.º Com a pena prevista no parágrafo anterior serão igualmente punidos os que furtarem ou roubarem matérias ou engenhos explosivos e semelhantes, armas e equipamentos de comunicações considerados de uso exclusivo das forças armadas ou policiais, destinando-os ou devendo ter conhecimento de que se destinavam à perpetração de qualquer crime contra a segurança exterior ou interior do Estado.

§ 4.º A importação, fabrico, guarda, compra, venda, cedência por qualquer título, transporte, detenção, uso e porte de matérias ou engenhos explosivos com infracção das condições previstas em lei ou regulamento serão punidos com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

§ 5.º A cumplicidade e a tentativa serão, respectivamente, equiparadas à autoria e à consumação.

Artigo 171.º

Aquele que instigar ou provocar outrem à prática de um determinado facto descrito como crime contra a segurança exterior ou interior do Estado, sem que se siga o efeito da instigação ou provocação, será condenado:

- a) Se ao crime instigado ou provocado corresponder pena superior à do n.º 5.º do artigo 55.º, na pena de prisão maior de dois a oito anos;
- b) Se ao crime instigado ou provocado corresponder a pena de prisão maior de dois a oito anos ou pena de prisão, na pena de prisão e na de prisão até um ano, respectivamente.

§ 1.º Se a instigação ou provocação for feita por palavras proferidas publicamente, por meio de publicação de escrito ou por outro meio técnico de comunicação com o público, o agente será punido com pena de prisão maior de dois a oito anos, salvo se ao crime instigado ou provocado corresponder pena menos grave, porque então será esta aplicável.

§ 2.º Se à instigação ou provocação se seguir efeito criminoso, será o agente punido como autor.

§ 3.º Quem recompensar ou louvar outrem ou fizer a apologia por qualquer meio, incluindo os referidos no § 1.º, de crimes contra a segurança exterior ou interior do Estado será punido com as penas das alíneas do corpo do artigo conforme os casos.

Artigo 173.º

.....
§ 1.º Será condenado na pena de prisão maior de doze a dezasseis anos aquele que constituir grupo, organização ou associação para atentar contra a segurança exterior ou interior do Estado, para reforçar a autoridade pública à prática de um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda para intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante a prática de quaisquer crimes:

- a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;
- b) Contra a segurança dos transportes, vias ou meios de comunicação, incluindo as comunicações telegráficas, telefónicas, de radiodifusão ou de televisão;
- c) Contra a segurança da aviação civil, previstos nos artigos 162.º e 162.º-A;
- d) Com o emprego de bombas, granadas, armas de fogo, explosivos, meios incendiários de qualquer natureza ou encomendas ou cartas armadilhadas;
- e) Com o emprego de gases tóxicos ou asfixiantes ou por meio de contaminação de alimentos e águas destinados a consumo humano.

§ 2.º Na mesma pena incorrerá aquele que aderir ao grupo, organização ou associação, com eles colaborar, seguir as suas instruções, dar guarida aos seus membros ou conscientemente facilitar as suas actividades, subsidiando-os ou fazendo a sua propaganda ou apologia.

§ 3.º Quando o grupo, organização ou associação ou as pessoas que com ele colaborarem nos termos do parágrafo anterior, possuírem armas ou engenhos explosivos de qualquer espécie para facilitar os seus propósitos criminosos, a pena será agravada de um quarto.

§ 4.º Para que se considere existente o grupo, organização ou associação previstos no § 1.º deste artigo, basta que duas pessoas actuem concertadamente.

§ 5.º Os actos preparatórios da constituição do grupo, organização ou associação serão punidos com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 174.º

A instigação ou provocação à desobediência colectiva às leis de ordem pública, ou a tentativa de perturbar, por qualquer meio, a ordem e a autoridade democráticas do Estado, serão punidas, se pena mais grave não couber, com a pena de prisão.

§ único. Serão punidos nos termos deste artigo:

1.º Aqueles que divulgarem por escrito ou em público notícias falsas ou tendenciosas, susceptíveis de causar alarme ou inquietação pública;

2.º Aqueles que tentarem provocar a animosidade entre as forças militares e de segurança ou entre estas e as instituições civis;

3.º Aqueles que incitarem à luta política pela violência.

Artigo 176.º

.....

§ 1.º

§ 2.º Se nos crimes previstos no artigo 173.º e seus parágrafos os respectivos agentes, ou um deles, voluntariamente abandonarem a sua actividade e afastarem ou fizerem diminuir consideravelmente o perigo por ela causado, impedirem o resultado que a lei quer evitar que se verifique ou auxiliarem concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura dos responsáveis, poderá o tribunal atenuar livremente a pena ou isentá-los da mesma.

§ 3.º

Aquele que ilicitamente detiver, prender, mantiver presa ou detida qualquer pessoa ou de qualquer forma ilicitamente a privar da sua liberdade será punido com a pena de prisão.

§ 1.º A pena será de prisão maior de dois a oito anos se a privação da liberdade:

- a) Durar mais de dois dias; ou
- b) For praticada com o falso pretexto de que o ofendido sofria de anomalia mental; ou
- c) For praticada simulando o agente, de qualquer modo, autoridade pública.

§ 2.º A pena será de prisão maior de oito a doze anos se a privação da liberdade:

- a) For cometida por duas ou mais pessoas; ou
- b) Tiver como resultado o suicídio, privação da razão ou impossibilidade permanente para o trabalho do ofendido.

Artigo 331.º

O crime previsto no artigo anterior será punido com a pena de prisão maior de dezasseis a vinte anos concorrendo alguma das seguintes circunstâncias:

- a) Se o ofendido for detido com o emprego de meios violentos;
- b) Se o ofendido for fraudulentamente atraído a um certo local em termos de não poder socorrer-se da autoridade pública ou de terceiros, para se livrar da detenção;
- c) Se o ofendido for sujeito a tortura ou tratamento cruel e desumano.

§ 1.º Para os efeitos deste artigo considera-se detenção com o emprego de meios violentos aquela que é precedida ou acompanhada de ameaças com armas, de qualquer agressão corporal, da utilização de narcóticos ou outras substâncias susceptíveis de diminuir ou anularem a resistência do ofendido ou ainda de ameaça de infringir um mal que constitua crime, ao próprio ofendido ou a pessoa de sua família.

§ 2.º Se dos factos descritos neste artigo e no anterior resultar a morte do ofendido, será aplicada a pena de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos.

Artigo 332.º

Aquele que raptar ou privar da liberdade qualquer pessoa, pelos modos previstos nos artigos anteriores, com o fim de a colocar na situação de refém, designadamente para a obtenção de um resgate, ou para forçar a autoridade pública ou um terceiro a praticar um facto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, será condenado na pena de prisão maior de dezasseis a vinte anos.

§ único. Se a pessoa raptada morrer como consequência do rapto será aplicada a

pena de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos agravada.

Artigo 445.º

Aquele que, por meio de violência ou exercendo coacção psicológica, ou ameaças, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, invadir ou ocupar coisa imóvel, perturbando a propriedade, a posse, o uso ou servidão de outrem, será punido com pena de prisão e multa correspondente, se outra mais grave lhe não couber em atenção ao meio utilizado.

§ único. Na mesma pena, atenuada, incorrerá aquele que, independentemente do emprego de meios violentos ou de ameaças, perturbar, embaraçar ou interferir na posse de coisa imóvel ou na respectiva exploração, quando essa posse tenha sido reconhecida ou conferida por lei, pelos tribunais ou por acto administrativo praticado por entidade competente.

Artigo 463.º

Será condenado na pena de prisão maior de dezasseis a vinte anos aquele que, voluntariamente, incendiar por qualquer meio e assim destruir, no todo ou em parte:

- 1.º
- 2.º
- 3.º
- 4.º

§ único. Para os efeitos do disposto no n.º 2.º, são equiparáveis a lugar habitado os veículos automóveis, as embarcações ou os meios de transporte ferroviários em que se encontrem quaisquer pessoas, ainda que não estejam em movimento, e aquelas se não encontrem na carruagem em que o fogo tiver sido posto.

Artigo 464.º

A pena será a de prisão maior de oito a doze anos se o objecto do crime for:

- 1.º Armazém ou qualquer edifício, dentro ou fora de povoado, não habitado nem destinado a habitação;
- 2.º
- 3.º Veículo automóvel, embarcação ou meio de transporte ferroviário em que se não encontrem quaisquer pessoas.

Artigo 472.º

Aquele que por qualquer meio derrubar ou destruir, voluntariamente, no todo ou em parte, edificação ou qualquer construção concluída ou somente começada, pertencente a outrem ou ao Estado, será condenado:

- 1.º
 - 2.º
 - 3.º
 - 4.º
- § 1.º
- § 2.º

§ 3.º Aquele que voluntariamente destruir ou desarranjar, no todo ou em parte, qualquer via férrea, ponte, estrada ou caminho destinado ao trânsito de veículos, ou colocar neles qualquer objecto que impeça, dificulte ou embarace a circulação, ou que tenha por fim fazer sair o comboio dos carris ou os veículos do seu percurso normal será condenado a prisão maior de dois a oito anos.

§ 4.º Aquele que, fraudulentamente, danificar ou alterar os mecanismos de qualquer veículo, por forma que, sem impedir a sua imediata utilização, o sujeito a qualquer acidente quando utilizado, será punido com a pena de prisão maior de dois a oito anos, se outra mais grave no caso concreto não couber.

§ 5.º Se de qualquer dos factos indicados nos §§ 3.º e 4.º resultar a morte de alguma pessoa, a pena será a de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos; se resultar alguma das ofensas corporais especificadas no artigo 361.º, a pena será de prisão maior de doze a dezasseis anos; se for alguma das designadas no artigo 360.º a pena será a de prisão maior nunca inferior a três anos.

§ 6.º A destruição de telégrafo, poste ou linha telegráfica, telefónica, de radiodifusão ou de televisão, a destruição ou corte de fios, postes ou aparelhos telegráficos, telefónicos, de radiodifusão ou de televisão, ou a oposição com violência ou ameaça ao seu restabelecimento, serão punidas com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 478.º

A destruição ou danificação de efeitos ou propriedades móveis ou de quaisquer animais pertencentes a outra pessoa ou ao Estado que se cometer voluntariamente em assuada, com emprego de substâncias venenosas ou corrosivas, com violência para com as pessoas, ou com armas de fogo ou quaisquer outros meios perigosos, será punida com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 2.º

São acrescentados ao Código Penal os artigos 162.º-A, 173.º-A, 332.º-A e 332.º-B, com a seguinte redacção:

Artigo 162.º-A

Será punido com a pena prevista no artigo antecedente aquele que:

- a) Destrua uma aeronave ou lhe cause danos que a tornem incapaz para voo, ou que, pela sua natureza, constituam um perigo para a segurança da aeronave em voo;
- b) Coloque ou faça colocar numa aeronave em serviço, por qualquer modo, um engenho ou substância capaz de destruir aquela aeronave ou lhe causar danos que a tornem incapaz para o voo ou lhe causar danos que, pela sua natureza, constituam perigo para a segurança da aeronave em voo;
- c) Destrua ou cause danos às instalações ou serviços da navegação aérea ou perturbe o seu funcionamento se tais actos, por sua natureza, constituírem um perigo para a segurança nas aeronaves em voo.

§ 1.º Será punido com a pena de prisão maior de dois a oito anos aquele que comunicar informações com a consciência de que são falsas pondo assim em perigo a segurança de uma aeronave em voo.

§ 2.º Para os fins do presente artigo uma aeronave é considerada como estando em voo a partir do momento em que, terminado o embarque, tenham sido fechadas todas as portas exteriores até ao momento em que uma dessas portas seja aberta para o desembarque.

Em caso de aterragem forçada o voo é considerado como estando a decorrer até que as autoridades competentes se responsabilizem pela aeronave, bem como pelas pessoas e bens a bordo.

§ 3.º Uma aeronave é considerada em serviço a partir do momento em que o pessoal de terra ou a tripulação começa as operações preparatórias para um determinado voo até vinte e quatro horas após qualquer aterragem. O período de serviço abrangerá, em qualquer caso, todo o tempo durante o qual a aeronave se encontra em voo, nos termos definidos no parágrafo anterior.

§ 4.º Se de qualquer dos factos descritos no presente artigo resultar a morte de alguma pessoa ou os efeitos previstos no n.º 5 do artigo 360.º a pena aplicável será a de prisão maior de vinte a vinte e quatro anos.

Artigo 173.º-A

Aquele que praticar factos que preencham um qualquer tipo de crime destinado a proteger os interesses referidos nas alíneas a) a c) ou com o emprego de qualquer dos meios referidos nas alíneas d) e e) do § 1.º do artigo anterior, agindo com a intenção de atentar contra a segurança exterior ou interior do Estado, ou para forçar a autoridade pública à prática de um facto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, será condenado a pena de prisão maior de dois a oito anos ou na pena correspondente ao crime praticado, agravada de um quarto, se for igual ou superior.

§ único. A cumplicidade e a tentativa são respectivamente equiparadas à autoria e à consumação.

Artigo 332.º-A

Se aquele que cometer algum dos crimes previstos nos artigos 330.º a 332.º não mostrar que deu liberdade ao ofendido ou não revelar onde este se encontra será condenado na pena de prisão maior de dezasseis a vinte anos agravada.

Artigo 332.º-B

Se nos crimes previstos nos artigos 330.º a 332.º-A os respectivos agentes, ou um deles, voluntariamente abandonarem a sua actividade e afastarem ou fizerem diminuir consideravelmente o perigo por ela causado, impedirem que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliarem concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis, poderá o tribunal atenuar livremente a pena ou isentá-los da mesma.

Artigo 3.º

Aquele que, por meio de substâncias venenosas, corrosivas ou tóxicas, prejudiciais à saúde, contaminar, corromper ou poluir alimentos ou águas destinados a consumo humano, será punido com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 4.º

Aquele que, através de libertação de gases tóxicos ou asfixiantes, criar perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde ou integridade física de outrem, será punido com a pena de prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 5.º

Se os crimes referidos nos artigos 3.º e 4.º forem imputáveis a título de negligência, a pena será de prisão e multa correspondente.

Artigo 6.º

Aquele que, publicamente, por palavras, gestos, ou por divulgação de escritos ou por outros meios de comunicação com o público, injuriar a República, a bandeira ou o hino nacionais, as armas ou emblemas de soberania portuguesa ou faltar ao respeito que lhes é devido, será punido com a pena de prisão.

Artigo 7.º

Os artigos 159.º, 273.º, 308.º e 311.º, do Código de Processo Penal, passam a ter a seguinte redacção:

Artigo 159.º

.....

§ 1.º Sem prejuízo do disposto no corpo do artigo o juiz de instrução pode solicitar à Polícia Judiciária a realização de qualquer diligência, com excepção do interrogatório do arguido.

§ 2.º Sempre que o entenda necessário ou a requerimento do Ministério Público, do assistente ou do arguido, pode o juiz mandar repetir, na sua presença, qualquer diligência a que se refere o parágrafo anterior.

Artigo 273.º

§ 1.º.....
§ 2.º
§ 3.º.....

§ 4.º O arguido ou acusado poderá, ainda, ser posto em liberdade, com ou sem caução, quando haja fundadas razões para crer que concorreu decisivamente para a descoberta do crime, para evitar a sua consumação ou para impedir a produção de um resultado que, a verificar-se, agravaria especialmente a pena correspondente ao tipo fundamental de crime, sempre que o valor destes comportamentos possa conduzir à isenção da pena ou à sua livre atenuação.

Artigo 308.º

Nenhum arguido pode estar preso sem culpa formada além dos prazos marcados na lei.

§ 1.º Desde a captura até à notificação ao arguido da acusação ou do pedido de instrução contraditória pelo Ministério Público, esses prazos não podem exceder:

1.º Quarenta dias por crimes a que caiba pena de prisão maior;

2.º Noventa dias por crimes cuja investigação caiba exclusivamente à Polícia Judiciária, ou que legalmente lhe seja deferida, excepto quanto aos crimes a que se referem as alíneas d) e seguintes do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 364/77, de 2 de Setembro, em que o prazo poderá ser prorrogado por mais trinta dias, sob proposta fundamentada.

§ 2.º

§ 3.º

Artigo 311.º

§ 1.º

§ 2.º

§ 3.º Para conhecer da legalidade de qualquer medida restritiva da liberdade, ordenada em processo por crime cuja investigação é da exclusiva competência da Polícia Judiciária ou quando a investigação tiver sido legalmente deferida à mesma Polícia é competente o juiz a quem for apresentada a pessoa sujeita à medida.

Artigo 8.º

O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, passa a ter a seguinte redacção:

Artigo 2.º

1 — No inquérito preliminar são admissíveis todos os meios de prova permitidos em direito, com as seguintes limitações:

a) As buscas, autópsias, vistorias, apreensões domiciliárias e exames que possam ofender o pudor das pessoas examinadas, bem como as diligências referidas no artigo 210.º do Código de Processo Penal, devem ser autorizadas pelo juiz de instrução, que a elas poderá presidir, salvo se as diligências se fizerem com o consentimento, reduzido a escrito, da pessoa cujo pudor possa ser ofendido, de quem de direito, relativamente ao autopsiado, daqueles em cujo domicílio se fizerem ou, em geral, da pessoa contra quem forem dirigidas;

b)

c)

d)

2 —

Artigo 9.º

1 — Existindo, contra uma pessoa, indícios graves da prática de qualquer das infracções previstas no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 274/75, de 4 de Junho, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 377/77, e não se tratando de caso que imponha, de imediato, a prisão preventiva do suspeito, poderá o juiz ordenar que essa pessoa seja mantida à sua disposição sob custódia, por um período de vinte e quatro horas.

2 — A medida a que se refere o número anterior, implica, para o suspeito, a proibição de se afastar do local onde decorrem os actos de instrução.

3 — O auto respectivo mencionará a duração dos interrogatórios a que foi sujeita a pessoa mantida sob custódia, a duração dos intervalos, destinados a repouso, entre esses interrogatórios, a hora a partir da qual a pessoa foi mantida naquela situação, bem como a hora a que esta foi mandada cessar.

4 — O auto será assinado pela pessoa mantida sob custódia e, em caso de recusa, fará menção expressa do facto.

O mesmo auto consignará obrigatoriamente os motivos da recusa.

5 — A requerimento da pessoa custodiada ou de qualquer membro da sua família, poderá aquela ser examinada por um médico em qualquer altura.

6 — O período referido no n.º 1 poderá ser prorrogado por igual tempo, se o juiz o considerar absolutamente indispensável.

7 — Tratando-se de crimes contra a segurança do Estado o período a que se refere o número anterior poderá ser prolongado até ao máximo de oito dias.

8 — Incorre na pena de desobediência qualificada aquele que infringir a proibição a que alude o n.º 2.

Artigo 10.º

1 — A medida referida no artigo anterior pode ser tomada pelos magistrados do Ministério Público ou por outras autoridades com competência para ordenar a prisão sem culpa formada, com observância do disposto no mesmo artigo e nos números seguintes.

2 — A pessoa mantida sob custódia será imediatamente conduzida à presença do juiz de instrução que poderá ordenar a sua restituição à plena liberdade se considerar que não há fundamento para a medida.

3 — Nenhuma prorrogação do período de manutenção sob custódia terá lugar sem decisão do juiz de instrução, mediante proposta fundamentada das entidades referidas no n.º 1.

4 — Decorrido o primeiro período, a pessoa custodiada será examinada obrigatoriamente por um médico, se o requerer, devendo ser advertida deste direito logo que for sujeita à medida. O relatório do médico será junto ao processo.

5 — O juiz, por sua iniciativa ou a requerimento da pessoa custodiada ou de algum seu familiar, poderá ordenar que aquela lhe seja presente, interrogá-la e pôr termo à medida em qualquer altura, desde que se convença que tal medida deixou de ser absolutamente indispensável.

Artigo 11.º

A autoridade de polícia judiciária pode ordenar a identificação de qualquer pessoa sempre que tal se mostre necessário ao desempenho do serviço de prevenção ou investigação criminal, constituindo a sua recusa crime de desobediência qualificada.

Artigo 12.º

A recusa de prestação das informações a que se refere o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 364/77, de 2 de Setembro, e das regras de procedimento dele resultantes, bem como as de quaisquer elementos de identificação mencionados nos artigos 41.º a 44.º do mesmo diploma será punida como desobediência qualificada.

Artigo 13.º

É revogado o n.º 2 do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 364/77, de 2 de Setembro, aplicando-se a regra do corpo do artigo 311.º do Código de Processo Penal.

Artigo 14.º

O presente diploma entra em vigor no dia imediato ao da sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 33/80

Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Estatuto dos magistrados judiciais — Remunerações dos magistrados judiciais — Competência legislativa das regiões autónomas — «Matérias de interesse específico para as regiões» — Princípio da reserva de soberania.

1. Ao abrigo do n.º 1 do artigo 281.º da Constituição o Procurador-Geral da República solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade do decreto regional n.º 23/79/A, da assembleia regional dos Açores, publicado no Diário da República, 1.º série, n.º 282, de 7 de Dezembro de 1979, sobre o subsídio excepcional de fixação a atribuir a magistrados judiciais.

Nos termos da alínea a) do artigo 284.º da Lei Fundamental e da alínea a) do artigo 16.º do Estatuto da Comissão Constitucional, o Conselho da Revolução solicita, sobre o assunto, o competente parecer desta Comissão.

I

2. O decreto regional em apreciação compõe-se apenas de dois artigos.

No primeiro se determina que «os magistrados judiciais, quando exerçam as suas funções em qualquer comarca ou como presidente do círculo na região autónoma dos Açores, têm direito a um subsídio excepcional, denominado de fixação» (n.º 1), cujo montante é de 10 000\$ mensais (n.º 2).

No segundo, se prescreve que os encargos resultantes «serão suportados pelo orçamento regional» (n.º 1), ficando desde logo «o governo regional autorizado a introduzir no orçamento em execução, as necessárias alterações» (n.º 2).

Segundo o preâmbulo deste mesmo diploma, tal dispositivo justificar-se-ia porque «ao longo dos últimos anos tem-se feito sentir uma significativa carência de magistrados judiciais nas comarcas da região autónoma dos Açores» e que «as crescentes queixas das populações sobre o atraso na solução dos problemas judiciais, de natureza civil e penal, fazem perigar o respeito pela lei e ordem democrática, pondo em causa os fundamentos dos nossos valores tradicionais»; conseqüentemente, acrescenta o mesmo preâmbulo, «... torna-se necessário criar, com carácter excepcional, um instrumento de incentivação à fixação de magistrados judiciais na Região, a fim de se garantir uma pronta e indispensável administração da justiça na nossa sociedade democrática».

3. Enviado o decreto regional, acabado de sumariar, para assinatura e publicação, entendeu contudo o Ministro da República exercer o direito de veto que lhe é conferido pelo n.º 2 do artigo 235.º da Constituição, solicitando nova apreciação do diploma.

Para esse efeito, invocou como fundamento da sua decisão, por um lado, o facto de «o objectivo que a publicação do referido diploma visava se encontra atingido com o despacho n.º 106, de 30 de Abril de 1979, do Ministro da Justiça», do qual dera oportunamente conhecimento directo ao governo regional, evitando-se assim, por outro lado, «possíveis melindres no atinente à independência do poder judicial».

Porém, considerando nomeadamente que a medida prevista no referido despacho do Ministro da Justiça, «não resolveu o problema referido e, que se saiba, até esta data nenhum magistrado recebeu qualquer subsídio», entendeu a assembleia regional dos Açores, aprovar, por unanimidade dos deputados presentes, uma resolução confirmando «quer na generalidade quer na especialidade o decreto-regional n.º 22/79», para os efeitos previstos no n.º 3 do artigo 235.º da Constituição ⁷⁸

4. Foi então que o Procurador-Geral da República solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do referido decreto regional, apresentando para esse efeito as suas alegações. Estas, fundamentadas em argumentos jurídicos de cariz orgânico e material, advogam a inconstitucionalidade do referido decreto «por violação do disposto no artigo 229.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República».

⁷⁸ Assim, os magistrados colocados na região autónoma dos Açores, passariam a receber os dois subsídios: o decidido pelo Ministro da Justiça e o regional; nas alegações da assembleia regional dos Açores diz-se que esta decisão alterou a situação «de facto» existente: «O relativo afluxo de juízes à Região verificado já este ano comprova que a expectativa de receber os dois subsídios — o do Ministro da Justiça e o regional — começaria a funcionar como motivação séria. Consideramos fundamental que tal expectativa se não fuste, como se frustrará, se um dos subsídios desaparecer.»

Pelo contrário, solicitada a pronunciar-se sobre o pedido de declaração de inconstitucionalidade, a assembleia regional dos Açores, através de ofício assinado pelo seu presidente, procura refutar os argumentos jurídicos aduzidos, acrescentando outros de cariz factual que esta Comissão não pode apreciar⁷⁹.

Tudo visto, cumpre emitir parecer⁸⁰.

II

5. A primeira questão debatida consiste em saber se a matéria em apreço foi reservada ou não pela Assembleia Constituinte à exclusiva competência da Assembleia da República; no caso afirmativo, o diploma *sub judice* seria organicamente inconstitucional.

Prima facie parecerá que assim é, dado que o artigo 167.º da Lei Fundamental prescreve, na sua alínea j), que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre «organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados, salvo quanto aos tribunais militares...»

Ora sabe-se que, para certos publicistas, a expressão «estatuto»⁸¹ não pode deixar de abarcar as remunerações em sentido lato, dado que aquela engloba «o conjunto das normas legais que define e regula os poderes e deveres correspondentes à qualidade de funcionário»⁸²; e, se assim fosse, o decreto regional em apreço seria, repete-se, organicamente inconstitucional.

Simplemente, à luz da interpretação conjugada de certas disposições da actual Constituição da República, e só para efeito de determinação do âmbito da competência exclusiva da Assembleia da República, não pode o intérprete constitucionalista acolher uma tal definição, não querendo porém negar o seu valor científico em sede de Direito administrativo.

Com efeito, após ter determinado, na já citada alínea j), que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre o estatuto dos magistrados, o artigo 167.º, desta feita na sua alínea n), outorga ao mesmo órgão idêntica exclusividade quanto à «remuneração do Presidente da República, dos Deputados, dos membros do Governo e dos juizes dos tribunais superiores».

Da leitura conjugada destas duas alíneas, logo sobressai que o poder constituinte de 1976 não entendeu reservar à Assembleia da República uma competência exclusiva quanto à remuneração dos juizes outros que os dos tribunais superiores; *a fortiori* não haverá, nesta perspectiva interpretativa, inconstitucionalidade orgânica do decreto regional em apreço⁸³.

⁷⁹ Aí se afirma, nomeadamente: «O assunto em apreciação é muito grave — demasiado grave para ser encarado dentro de um esquematismo secamente jurídico que, aliás, e a bom rigor, nunca deve ser dominante em nenhum ramo de Direito Constitucional ou Político».

E a seguir acrescenta: «*A medida legislativa ora em apreciação pretendeu salvaguardar, nos Açores, a presença visível e actuante de uma justiça portuguesa.* A realidade social que a fundamentou era a inegável carência de magistrados na Região» (itálico no original).

⁸⁰ Por razões jurídicas óbvias, todas atinentes ao domínio da competência desta Comissão, não curará apreciar, nesta sede, a compatibilidade entre o preceituado no debatido decreto regional e o estabelecido numa «lei geral da República», mais precisamente, no artigo 27.º, n.º 7, da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro (Estatuto dos Magistrados Judiciais), segundo a nova redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 348/80, de 3 de Setembro.

⁸¹ Cf. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, ed. Porense, Rio de Janeiro, 1980, tomo II, p. 623.

⁸² Nas suas alegações, o Procurador-Geral da República, depois de citar em apoio os professores A. Plantey (*Traité Pratique de la Fonction Publique*, vol. II, pp. 743 e seguintes) e Marcello Caetano (*Manual de Direito Administrativo*, 9.º ed., vol. II, pp. 738-740), afirma: «A remuneração dos funcionários faz parte do seu estatuto e nela se englobam as demais importâncias estatutárias ou ocasionais, como vencimento acessório, segundo entendimento pacífico.»

⁸³ Sobre a inconstitucionalidade orgânica de diplomas regionais por legislarem sobre matérias da exclusiva competência da Assembleia da República, v. os pareceres desta Comissão n.ºs 1/77, 5/78, 10/78, 27/78 e 1/79, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, respectivamente, vols. I, IV, V, VI e VII.

6. Mas será que se pode então deduzir, *a contrario sensu*, que a fixação das remunerações dos juízes integrados nos tribunais outros que os superiores pode resultar do exercício de competência normativa atribuída a entidades outras que os órgãos de soberania definidos no artigo 113.º, n.º 1, da actual Constituição?

A resposta a esta questão só pode ser francamente negativa. Entende, com efeito, esta Comissão, que uma tal fixação — sob a forma de subsídio ou sob qualquer outra forma —, constitui matéria sobre a qual só podem legislar, concorrencial e legitimamente, a Assembleia da República e o Governo, isto é, os órgãos de soberania que, tradicionalmente, são os titulares do poder normativo geral; e que, *mutatis mutandis*, as regiões autónomas, porque são apenas pessoas colectivas de direito público (artigo 229.º, n.º 1, da Constituição) não podem legislar, através dos seus órgãos de governo próprio, sobre matérias que a Constituição reserva, conjunta ou separadamente, a um qualquer dos seus órgãos de soberania⁸⁴.

Tal é o incontestável sentido que decorre da alínea a), do n.º 1 do artigo 229.º da Constituição, o qual prescreve que uma das atribuições das regiões autónomas é «legislar, com respeito da Constituição e das leis gerais da República, em matérias de interesse específico para as regiões que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania».

Articulado o preceituado nesta disposição, com o estipulado no artigo 227.º, n.º 3, da Constituição, segundo o qual a autonomia político-administrativa regional, que se exerce no quadro da Constituição, não afecta a integridade da soberania do Estado, logo ocorreria perguntar quais as matérias que, se bem que apresentando um interesse específico para a região autónoma, estão mesmo assim reservadas à competência própria dos órgãos de soberania.

Porém, qualquer que venha a ser a resposta definitiva a essa pergunta, ou melhor, qualquer que seja o efectivo domínio dessas matérias, dir-se-á, desde já, que a «integridade da soberania do Estado» não pode deixar de abarcar, quer haja ou não interesse específico regional, todas as matérias que digam respeito ao estatuto de um qualquer dos órgãos de soberania, à sua organização e ao seu funcionamento, às suas atribuições e às suas competências, bem como aos direitos e deveres dos seus representantes⁸⁵.

Dir-se-á, por outras palavras, que o princípio do interesse específico regional, constitucionalmente salvaguardado, não é, nem pode ser, no nosso actual sistema constitucional, hierarquicamente superior ao princípio a que chamaremos de reserva de soberania. E quando é este princípio que está em jogo, nem sequer se torna necessário saber se existe, no caso então em apreciação, um qualquer «interesse específico regional»⁸⁶. Bastará tão só averiguar se essa matéria constitui, pela sua própria natureza, a manifestação de um qualquer dos atributos de um qualquer dos órgãos de soberania ou de um qualquer dos seus legítimos representantes, na ocorrência os magistrados.

Só assim se compreenderá, tendo presente o princípio do «interesse específico regional», que o artigo 3.º, n.º 1, da Lei Fundamental, estipule que a soberania, que reside no povo e que se exerce segundo as formas nela previstas, é una e indivisível⁸⁷; só assim se compreenderá, inversamente, e tendo desta feita presente o princípio de «reserva de soberania», que no já citado artigo 227.º, n.º 3, se prescreva que a autonomia político-administrativa regional, que se exerce no quadro da Constituição, não afecta a integridade da soberania do Estado.

⁸⁴ Sobre as matérias de índole manifestamente nacional, ver, por todos, Costantino Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, Pádua, 1976, tomo II, pp. 991 e segs.

⁸⁵ A este respeito, é imprescindível ler o que escreve o Dr. Amâncio Ferreira, juiz de Direito e vogal desta Comissão, em recente e oportuna obra, in *As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa*, Livraria Almedina, Coimbra, 1980, pp. 61-62.

⁸⁶ No entanto, como se sabe, «a Comissão Constitucional não tem regateado energias em vista a contribuir para a definição deste critério e tem exercido uma actividade digna de relevo sempre que chamada a pronunciar-se sobre a especificidade do interesse regional, em relação aos diversos casos concretos que lhe têm sido submetidos» (cf. F. Amâncio Ferreira, *As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa*, op. cit., p. 83).

⁸⁷ No parecer n.º 11/78 desta Comissão diz-se que «os poderes legislativos das regiões têm como base o interesse específico, o qual se encontra negativamente delimitado pela unidade do Estado e pelo interesse nacional», in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1979, vol. v, p. 70 e bibliografia.

Extensíveis aos tribunais — que, lembramos, são um dos cinco órgãos de soberania (artigo 113.º, n.º 1, da Constituição) —, tais preceitos tornam imediatamente clara a ratio legis do artigo 220.º da Lei Fundamental, o qual dispõe que «os juízes dos tribunais judiciais formam um corpo único e regem-se por um só estatuto».

Tal não significa, então, que as normas legais que estabelecem esse «único» corpo e estatuto (entendido este no seu sentido mais amplo, abarcando portanto as remunerações) tenham que provir do exercício da competência exclusiva de um único órgão de soberania.

Tal não significa, também, que esse «único» corpo e estatuto não admita a existência de certas regalias específicas quanto a certos juízes ou, *mutatis mutandis*, que elas tenham que ser absolutamente idênticas para todos os juizes, quaisquer que sejam as suas funções ou o local onde as exercem ⁸⁸.

Tal significa, pelo contrário, que só haverá um único corpo e estatuto se as normas legais que os estabelecem provêm de um órgão de soberania titular, nessa matéria, de uma competência normativa geral, não só territorialmente, mas também *intuitu personae* e *intuitu materiae*⁸⁹.

7. Assim, pelas razões em súmula expostas, não pode esta Comissão deixar de considerar inconstitucional, o decreto regional em apreço, porque não só emana de órgão constitucionalmente incompetente, como também legisla sobre matéria que, por força de princípios e normas constitucionais vigentes, pertence exclusivamente, embora concorrentemente, a dois órgãos de soberania: à Assembleia da República e ao Governo.

III

8. Contudo, antes de concluir, gostaria esta Comissão de formular, sobre a questão pendente, duas observações suplementares ou complementares.

a) Diz-se que, ao proceder a uma distinção entre a fixação da remuneração dos juízes dos tribunais superiores e a dos juízes dos demais tribunais, a Constituição teria consignado «uma primeira brecha à unidade do estatuto da magistratura» prevista no artigo 220.º da Lei Fundamental ⁹⁰.

Salvo o devido respeito, não será porventura assim. Mesmo que a fixação da remuneração de *todos* os juízes pertencesse à exclusiva competência da Assembleia da República, sempre poderia esta última, por via de autorização legislativa (artigo 168.º da Constituição), delegar tal competência ao Governo, atingindo-se assim o mesmo resultado que logo se criticava ⁹¹.

Mas, mais importante ainda, é o facto de que a «unidade» do estatuto da magistratura pode ser salvaguardada, no actual sistema constitucional e em derradeira instância, pela Assembleia da República. Primeiramente, em caso de intervenção normativa inicial do Governo, através do instituto da ratificação de decretos-leis (artigos 172.º da Constituição); seguidamente, através do poder de iniciativa legislativa dos seus Deputados (artigo 170.º da Constituição), legislando ela própria sobre a matéria.

É, aliás, esta última prática que tem sido ultimamente seguida pela Assembleia da República. Como se escreve, muito a propósito, nas alegações do Ministério Público, esse

⁸⁸ Muito a propósito, nas alegações da assembleia regional da Madeira escreve-se, a respeito da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro, que «no artigo 27.º, n.º 6, e no artigo 29.º, n.º 3, dá-se um tratamento especial — ao nível de subsídio de fixação, e ao de despesas de deslocação — aos juízes colocados nas regiões autónomas. Isto posto, só pode depreender-se que a existência de *regras especiais* directamente conexas com a fixação de juízes nas regiões autónomas, ou a sua deslocação de e para lá não afecta a unicidade do estatuto dos juizes de Direito, prevista no artigo 220.º da Constituição» (itálico no original).

⁸⁹ Por outras palavras, diz o Procurador-Geral da República nas suas alegações: «A legislação regional não é expressão de soberania, mas de mera autonomia; deste modo, se a soberania implica absoluta independência de um ordenamento em relação a outro e a autonomia uma subordinação parcial e conseqüente controlo de um ordenamento inferior por outro que lhe é superior (cf. Zanobini, *Corso...*, vol. III, p. 146), não é representável um sistema de interferência de órgão legislativo regional no sistema unitário do poder judicial.»

⁹⁰ Cf. alegações do Procurador-Geral da República e, ainda, Cunha Rodrigues, *A Constituição e os Tribunais*, Lisboa, 1977, p. 62.

⁹¹ Não se julga necessário, quanto ao fundo da questão, abordar o tema da independência da magistratura, no seu aspecto económico, referido nas alegações do Ministério Público que, a esse respeito, cita Carlo Guarnieri, «L'indipendenza della magistratura», in *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, XXXIII, 1979, n.º 1, pp. 29 e segs.

órgão de soberania tem «chamado a si a fixação da remuneração de todos os magistrados judiciais», enquanto deixa «para o Governo a revisão das remunerações dos magistrados do Ministério Público»⁹².

Mas verificar-se-á então «que, não obstante a Constituição só reservar à Assembleia da República a legislação sobre remuneração de juizes dos tribunais superiores, se adoptou o *entendimento* de que essa competência abrange os restantes magistrados judiciais em nome da unidade do estatuto da magistratura judicial afirmada no artigo 220.º da Constituição»⁹³.

Mesmo admitindo, por hipótese, que esse «entendimento» existe — o que, aliás, não resulta nem dos preâmbulos dos diplomas pertinentes, nem dos debates parlamentares, nem de qualquer declaração oficial, colectiva ou singular, de entidades representativas dos dois órgãos de soberania interessados — tal não bastaria para dele fazer brotar uma norma constitucional consuetudinária; além do elemento «de facto», isto é a existência de um uso constante e geral, suficientemente repetido no tempo⁹⁴, faltaria também a *opinio juris vel necessitatis*, isto é, a consciência de que esse «entendimento» implica a aceitação do carácter obrigatório da conduta pelos próprios sujeitos do direito, na ocorrência, a Assembleia da República e o Governo⁹⁵.

Mas mesmo que estes dois elementos — o material e o psicológico — existissem, só seria aceitável, na melhor das hipóteses, a existência de um costume constitucional ou *secundum-legem* ou *praeter-legem*; mas nunca, no quadro de um sistema jurídico-constitucional que assenta no primado da norma escrita, a existência de um costume constitucional *contra-legem*⁹⁶.

Ora, como já foi dito, do espírito e da letra das alíneas j) e u) do artigo 167.º da actual Constituição, transparece cristalinamente que a fixação da remuneração dos juizes dos tribunais não superiores não pertence à exclusiva competência da Assembleia da República; e que, por isso, nos termos da alínea o), do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, compete ao Governo, no exercício de funções legislativas, «fazer decretos-leis em matérias não reservadas ao Conselho da Revolução ou à Assembleia da República».

b) A segunda observação diz respeito ao alcance jurídico-político do chamado princípio de «reserva de soberania». Não se vislumbra que este princípio possa ser ou tornar-se incompatível, em termos constitucionais, com a defesa dos direitos e interesses das regiões autónomas, nomeadamente quanto às matérias que, muito embora apresentem ou sejam de interesse específico regional, estão reservadas à competência dos órgãos de soberania. Não é assim, essencialmente por três motivos, todos extraídos da arquitectura constitucional vigente.

Em primeiro lugar porque, nos termos do artigo 231.º, n.º 2, da Constituição, «os órgãos de soberania ouvirão sempre, relativamente às questões da sua competência respeitantes às regiões autónomas, os órgãos de governo regional»⁹⁷.

Em segundo lugar, desta feita nos termos da alínea c), n.º 1, do artigo 229.º da Constituição, as regiões autónomas podem «exercer iniciativa legislativa, mediante a apresentação de propostas de lei à Assembleia da República»; pese embora o facto desta faculdade não ter sido, até à data, frequentemente exercida, ela ofereceria, precisamente para a solução da questão em debate, uma via perfeitamente adequada⁹⁸.

⁹² Cf. Decreto-Lei n.º 441/79, de 7 de Novembro.

⁹³ Cf. alegações do Procurador-Geral da República (o itálico é nosso).

⁹⁴ Vide, entre outros, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Faculdade de Direito, Lisboa, 1977 (policopiado) pp. 183-186.

⁹⁵ Vide F. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa, 1972, pp. 204-207.

⁹⁶ Cf. artigos 3.º, 1401.º e 1718.º, do Código Civil; vide ainda, do mesmo Código, os seus artigos 737.º e 1400.º

⁹⁷ Sobre o dever de audição dos órgãos de governo regional, vide o recente parecer n.º 18/79 desta Comissão, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, op. cit., vol. VIII, pp. 295 e segs.

⁹⁸ Vide também o artigo 170.º, n.º 1, da Constituição que depõe: «A iniciativa da lei compete aos Deputados e ao Governo, bem como, no respeitante às regiões autónomas, às respectivas assembleias regionais».

Em terceiro lugar, porque, em última análise, nos termos do artigo 229.º, n.º 2, da Lei Fundamental, «as assembleias regionais podem solicitar ao Conselho da Revolução a declaração da inconstitucionalidade de normas jurídicas emanadas dos órgãos de soberania, por violação dos direitos das regiões consagrados na Constituição»; e, contrariamente à precedente, esta faculdade tem sido exercida assaz frequentemente⁹⁹.

Por isso se afirma que a Assembleia Constituinte soube sabiamente encontrar os mecanismos constitucionais que salvaguardam, sem menosprezo do princípio da «reserva de soberania», mas em todas as fases do processo normativo, o princípio do «interesse específico regional».

E o mesmo se poderá dizer, também, da própria Assembleia da República, na medida em que, ao aprovar recentemente o Estatuto da Região Autónoma dos Açores¹⁰⁰, entendeu preservar os dois princípios.

Primeiramente, justamente na precisa questão em apreciação, ao determinar no artigo 8.º do referido Estatuto, que «lei especial definirá uma organização judiciária própria e adequada para a região autónoma».

Seguidamente, agora quanto à matéria que neste parecer subjaz, ao definir longamente, no seu artigo 27.º, as matérias que, «designadamente», constituem interesse específico para a Região¹⁰¹.

IV

9. Em virtude do exposto, a Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução, deve declarar a inconstitucionalidade das normas constantes do Decreto Regional n.º 23/79/A, de 7 de Dezembro, por violação do disposto nos artigos 220.º e 229.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República.

Lisboa e Comissão Constitucional, 20 de Novembro de 1980. — *Jorge Campinos — Fernando Amâncio Ferreira — Armindo Ribeiro Mendes — José António Fernandes — Jorge de Figueiredo Dias — Afonso Cabral de Andrade — Rui de Alarcão — Joaquim Costa Aroso — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

Não se discute aqui a questão de saber se se trata de um poder de iniciativa legislativa geral, ou tão só limitado a matérias de âmbito regional; neste último sentido se pronunciou o Juiz Dr. F. Amâncio Ferreira, vogal desta Comissão, no seu livro *As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa*, op. cit., p. 79.

⁹⁹ Cf. F. Amâncio. Ferreira, *As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa*, op. cit., pp. 1540 segs.

¹⁰⁰ Cf. *Diário da República*, 1.ª série, n.º J79, de 5 de Agosto de 1980.

¹⁰¹ Observe-se, que o debate parlamentar sobre esse preceito se afigura particularmente rico, quanto ao alcance do «interesse específico regional» cf. *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 70, de 26 de Junho de 1980, pp. 3380-3381.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 410/80

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Procurador-Geral da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, declara com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas constantes do Decreto Regional n.º 23/79/A, aprovado pela Assembleia Regional dos Açores em 8 de Junho de 1979 e publicado no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 282, de 7 de Dezembro de 1979, sobre o subsídio excepcional de fixação a atribuir a magistrados judiciais, por violação do preceituado nos artigos 220.º e 229.º, n.º 1, alínea a), da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 10 de Dezembro de 1980.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 293, de 20 de Dezembro de 1980.)

REGIÃO AUTÓNOMA DOS AÇORES
ASSEMBLEIA REGIONAL

Decreto Regional n.º 23/79/A

Subsídio excepcional a atribuir a magistrados judiciais

Ao longo dos últimos anos tem-se feito sentir uma significativa carência de magistrados judiciais nas comarcas da Região Autónoma dos Açores.

As crescentes queixas das populações sobre o atraso na solução dos problemas judiciais, de natureza civil e penal, fazem perigar o respeito pela lei e ordem democrática, pondo em causa os fundamentos dos nossos valores tradicionais.

Consequentemente, torna-se necessário criar, com carácter excepcional, um instrumento de incentivação à fixação de magistrados judiciais na Região, a fim de se garantir uma pronta e indispensável administração da justiça na nossa sociedade democrática.

Assim, a Assembleia Regional dos Açores decreta, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 229.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º — 1 — Os magistrados judiciais, quando exerçam as suas funções em qualquer comarca ou como presidente do círculo na Região Autónoma dos Açores, têm direito a um subsídio excepcional, denominado de fixação.

2 — O subsídio excepcional de fixação é de 10 000S mensais.

Art. 2.º — 1 — Os encargos resultantes da aplicação do presente decreto regional serão suportados pelo orçamento regional.

2 — Fica o Governo Regional autorizado a introduzir, no orçamento em execução, as necessárias alterações.

Aprovado pela Assembleia Regional dos Açores, na Horta, em 8 de Junho de 1979.

O Presidente da Assembleia Regional dos Açores, *Alberto Romão Madruga da Costa*. Publique-se.

O Ministro da República, *Henrique Afonso da Silva Horta*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 282, de 7 de Dezembro de 1979.)

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 1/81

Conversão da multa em prisão — Conversão da pena disciplinar de multa em prisão — Reserva de competência dos Tribunais — Direito à liberdade — Segurança — Relações especiais de poder.

Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Procurador-Geral da República solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 116.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (em seguida abreviadamente designado CPDMM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943. Por despacho do Presidente do Conselho da Revolução, de 17 de Julho de 1980, foi solicitado, nos termos da alínea a) do artigo 284.º da Constituição e da alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, o parecer desta Comissão Constitucional sobre o assunto.

Notificado o Primeiro-Ministro para, querendo, se pronunciar sobre a questão, não foi por ele oferecida qualquer resposta.

I) O problema em análise

Dispõe o artigo 116.º do CPDMM que «a multa aplicada, se não for paga dentro do prazo de oito dias após a notificação do arguido, será convertida em prisão à razão de 10\$ por dia».

Acentua o Sr. Procurador-Geral, ao fundamentar o seu pedido, que «a norma transcrita, na medida em que comina a conversão em prisão da pena disciplinar de multa, estaria, só por si, e para uma certa corrente doutrinal e jurisprudencial, ferida de inconstitucionalidade material, por violação dos preceitos dos artigos 27.º, n.º 2, e 13.º, n.º 2, da Constituição». E que, mesmo para quem assim o não entenda, a norma em causa não deixará de ser inconstitucional. «Com efeito — acrescenta —, a competência para a imposição de penas disciplinares está atribuída, nos termos do artigo 59.º do CPDMM e do artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 678/75, de 6 de Dezembro, na redacção que lhe foi introduzida pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 194/78, de 19 de Julho, a determinadas entidades (capitão do porto, armador, comandante) que não detêm nem podem fazer uso de poderes jurisdicionais, uma vez que a função jurisdicional é exclusiva dos tribunais, conforme resulta dos artigos 205.º, 206.º e 212.º e seguintes da Constituição».

«Daí — conclui o Procurador-Geral da República — que a conversão da multa disciplinar em prisão viole frontalmente o citado n.º 2 do artigo 27.º da Constituição onde, além do mais, se prescreve que a privação da liberdade só pode ter lugar «em consequência de sentença judicial condenatória [...],» estabelecendo, assim, além de uma reserva de lei, também uma reserva de decisão judicial.»

II) Competência da Comissão Constitucional

A Comissão Constitucional é competente, nos termos dos artigos 281.º, n.º 1, e 284.º, alínea a), da Constituição, para emitir o parecer solicitado.

A norma cuja inconstitucionalidade é posta em causa é anterior à entrada em vigor da Constituição: o CPDMM foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943 e o seu artigo 116.º não foi atingido por qualquer dos diplomas que posteriormente introduziram modificações naquele Código, nomeadamente os Decretos-Leis n.ºs 678/75, de 6 de Dezembro, e 194/78, de 19 de Julho. Alguns membros desta Comissão Constitucional persistem no entendimento ¹⁰²de que as normas do direito ordinário contrárias à Constituição mas anteriores a ela não se mantêm em vigor, pelo que lhes não é cabido o regime das leis inconstitucionais, mesmo para efeito da sua fiscalização pelo Conselho da Revolução.

Mas a maioria dos membros actualmente em funções continua a entender que esta é competente para apreciar da conformidade com a Constituição das normas de direito ordinário anteriores àquela — seja de todas elas ¹⁰³, seja ao menos das que, por atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias consignados na Constituição, entram na

¹⁰² No fundamental pelas razões constantes dos seus votos de vencidos no Acórdão n.º 40 desta Comissão, de 28 de Julho de 1977, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 269, pp. 73 e segs.

¹⁰³ No essencial em vista da argumentação contida no citado Acórdão n.º 40 (n.º 1), pp. 61 e segs.

previsão do seu artigo 293.º, n.º 3, e se tornaram, neste sentido, em normas pós-constitucionais ¹⁰⁴.

III) *A constitucionalidade da conversão da multa em prisão*

O artigo 116.º do CPDMM não pode considerar-se inconstitucional pelo facto de prever a conversão de uma multa não paga em prisão. Os artigos 27.º, n.º 2, e 13.º, n.º 2, da Constituição, não determinam, em geral, a inconstitucionalidade da imposição de uma pena de prisão por conversão de uma multa não paga — trate-se de uma multa decretada como pena autónoma, como pena complementar ou como pena de substituição.

É esta a posição que vem assumindo continuamente esta Comissão Constitucional, desde o seu acórdão n.º 149, de 13 de Março de 1979 ¹⁰⁵, sem até agora ter sido avançada qualquer razão substancial que a leve a rever ou, muito menos, a alterar a sua opinião. Esta fundamenta-se, em súmula apertada tendente a evitar uma reprodução *in extenso* da motivação do acórdão acabado de referir, nas considerações seguintes:

Em primeiro lugar, a pena de prisão resultante da conversão de uma pena de multa é uma verdadeira pena. Quando, pois, o artigo 27.º, n.º 2, da Constituição, fala de «acto punido por lei com pena de prisão», não há a priori impedimento textual a que como tal se considere a prisão em que foi convertida a multa. Pois a «lei» que o texto constitucional refere não é só o «preceito» que contém a descrição do acto e estabelece a sanção respectiva, mas a totalidade da ordem legal jurídico-penal onde se contêm todas as penas em abstracto aplicáveis a um certo facto.

Em segundo lugar, o respeito pelo princípio da legalidade afere-se pela totalidade da ordem jurídico-penal, não por qualquer preceito isolado. Pelo que o legislador constitucional, se tivesse querido afastar a possibilidade de conversão, tê-lo-ia decerto declarado expressamente. Não o tendo feito, deve concluir-se que o artigo 27.º, n.º 2, se basta com que a lei preveja a aplicação da pena de prisão, dentro de certas circunstâncias definidas, a um certo facto, mesmo que essa prisão não esteja directamente conexas com o facto respectivo no mesmo preceito legal que o prevê, o descreve e lhe liga a sanção em princípio aplicável.

Em terceiro lugar, não pode afirmar-se que o sistema da conversão crie uma discriminação sistemática em detrimento dos economicamente mais desfavorecidos, contrariando com isto o princípio da igualdade contido no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição. Este princípio implica, em geral, que recebam tratamento semelhante os que se acham em condições semelhantes e, no que toca especificamente à matéria penal, que qualquer diferenciação das incriminações ou das penas possua um fundamento material razoável. Tais exigências são respeitadas pelo sistema da conversão, por isso que a pena é a todos imposta e medida igualmente, tendo em consideração as condições económicas de cada um e, de um modo geral, a culpabilidade do delincente. Pode pôr-se em dúvida que um certo sistema de conversão seja o que melhor se adequa ao (ou realiza o) princípio da igualdade. Mas não parece lícito duvidar de que o sistema da conversão possui, em princípio e em geral, um fundamento material razoável, que o subtrai à incidência crítica do princípio da igualdade e o faz entrar na discricionariedade do legislador ordinário ¹⁰⁶.

IV) *Enquadramento da norma questionada no Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante*

1. O CPDMM foi, na sua versão original, aprovado por Carta de Lei de 4 de Julho de 1864. Tratava-se de uma lei penal especial, complementar do Código Penal e, assim, cabida na referência contida no n.º 1 do § único do artigo 15.º do texto de 1852 ¹⁰⁷. O seu título de «Código Penal e Disciplinar» não deveria ser entendido como se este previsse infracções de natureza penal e infracções de natureza disciplinar: como logo se concluiu do

¹⁰⁴ Cf. declaração de voto anexa ao acórdão n.º 149, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 285, pp. 146 e segs.

¹⁰⁵ Publicado em *Apêndice ao Diário da República*, de 31 de Dezembro de 1979, pp. 42 e segs., bem como no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 285, pp. 135 e segs. No mesmo sentido cf., por último, o acórdão n.º 303 desta Comissão, de 11 de Novembro de 1980, do qual constam as considerações que em texto se seguem.

¹⁰⁶ Sobre o tema, por último, Dolcini, «Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza», *Riv. it. dir. e proc. penale*, 1972, pp. 408 e segs. e A. Beristains, «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», in *Anuário de Derecho Penal*, 1975, pp. 379 e segs.

¹⁰⁷ Texto correspondente, no essencial, ao ainda hoje vigente.

seu artigo 7.º, ele continha apenas infracções, de carácter penal, à regulamentação ou «disciplina» da marinha mercante. Infracções que — de acordo com a tripartição formal e quantitativa, vulgarizada a partir do direito penal napoleónico¹⁰⁸ — podiam constituir «crimes», «delitos» ou «contravenções», mas que por isso, ainda quando se reportavam a meras «faltas de disciplina» (cf. artigo 17.º), eram na essência ilícitos de natureza penal¹⁰⁹.

Conclusão em nada afectada pela circunstância de a jurisdição e competência — pertencente, para os delitos marítimos, aos «tribunais marítimos comerciais» (artigo 56.º e segs. do CPDMM) e para os crimes marítimos aos tribunais comuns (artigo 66.º) — ser deferida, em relação às contravenções ou «faltas de disciplina», aos intendentes da marinha e capitães de portos, aos comandantes dos navios do Estado, aos cônsules portugueses, aos capitães de navios mercantes em porto estrangeiro e aos capitães nos seus próprios navios (artigo 47.º). Pois é sabido que durante todo o séc. XIX — e mesmo durante a primeira metade do séc. XX — não havia consciência plena da integral jurisdicionalização da matéria criminal, considerando-se as contravenções, se bem que ainda de natureza penal, compatíveis com o ordenamento e a competência *de policia* e, por isso mesmo, integrantes de um *ilícito criminal administrativo*¹¹⁰.

2. Da verdadeira natureza das faltas à disciplina da marinha mercante no âmbito do CPDMM de 1864 não terá tido clara percepção, porém, o legislador do Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943, que, pretendendo reformular aquele Código, profundamente lhe modificou o carácter.

a) No relatório do diploma de 1943 censurava-se o velho Código de 1864 porque «estava incapaz de satisfazer às necessidades actuais da marinha mercante e não permitia, por vezes, o funcionamento normal dos meios de repressão indispensáveis para assegurar a perfeita execução de tão importante serviço público». Uma das razões estaria precisamente em que «o Código de 1864, relativamente a determinados factos, simultaneamente ofensivos da disciplina e da lei penal, não distinguia o ilícito disciplinar do ilícito penal e formava como que uma única infracção [...]». «Essa confusão dos dois meios repressivos — conclui, de forma apodíctica, o relatório — não tem qualquer justificação [...] A repressão disciplinar deve ser exercida pelos superiores hierárquicos, ou seja pelas entidades a quem incumbe a responsabilidade de manter a boa execução dos serviços, enquanto que a repressão penal tem de ser levada a efeito pelos tribunais ordinários ou pelos tribunais especiais, na sua qualidade de órgãos encarregados de exercer a função judicial».

Daí que o legislador de 1943 siga, relativamente ao Código de 1864, «um sistema inteiramente diverso. As infracções disciplinares são totalmente distintas das infracções penais, e estas, por sua vez, são divididas em crimes marítimos e crimes comuns». Por estas razões — lê-se ainda no mesmo relatório —, aos tribunais marítimos foi apenas atribuída competência de natureza penal, reservando-se as atribuições disciplinares para as entidades a quem incumbe essa função pela sua posição hierárquica».

Fica assim claro que a partir de 1943 se pretendeu que no CPDMM *coexistissem o ilícito criminal e o ilícito disciplinar, transformando neste o que até aí constituía ilícito criminal administrativo (contravencional)*. E se submeteu cada um daqueles dois ilícitos aos princípios, substantivos e adjectivos, que ao tempo se consideravam adequados à «necessidade de estabelecer uma organização repressiva susceptível de ser aplicada em lugares afastados, para não protelar por demasiado tempo a aplicação das sanções penais ou disciplinares».

¹⁰⁸ Sobre o ponto cf., entre nós, especialmente, Caeiro da Matta, *Direito Criminal Português*, II, 1911, pp. 147 e segs. e Beleza dos Santos, *Direito Criminal* (lições coligidas por H. Marques), 1936, pp. 248 e segs.

¹⁰⁹ Uma das poucas referências doutrinárias a este código existentes encontra-se em Caeiro da Matta (n.º 7), I pp. 275 e segs., em nota. Anote-se, entretanto, que a situação no direito da marinha mercante é algo diferente da que se verifica no direito militar no tocante à relação entre o ilícito penal e o ilícito disciplinar: sobre este ponto cf. o parecer n.º 18/77, de 7 de Julho, desta Comissão (*Pareceres da Comissão Constitucional*, 2.º vol., 1977, pp. 126 e segs.).

¹¹⁰ Disto é testemunho exemplar o título VII do nosso Código Penal actual, ainda subordinado à epígrafe «Das contravenções de policia». O tema é bem conhecido da doutrina criminal portuguesa, bastando referir os estudos de Beleza dos Santos, «Ilícito Penal Administrativo e Ilícito Criminal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 5 (1945), n.ºs 1 e 3 e de Eduardo Correia, *Direito Criminal*, vol. 1 (1963), pp. 20 e segs. e «Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XLIX (1973), pp. 257 e segs. Por último cf. a monumental investigação de H. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, 1. Hbb., 1977 (existe tradução espanhola).

b) Quanto ao *ilícito disciplinar*, que particularmente nos interessa, no novo Código «não se anunciam especificamente as infracções disciplinares nem se faz a indicação prévia e rígida das penas que lhes correspondem»: o que se faz é tão-só a enunciação dos deveres fundamentais cuja violação dá origem à repressão disciplinar.

Por outro lado, consagra-se o *princípio da autonomia e independência* da acção disciplinar relativamente à acção penal e retiram-se as consequências de um tal princípio, dotando-se o processo disciplinar de grande simplicidade e mantendo-se a definição da competência para ele a *entidades não jurisdicionalizadas*: o Ministro da Marinha; os capitães dos portos e os delegados marítimos; os comandantes dos navios de guerra; os cônsules portugueses; os capitães de navios mercantes (artigo 59.º).

Finalmente, e quanto às *penas disciplinares*, o texto de 1943 não modificou sensivelmente o quadro proveniente do Código de 1864. «Porém — acrescenta ainda o relatório — quanto à pena de prisão, reservou-se a sua aplicação, em geral, para os casos em que seja afectada a tranquilidade a bordo ou nos portos e determinou-se expressamente que essa sanção não pode ser aplicada no processo disciplinar, devendo por isso substituir-se por outra, sempre que o facto praticado seja também qualificado como infracção penal, a fim de evitar, nesse caso, a acumulação material desta pena corporal».

Desta forma trouxe o Código de 1943 para o âmbito da punição do ilícito *disciplinar* sanções que, segundo o Código de 1864, possuíam natureza penal (ainda que aplicáveis ao que então se considerava meras «contravenções»), em particular penas de prisão¹¹¹. Solução esta que podia ser concebível em épocas, como a que ocorria em 1943, de acentuado pendor repressivo — atentos os padrões político-jurídicos então prevalentes na comunidade portuguesa e a circunstância de se estar em pleno conflito mundial. Mas solução que seguramente, não podia atravessar incólume períodos históricos em que se verificasse a reacentuação dos valores democráticos, o recuo da repressão em favor de meios preventivos de política jurídica e social e, sobretudo, a tomada de consciência plena das exigências e implicações da ideia do Estado de Direito democrático em matéria punitiva, particularmente quanto à aplicação de medidas privativas de liberdade¹¹².

3. Não se estranhará por isso que, ainda antes da entrada em vigor da Constituição de 1976, o Decreto-Lei n.º 726/75, de 6 de Dezembro, tenha vindo obviar aos aspectos mais chocantes que, à luz da ideia democrática, derivavam do CPDMM de 1943.

a) Assim, por um lado, estabeleceu, no seu artigo 2.º, n.º 1, que «em relação aos indivíduos abrangidos pelo artigo anterior (isto é: os tripulantes, os inscritos marítimos, os não inscritos que exerçam mester relacionado com a vida de bordo e os passageiros de mais de 16 anos, referidos no artigo 44.º do CPDMM) a competência em matéria disciplinar caberá a um conselho de disciplina constituído a bordo». Desse conselho faziam parte, nos termos dos números seguintes daquele artigo 2.º, o comandante, mestre ou arrais da embarcação (que presidia, com voto de qualidade), bem como trabalhadores dos oficiais, da mestrança e da marinhagem.

Logo, porém, o relatório do Decreto-Lei n.º 194/78, de 19 de Julho, veio salientar que, se o CPDMM de 1943 se mostrava «evado dos vícios e ideologia do regime deposto», o Decreto-Lei n.º 678/75 incorria «no excesso oposto, consagrando, em matéria

¹¹¹ Segundo o Código de 1864 eram as seguintes, nos termos do artigo 10.º, as penas privativas de liberdade aplicáveis a contravenções: para os homens da equipagem, prisão até 8 dias, prisão a ferros até quatro dias, e prisão até cinco dias em lugar fechado; para os oficiais, prisão até três dias fazendo serviço, e prisão no camarote até oito dias; para os passageiros, reclusão no camarote até oito dias, se da câmara, e privação até oito dias de sair do alojamento mais de duas horas por dia, se do convés. A prisão ou a reclusão podiam, em qualquer caso, ser prolongadas por todo o tempo preciso quando o delinquente fosse perigoso ou tivesse cometido crime.

Segundo o Código de 1943 as penas privativas de liberdade por faltas disciplinares eram simplesmente: para os tripulantes, nos termos do artigo 49.º, a de prisão de três a sessenta dias e para os passageiros e outras pessoas a de prisão até cinco dias.

¹¹² Neste contexto revelou-se a inestimável experiência jurídico-constitucional alemã federal e italiana do pós-guerra. Cf. sobre a primeira, por outros, W. Sax, «Grundsätze der Strafrechtspflege», em *Die Grundrechte*, III/2 (1959), pp. 909 e segs.; G. Stratenwerth, «Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahme im Strafrecht», *Revue Pénale Suisse* 82 (1966), pp. 337 e segs.; Stree, *Deliktsfolgen und Grundgesetz* (1966), passim. Para a Itália, por outros, Dall'ora «L'ergastolo e la Costituzione», *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* (1956), p. 485; o vol. conjunto *Stato di Diritto e Misure di Sicurezza* (1962); Caraccioli, «Premesse alio studio della disciplina costituzionale delle misure di sicurezza», *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.* (1967), pp. 525 e segs.; Padovani, «Profili d'incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza», *Índice Penale* (1976), pp. 229 e segs.

disciplinar, um regime de carácter demasiado permissivo, que veio a originar a desresponsabilização das hierarquias, com prejuízo da normal operacionalidade dos navios». E em consequência, alterando profundamente o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 678/75, preceituou que «a competência em matéria disciplinar caberá ao armador ou ao comandante, mestre ou arrais da embarcação como seu representante legal». Esta entidade ouvirá, antes da decisão final, o conselho de disciplina, quando exista, conselho este integrado por trabalhadores dos oficiais, da mestrança e da marinhagem.

b) Por outro lado, e com não menor importância para o caso do presente parecer, o Decreto-Lei n.º 678/75, no seu artigo 4.º, eliminou a prisão do catálogo das penas disciplinares. Reconheceu assim, implicitamente, a incompatibilidade de princípio entre a existência de uma tal pena e a sua aplicação por entidades não judiciais, por um lado e a ordem jurídica democrática, por outro.

Simplemente aquele decreto-lei, não tendo tido o cuidado de revogar, simultaneamente — como decerto o teria feito se tivesse considerado especificamente o problema —, o artigo 116.º do CPDMM de 1943, originou a incongruência de a prisão ter desaparecido como pena disciplinar autónoma, mas ter continuado como pena disciplinar de substituição para o caso de a pena disciplinar de multa não ser paga ¹¹³! Incongruência que, todavia, não pode hoje subsistir, devendo a manutenção de uma tal pena disciplinar de substituição considerar-se, à luz da nossa lei fundamental, materialmente inconstitucional. Digamos porquê.

V) *Inconstitucionalidade da conversão em prisão da pena disciplinar de multa*

No apartado anterior indicaram-se as entidades às quais se encontra actualmente deferida a competência em matéria disciplinar da marinha mercante, nela incluída a competência para a aplicação das sanções respectivas. Não detendo tais entidades, seguramente, poderes jurisdicionais, nem se podendo considerar, por conseguinte, a sua decisão uma *decisão judicial*, a possibilidade de resultar de tal decisão uma «privação da liberdade» — mesmo que só por conversão de uma pena de multa não paga — é materialmente inconstitucional.

1. Haverá quem pretenda que uma tal inconstitucionalidade material — e a isto mesmo se alude no pedido do Procurador-Geral da República que está na base deste parecer — resultaria logo dos artigos 205.º e 206.º da Constituição. Para o que desenvolveria uma fundamentação do teor seguinte: tais artigos têm o sentido de que só aos tribunais compete administrar a justiça, não podendo ser atribuídas funções jurisdicionais a outros órgãos ¹¹⁴. Por outras palavras, os artigos 205.º e 206.º da Constituição contêm aquilo que, na esteira da doutrina constitucionalista alemã, se designa por «Richtervorbehalt» ¹¹⁵, uma «reserva aos juízes e aos tribunais» da função jurisdicional. Assim pois, dir-se-á, o artigo 116.º do CPDMM é logo inconstitucional porque o acto judicial que nele se prevê ou pressupõe — a aplicação de uma pena donde pode resultar uma privação da liberdade — não deriva de decisão proferida por entidade que possa considerar-se, à luz da Constituição, um juiz ou um tribunal.

Mas esta argumentação, sem mais nada, seria improcedente. E não tanto porque se ponha em dúvida a existência constitucional da aludida reserva geral da função

¹¹³ O que, para além do que a seguir se diz em texto, e a manter-se a equivalência de 10\$ de multa a um dia de prisão, contida naquele mesmo artigo 116.º, conduziria à possibilidade, verdadeiramente monstruosa e insuportável, de uma prisão de substituição por *mil dias* (!), uma vez que o n.º 4 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 678/75 fixa em 10 000\$ o máximo de pena de multa. [Sobre incongruências semelhantes no direito espanhol, cf. A. Beristain (n.º 5), pp. 397 e segs.]

Considerando-se subsidiariamente aplicável o § 1.º do artigo 123.º do Código Penal, que estabelece a equivalência à razão de 100\$ por dia, o máximo da prisão de substituição desceria apreciavelmente — fixando-se, em todo o caso, em cem dias. Mas esta aplicação subsidiária seria no mínimo questionável, porquanto estaria a aplicar-se o Código Penal a matéria de natureza *não penal*, mas *disciplinar*.

¹¹⁴ Assim, por outros, o acórdão n.º 41 desta Comissão, em *Apêndice ao Diário da República*, de 30 de Dezembro de 1977, pp. 82 e segs.; e, no campo doutrinal, p. ex. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 398.

¹¹⁵ Vide, sobre o ponto, por todos, Herzog, em Maunz/Durig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, III, 1978, comentário ao artigo 92.º, especialmente pp. 16 e segs.

jurisdicional aos juizes e aos tribunais ¹¹⁶: ela é de aceitar, em último termo, relativamente a todos os actos que devam qualificar-se como materialmente jurisdicionais ¹¹⁷. Seria sem mais improcedente, sim, porque a determinação da responsabilidade «disciplinar» e a aplicação das respectivas penas «disciplinares» *não constituem em princípio actos materialmente jurisdicionais, não são imputáveis à função jurisdicional e não estão por isso, através dos artigos 205.º e 206.º da Constituição, reservados aos juizes e aos tribunais.*

Esta solução tem por si, antes de tudo, uma continuada e respeitável tradição na ordem jurídica, na doutrina e na jurisprudência portuguesas, como amplamente se confirma por nunca se ter visto nas decisões disciplinares — em geral cabidas a agentes administrativos — uma ofensa à reserva de função jurisdicional, que sempre existiu ao longo de toda a história constitucional portuguesa ¹¹⁸. Tem por si, por outro lado, a lição do direito constitucional comparado: quer na Alemanha Federal, quer na Itália, quer na França e na Bélgica, quer na Espanha — para apontar apenas os exemplos mais frisantes — tem-se pacificamente entendido que a decisão disciplinar não constitui «acto materialmente judicial», não é «jurisprudência», em suma, não é da competência reservada dos tribunais ¹¹⁹. Mas tem por si, sobretudo, uma consideração de ordem substantiva que perfeitamente se ilustra nas palavras seguintes de Afonso Queiró:

Não é suficiente, entretanto, para se caracterizar a função jurisdicional, dizermos que ela se analisa na solução de «questões de direito» (e em alguns casos na efectivação das decisões tomadas sobre elas) de acordo com a ordem jurídica objectiva. É que, na verdade, os actos administrativos também pressupõem, por vezes, «questões de direito». Basta pensar nas decisões disciplinares, nas decisões punitivas de infracções das leis fiscais, nas decisões punitivas de infracções das normas que fixam os deveres dos concessionários de obras públicas e de serviços públicos, dos empreiteiros de obras públicas, dos membros de órgãos colegiais de pessoas colectivas de direito público, dos membros de corporações públicas, etc. Em nenhum destes casos e em variados outros se trata de resolver objectivamente tais «questões de direito», mas antes apenas de assegurar a realização de certos resultados práticos, a consecução de certas finalidades públicas, ainda que com base no Direito. Na hipótese das decisões disciplinares, por exemplo, o que objectivamente se visa é assegurar a disciplina de um serviço público e o seu prestígio, ou a disciplina e o prestígio de um estabelecimento — e só na medida em que tais valores «salutistas» e não «legalistas» estejam em causa é que a autoridade competente procederá ou mandará proceder disciplinarmente contra os infractores (princípio da oportunidade). Donde resulta que o superior disciplinar procede por sua iniciativa, sob uma forma actuante ou activa e não «cognoscitiva». As «questões de direito», neste caso como em casos idênticos, desempenham o papel de uma qualquer outra

¹¹⁶ Cf., no entanto, na vigência da Constituição de 1933, Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, 1/II, 1959, pp. 33 e 35. E sobre o ponto também, de forma não conclusiva, a declaração de voto de Figueiredo Dias, anexa ao acórdão n.º 155, da Comissão Constitucional, de 29 de Maio de 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 289, pp. 163 e segs.

¹¹⁷ Este critério *material* de reserva aos tribunais da função judicial (ou da «jurisprudência», como a este propósito se exprime o artigo 92.º da *Grundgesetz* alemã federal) tem sido paulatina e progressivamente desenvolvido pelo Tribunal Constitucional Federal da República Federal Alemã. Vide, em síntese, Leibholz/Rinck, *Grundgesetz*, 2.ª ed., 1966, pp. 450 e segs., e Herzog (n. 14), pp. 16 e segs.

¹¹⁸ Vide logo a declaração paradigmática do artigo 176.º da Constituição de 1822: «O poder judicial pertence exclusivamente aos juizes». Em geral sobre a titularidade do poder disciplinar cf. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, t. II, 9.ª ed., 1972 (revista e actualizada por Freitas do Amaral), pp. 798 e segs.

¹¹⁹ Para a Alemanha, cf. a decisão fundamental do Tribunal Constitucional Federal BVerfGE, 22, 311 e segs. (317) na qual, todavia — e tem muito interesse notá-lo —, se exceptuam as penas privativas de liberdade do direito disciplinar militar, que estariam cobertas pelo artigo 104.º, 11, da *Grundgesetz* (sobre isto vide infra, nota 20). Para a Itália, por todos e em síntese, G. Landi, «Disciplina — Diritto pubblico», in *Enciclopédia dei Diritto*, XIII vol., 1964, pp. 17 e segs., especialmente pp. 18 e segs. Para a França e a Bélgica, por outros, F. Delpérée, *L'elaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, 1969, pp. 4 e segs. e 36 e segs. Enfim, para a Espanha, A. Berislain (n. 5), pp. 394 e seg. e 397 e segs.

circunstância ou situação concreta entre as que, segundo a lei, justificam a iniciativa da administração e dão oportunidade à sua acção. É por isso que, nos casos apontados, se trata, realmente, não de actuações jurisdicionais mas de actuações administrativas ¹²⁰.

2. Mas se a inconstitucionalidade material do artigo 116.º do CPDMM não resulta por forma directa dos artigos 205.º e 206.º, *resulta sim, inapelavelmente, do artigo 27.º, n.º 2 da Constituição*, segundo o qual «ninguém pode ser privado da liberdade a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança».

Quer este normativo constitucional significar que onde se aplique uma pena privativa da liberdade — tenha ela natureza criminal, contravencional, disciplinar ou outra —, aí se está, se não exactamente perante acto materialmente judicial, pelo menos perante acto relativamente ao qual vale integralmente a reserva de função jurisdicional aos juizes e aos tribunais¹²¹. E bem se compreende e aplaude esta tomada de posição constitucional. Pois não se ignoram as críticas, cada vez mais fundas, que à privação da liberdade, às chamadas «penas institucionais», de todo o lado se dirigem: tratando-se nelas de instrumentos extraordinariamente gravosos para a «dignidade da pessoa humana» (artigo 1.º da Constituição), para a «garantia dos direitos e liberdades fundamentais» (artigo 2.º), para a «dignidade social» dos cidadãos (artigo 13.º, n.º 1), cada vez é mais acentuado o cepticismo perante o seu apregoado efeito preventivo integrado — seja na sua perspectiva dissuasora, social-protectiva ou socializadora. Até ao ponto de bem poder dizer-se que se a privação da liberdade se mantém como forma sancionatória é só porque ainda se não descobriu modo de integralmente a substituir por meios sancionatórios não detentivos ou não institucionais. E que, de qualquer maneira, ela só será admissível, à luz do étimo fundante do Estado de direito democrático, na precisa medida da sua absoluta necessidade ¹²².

São estas considerações que estão na base do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição e justificam a reserva de função jurisdicional para a aplicação de meios de privação da liberdade, ainda quando eles se inscrevam — como é o caso da «prisão disciplinar» — no quadro de actos que, em si mesmos considerados, relevam da função administrativa. Provindo a privação da liberdade constante do artigo 116.º do CPDMM de uma decisão não judicial, a violação do artigo 27.º, n.º 2, da Constituição torna-se inquestionável, uma vez que ela não cabe também, notoriamente, em qualquer das excepções previstas no n.º 3 do mesmo artigo.

¹²⁰ Afonso Queiró, «A Função Administrativa», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XXIV, pp. 30 e segs. (os itálicos são nossos). No mesmo sentido, a propósito concretamente do poder disciplinar, G. Landi (n.º 18), p. 19.

¹²¹ Uma limitação em tudo análoga consta do artigo 104.º, II, da *Grundgesetz*, no qual se afirma que «só o juiz pode decidir sobre a admissibilidade e a manutenção de uma privação da liberdade». Cf., por todos, Durig, em Maunz/Durig/Herzog/Scholz (n. 14), pp. 13 e segs. do comentário ao artigo 104.º No sentido do texto já também Figueiredo Dias (n. 15).

¹²² Constituindo o que acaba de dizer-se uma espécie de património comum do pensamento jurídico (especialmente jurídico-penal) português, mal será necessária a invocação de autoridades concordantes. Mas é em todo o caso justo destacar o pensamento de Eduardo Correia, p. ex. em *Código Penal. Projecto da Parte Geral*, 1963 e «La prison, les mesures non-institutionnelles et le project du Code Penal portugais de 1963», *Estudos «in memoriam» de Beleza dos Santos*, I (1966), pp. 229 e segs. Concretamente sobre o ponto assinalado em texto cf. Sousa Brito, «A Lei Penal na Constituição», em *Estudos Sobre a Constituição*, 2.º vol., 1978, pp. 222 e segs.

Por isso é que, mesmo independentemente de uma tomada de posição do legislador constitucional, como assinala A. Beristain (n. 5), p. 397, «segundo os tratadistas, a autoridade competente para impor a prisão subsidiária em matéria de polícia geral, ou de segurança, deve ser só a autoridade judicial»; e mais à frente (p. 401): «A respeito da privação de liberdade subsidiária, a maioria dos especialistas opõe-se energicamente a que a autoridade administrativa possa impor sanções privativas de liberdade (como subsidiárias das multas não pagas).»

VI) *O problema em análise e as chamadas «Relações especiais de poder»*

Poderia ser-se tentado a pôr em dúvida a conclusão anterior na base da consideração seguinte: no âmbito das chamadas «relações especiais de poder», diz-se, a aplicação das normas constitucionais, nomeadamente no que toca aos direitos fundamentais e à sua restrição ou compressão, vale só de forma modificada ¹²³. Seria isso que se passaria no caso presente: do que se trataria seria tão-só de uma restrição ou compressão do direito à liberdade e à segurança consignado no artigo 27.º, à inteira semelhança do que acontece v. g. no âmbito militar, onde os artigos 27.º e 28.º do Regulamento de Disciplina Militar prevêm também uma prisão disciplinar não jurisdicionalizada ¹²⁴. Restrição ou compressão justificada pelas particulares exigências que se fazem sentir num âmbito especialíssimo como é o da marinha mercante, e que a muitos títulos o aproximam do das forças armadas.

Esta objecção seria claramente de repudiar. Desde logo, e a nível jurídico-constitucional, o símile entre a disciplina da marinha mercante e a disciplina militar é inaceitável. Mesmo que se concordasse — e a questão é por demais duvidosa — com aqueles que pretendem que a doutrina das relações especiais de poder se pode, dentro de certos limites, aceitar mesmo em âmbitos onde falta uma menção constitucional específica ¹²⁵, a verdade é que nem a marinha mercante possui qualquer relevo jurídico-constitucional particular, nem resultam para ela funções a qualquer título comparáveis à das forças armadas. Parece, pois, que à marinha mercante não pode sequer, de um ponto de vista jurídico-constitucional, ser atribuído um «estatuto especial» que é, reconhecidamente ¹²⁶, a condição mínima para que possa suscitar-se a questão das relações especiais de poder. Já nem sequer será necessário indagar, pois, se tais «relações especiais» podem justificar a violação frontal de um texto constitucional, ou apenas relevam — e em que medida e sob que condições — do domínio das restrições de direitos fundamentais.

VII) *Conclusão*

Concluindo que o artigo 116.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943, viola o disposto no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição, a Comissão Constitucional emite parecer no sentido de que o Conselho da Revolução deve declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante daquele artigo.

Lisboa e Comissão Constitucional, 8 de Janeiro de 1981. — *Jorge de Figueiredo Dias — Afonso Cabral de Andrade — Rui de Alarcão — Joaquim Costa Aroso — Jorge Campinos — Fernando Amâncio Ferreira — Armindo Ribeiro Mendes — Hernâni de Lencastre — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

¹²³ Cf. sobre o ponto — sem, todavia, sobre ele tomar posição de fundo — os pareceres desta Comissão n.ºs 8/79 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 7.º, p. 352), e 7/80, II, 3 in fine (ainda não publicado), e bibliografia neles citada.

¹²⁴ E que foi objecto, inclusivamente, de reservas portuguesas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem: cf. artigo 2.º, alínea a), da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

¹²⁵ Assim Düring, em Maunz/During/Herzog/Schoiz (n. 14), vol. I, anotações 18 e segs. ao artigo 17.º, alínea o).

¹²⁶ Cf. K. Hesse, *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11.ª ed., 1978, p. 137.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 8/81

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do procurador-geral da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 116.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943, por violar o disposto no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 16 de Janeiro de 1981.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, n.º 24, de 29 de Janeiro de 1981.)

Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante

(Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33 252, de 20 de Novembro de 1943)

Artigo 116.º

A multa aplicada, se não for paga dentro do prazo de oito dias após a notificação do arguido, será convertida em prisão à razão de 10\$ por dia.

.....

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 2/81

*Princípio da igualdade — Direito de acesso às funções públicas —
Princípio da não-discriminação — Serviço militar — Objecção de consciência.*

1. Ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 1, da Constituição, o Provedor de Justiça solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do artigo 52.º da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968 (Lei do Serviço Militar), cuja redacção é a seguinte:

1. Em igualdade de classificação ou de graduação para provimento, por concurso, em cargos do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público, e ainda das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa ou dos organismos de coordenação económica, têm preferência os indivíduos que hajam cumprido serviço efectivo nas forças armadas.

2 — Entre os concorrentes com preferência nos termos do n.º 1 é estabelecida a seguinte ordem de prioridade:

- a) Promoção por distinção;
- b) Condecoração por feitos heróicos, de acordo com a respectiva precedência legal;
- c) Prestação de serviço efectivo em forças militares ou militarizadas em operações;
- d) Prestação de serviço efectivo em forças militares ou militarizadas deslocadas de uma para outra parcela do território nacional ou para fora dele ou em comissão militar desempenhada nas mesmas circunstâncias;
- e) Prestação de serviço efectivo nas forças armadas em condições não abrangidas pelas alíneas anteriores.

3 — Nas mesmas condições de prioridade estabelecidas nas alíneas do n.º 2, preferem os que tenham maior número de períodos trimestrais de serviço efectivo nas forças armadas.

4 — Sem prejuízo da concessão de outros benefícios, os que tenham sofrido diminuições físicas em serviço efectivo nas forças armadas ou por motivo do mesmo têm precedência para efeitos do n.º 1 e antes da escala de preferências do n.º 2, desde que a diminuição física seja compatível com o exercício do cargo a que concorram.

5 — As preferências indicadas neste artigo antecedem as de natureza semelhante prescritas na lei para que prestem serviço em organismos não compreendidos nas forças armadas.

2. Nos termos da alínea a) do artigo 284.º da Constituição, bem como da alínea a) do artigo 16.º do Estatuto da Comissão Constitucional, o Conselho da Revolução solicitou o competente parecer desta Comissão.

Atempadamente solicitada a pronunciar-se, se assim o entendesse, nos termos do n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, a Assembleia da República não fez uso dessa faculdade.

Diferentemente, logo quando da solicitação de apreciação e declaração de inconstitucionalidade do citado artigo, o Provedor de Justiça endereçou ao Conselho da Revolução, através de ofício, oportunas alegações.

3. Nessas alegações, o objecto do presente parecer vem perfeitamente delimitado.

O Provedor de Justiça entende, com efeito, que o discutido artigo 52.º da Lei do Serviço Militar, ao estabelecer uma preferência, em matéria de concursos, em favor dos que hajam cumprido serviço efectivo nas forças armadas, é «materialmente inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, em geral, e, em particular, no que respeita ao acesso à função pública».

Desde logo, escreve ainda o Provedor de Justiça, a referida norma — à qual, afirma, «a Administração continua a considerar-se vinculada. . .», como pôde constatar através de processos organizados em virtude de queixas — viola os artigos 13.º e 48.º, n.º 4, da Constituição, por três motivos, a saber:

- a) Em primeiro lugar, porque a aplicação da citada preferência, estabelece «uma disparidade de tratamento em relação àqueles que, embora sujeitos ao serviço militar, não o hajam efectivamente prestado, por haverem sido dispensados por razões, de saúde ou outras, independentes da sua vontade»;
- b) Em segundo lugar, porque a aplicação da citada preferência comporta uma discriminação, «mais gravosa ainda, porventura. . . em relação aos cidadãos do sexo feminino que se candidatem aos concursos abrangidos na previsão» da mencionada norma;
- c) Em terceiro lugar, porque a aplicação da citada preferência representa «uma outra desigualdade de tratamento, esta agora em relação aos que, nos termos constitucionais, não prestem serviço militar, mas sim o serviço cívico».

4. Assim, tudo visto, cumpriria a esta Comissão formular imediatamente o seu parecer, acaso não houvesse que formular três prévias observações:

- a) Em primeiro lugar, o referido artigo 52.º da Lei do Serviço Militar consta de diploma anterior à data de entrada em vigor da actual Constituição da República. Mas nada obsta, porém, ao conhecimento, por esta Comissão, da presente solicitação.
- b) Com efeito, é doutrina e jurisprudência constantes, embora maioritária, da Comissão Constitucional, acolhida pelo Conselho da Revolução, a competência para apreciar a validade do direito anterior à entrada em vigor da actual Constituição¹²⁷;
- c) Porém, no caso vertente, a Comissão deverá dilucidar ainda a validade ou não do referido preceito, tendo sempre presente que, nos termos da Constituição (artigo 16.º), os direitos fundamentais nela consagrados não excluem quaisquer outros constantes «das regras aplicáveis de direito internacional» (n.º 1) e que os respectivos preceitos constitucionais e legais «devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem» (n.º 2);
- d) Enfim, mas agora a observação é apenas metodológica, os diferentes casos de eventuais violações indiciados pelo Provedor de Justiça, resumem-se, na realidade, a dois grandes tipos: o primeiro, diz respeito à eventual violação do princípio jurídico-constitucional da igualdade perante a lei; o segundo, abarcando os cidadãos de sexo feminino e os cidadãos que prestem serviço cívico, diz respeito à eventual violação do princípio jurídico-constitucional da não-discriminação.

I

5. No actual sistema jurídico-português o princípio da igualdade perante a lei está inscrito no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, nos seguintes termos:

Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Assim formulado, este princípio tem manifestamente como fonte imediata e directa o conhecido artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, cuja primeira parte dispõe que «todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos»¹²⁸.

¹²⁷ Vide, entre outros, os Acórdãos desta Comissão, de 28 de Julho de 1977 (in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 269, p. 61), de 20 de Outubro de 1977 (in *Apêndice ao Diário da República*, de 30 de Dezembro de 1977, p. 82) e de 5 de Janeiro de 1978 (in *Apêndice ao Diário da República*, de 13 de Maio de 1978, p. 14); vide também parecer n.º 6/79 (in *Pareceres da Comissão Constitucional*, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1980, vol. III, p. 292); e, antes deste, o parecer n.º 11/77 in *Pareceres* [. . .], op. cit., vol. 1, pp. 3 e segs.) e n.º 18/7 (*ibidem*, vol. II, pp. 115 e segs.).

¹²⁸ A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi publicada no *Diário da República*, 1.ª série, de 9 de Março de 1978, com o seguinte aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros: «Determinando o artigo 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por ordem superior se publica o seu texto em inglês e a respectiva tradução em

Apraz também sublinhar que a consagração constitucional do princípio da igualdade perante a lei, explícita e expressa, coloca o nosso texto fundamental na vanguarda normativa, tanto em termos internacionais como comparados.

Na verdade, da leitura dos diferentes instrumentos internacionais, universais e regionais, relativos aos direitos do homem, sobressai que, à excepção da referida disposição da Declaração Universal, não existe nenhum outro exemplo de consagração expressa e directa do princípio da igualdade perante a lei.

O mesmo ensinamento se extrai, aliás, do direito constitucional comparado europeu¹²⁹. Sem dúvida que, como ensina um reputado publicista estrangeiro, em obra relativamente recente, «depois da Revolução Francesa, o princípio segundo o qual todos os homens são iguais perante a lei encontrou expressão, sob esta forma ou em termos análogos, em numerosas constituições europeias ou outras»¹³⁰; simplesmente, logo acrescenta este mesmo publicista, em termos de direito positivo, «na Europa, todavia, é unicamente na Suíça, na Alemanha, na Áustria e na Itália que ele se transformou num verdadeiro princípio constitucional, isto é, um princípio reconhecido não só em direito civil e administrativo e em direito processual, mas igualmente em direito constitucional, e que ele beneficia da protecção de tribunais constitucionais especializados».

Estas palavras foram obviamente escritas antes da entrada em vigor da actual Lei Fundamental portuguesa; contudo, quanto às nossas anteriores Constituições, elas continuam válidas.

A este respeito, lembra-se rapidamente que o princípio da igualdade foi logo adoptado pelo decreto das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes, de 9 de Março de 1821, no seu artigo 11.º, assim redigido: «A ley he igual para todos. Não se devem portanto tolerar nem os privilégios de foro nas causas eiveis ou crimes, nem Comissões especiais. Esta disposição não compreende as causas que pela sua natureza pertencerem a juizes particulares, na conformidade das leys que marcarem essa natureza»¹³¹.

Com ligeiras modificações de linguagem, este mesmo princípio viria a ser consagrado pelas diferentes Constituições monárquicas, designadamente de 1822 (artigo 9.º), de 1826 (artigo 145.º, § 12) e de 1838 (artigo 10.º).

A Constituição republicana de 1911 manteve-o, no seu artigo 3.º, n.º 2 («A lei é igual para todos, mas só obriga aquela que for promulgada nos termos da Constituição»), o mesmo acontecendo com a de 1933, no seu artigo 5.º, mas agora com a seguinte redacção: «O Estado português é uma República unitária e corporativa, baseada na igualdade dos cidadãos perante a lei. . .»¹³².

6. Assinale-se que a mencionada hesitação em tornar realmente exequível, tanto interna como internacionalmente, um princípio cujas raízes históricas mais profundas mergulham até ao célebre artigo 1.º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789¹³³, é eminentemente jurídica¹³⁴; tal atitude decorre

português.»

¹²⁹ Para uma visão jurídica comparada e também interdisciplinar, ver os quatro volumes intitulados *L'Égalité*, publicados pela editora E. Bruylant (Bruxelas), entre 1971 e 1975 («Travaux du Centre de Philosophie du Droit de l'Université Libre de Bruxelles»).

¹³⁰ Cf. Gerhard Leibholz, *Equality as a Principle in German and Swiss Constitutional Law*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1965, p. 302

¹³¹ O Prof. Jorge Miranda lembra que «remonta ao constitucionalismo liberal, se bem que enriquecido e transformado pelo Estado social, o princípio da igualdade»: cf. «O regime dos direitos, liberdades e garantias», in *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1979, vol. III, p. 47; vide também, J. C. Vieira de Andrade, *Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*, sumário das lições (policopiado), Coimbra, 1977, p. 30.

¹³² A Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto, não modificou esta redacção.

¹³³ Este artigo determinava: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»; e os artigos 6.º e 13.º da mesma Declaração de 1789 estendem o princípio quanto à aplicação das leis (igual para todos), ao acesso às dignidades, lugares e empregos públicos e à repartição dos impostos.

essencialmente da dificuldade em definir, positivamente, o termo «igualdade» perante a lei¹³⁵.

Aliás, esta Comissão não desconhece tal dificuldade, pois teve que a enfrentar variadas vezes, tanto enquanto órgão consultivo¹³⁶, como enquanto órgão jurisdicional¹³⁷.

Da análise desses diferentes pareceres e acórdãos, reconfortada pelos ensinamentos da doutrina e prática estrangeiras e internacionais, transparece, mesmo assim, de sua opaca complexidade, que o princípio jurídico-constitucional da igualdade transporta uma dupla leitura: formal e substancial.

Do ponto de vista formal, o princípio exige que se excluam «as medidas intrinsecamente contrárias tanto no domínio legislativo como no domínio administrativo»¹³⁸, para que se respeite «a igualdade de todos perante a lei, que postula a realização do direito, sem qualquer excepção, independentemente da pessoa a quem seja em concreto aplicado»¹³⁹.

Do ponto de vista substancial o princípio exige que, «no que respeita os direitos e as obrigações, as mesmas normas sejam aplicadas a todos»¹⁴⁰; porém, logo corre precisar, oportunamente, o parecer n.º 8/79 desta Comissão, tal «não significa decerto, o tratamento igual de todos em todas as circunstâncias e situações, mas já requer que seja regulado igualmente o que for substancialmente igual»¹⁴¹.

Afora esta dupla leitura, formal e substancial, pode-se acrescentar que, tratando-se de um princípio da igualdade perante a lei, aquele vai buscar necessariamente a esta a sua característica essencial, isto é, a «generalidade» e a «abstracção»¹⁴²; do mesmo passo, esta deve ser necessariamente medida tanto no quadro do chamado «direito geral» como no quadro do chamado «direito particular»¹⁴³.

Mutatis mutandis, as mesmas características se estendem ao princípio da igualdade perante a lei. No primeiro caso, teremos um princípio da igualdade perante a lei, em geral; no segundo, um princípio da igualdade perante a lei, em particular; e, neste último caso, para aferir a eventual violação da «generalidade» ou «abstracção» que o princípio da igualdade sempre comporta, deverá o intérprete instalar-se, do ponto de vista metodológico,

¹³⁴ Dizemos «eminente» porque, para certos autores pelo menos, rejeita-se por vezes a proclamação do princípio da igualdade (e não a do princípio da não-discriminação) por razões de ordem política; tal foi o caso, por exemplo, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a qual, apesar de inúmeras insistências, antes e depois da sua adopção, apenas consagra o princípio da não-discriminação: vide sobre essas vãs tentativas, Jean de Mayer, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques*, ed. Zega, Henle, Bélgica, 1969, p. 26. No mesmo sentido, o eminente publicista F. D. B. Mitchell escreve que nos regimes cuja Constituição postula que «a grande excepção (à limitação dos poderes discricionários) é a competência ilimitada do poder legislativo», o princípio da igualdade não poderá ser consagrado, mas já o poderá ser o princípio da não-discriminação: in *Constitutional Law*, ed. W. Green and Son, Ltd., Edinbourg, 1968, 2.ª ed., p. 56.

¹³⁵ Vide Karl Joseph Partsch, «Les principes de base des droits de l'homme: Pautodetermination, Pégalité et la non-discrimination», in *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, UNESCO, Paris, 1970, pp. 73 e segs.

¹³⁶ Cf. pareceres n.º 1/76, 12/77, 14/78 e 8/79, in *Pareceres. . . , op. cit.*, respectivamente volumes I, II, V e VI; vide também os pareceres (ainda inéditos) n.ºs 2/80, respectivamente de 5 de Fevereiro e de 15 de Maio.

¹³⁷ Cf. acórdãos n.ºs 95, de 6 de Abril de 1978, e 149, de 13 de Março de 1979, publicados in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 277 (pp. 97 e segs.), e 285 (pp. 135 e segs.).

¹³⁸ Cf. G. Leibholz, *op. cit.*, p. 303.

¹³⁹ Cf. parecer n.º 8/79 desta Comissão, in *Pareceres. . . , op. cit.*, vol. VII, p. 355.

¹⁴⁰ Cf. G. Leibholz, *op. cit.*, p. 304.

¹⁴¹ Cf. *Pareceres. . . , op. cit.*, vol. VII, p. 356.

¹⁴² Vide, entre outros, Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lições da Faculdade de Direito de Lisboa, 1977 (policopiado), pp. 64 e segs.; Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa, 1972, pp. 85 e segs.

¹⁴³ Como se sabe o «direito geral» é o conjunto de normas jurídicas que se estendem a todo o território nacional, tendo por sujeitos os indivíduos nele localizados; pelo contrário o «direito particular» é o conjunto de normas jurídicas cujo âmbito ou objecto é delimitado, territorial ou categorialmente (pessoas ou situações): cf. Alessandro Groppali, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 1978, pp. 43 a 45.

no quadro delimitado pelo âmbito territorial ¹⁴⁴ ou categorial ¹⁴⁵ da norma jurídica eventualmente violadora do princípio da igualdade perante a lei.

Contudo, mesmo se estas precisões ajudam a dilucidar os contornos do princípio da igualdade perante a lei¹⁴⁶, deve reconhecer-se mesmo assim que dúvidas e incertezas sempre subsistirão sobre o seu real alcance; nomeadamente, assim será quanto à caracterização das situações e dos factos que são ou não conformes com o princípio da igualdade.

Por isso, a doutrina especializada adverte que será sempre «conveniente ter em conta as particularidades e as diferenças objectivas, que devem ser respeitadas, não só pelas autoridades encarregadas da aplicação da lei, mas sobretudo pelos órgãos legislativos» ¹⁴⁷.

Por isso também, sete décadas passadas, o tempo não apagou a sabedoria do mestre constitucionalista, Prof. Marnoco e Souza, que transcorre desta citação:

A democracia muitas vezes não se inspira no verdadeiro conceito da igualdade, considerando-a o nivelamento absoluto de todos os indivíduos, sem atenção alguma pelas suas qualidades especiais e pelos seus merecimentos. Não é deste modo que se deve entender a igualdade que serve de base ao conceito da democracia moderna.

As desigualdades naturais entre os homens não se podem por forma alguma fazer desaparecer, visto se fundarem na diversidade das suas qualidades intelectuais e morais. O direito até se converte numa injustiça, quando é atribuído em proporções iguais a indivíduos que se encontram em condições diversas. O direito de igualdade unicamente se pode admitir no sentido de uma paridade de direitos numa correspondente paridade de condições ¹⁴⁸.

7. Mas, uma vez feita a devida vénia a tantas e tão sábias advertências, urge dilucidar a questão suscitada pelo Provedor de Justiça, principiando pelo problema da eventual inconstitucionalidade material do referido artigo 52.º, n.º 1, da Lei do Serviço Militar, por violação do princípio da igualdade, em geral.

Ora, esta Comissão é de opinião que haverá tal violação se a lei estabelecer privilégios em benefício de alguns indivíduos, quando todos estavam previamente titulados de um idêntico direito «protegido», isto é, de um direito que a todos permitia, em igualdade de circunstâncias, o acesso a esse mesmo privilégio.

Desde logo, convém buscar se existe uma qualquer «lei», no sentido lato do termo, que reconheça esse determinado direito, ou, se se quiser, esse direito «protegido».

Prima facie, a busca poderá parecer morosa, dado que não se trata só de «lei» constitucional, mas também de «lei» ordinária, e até de disposição convencional, em virtude do preceituado no já referido artigo 16.º, n.º 1, da Constituição.

Felizmente, na excursão investigativa não haverá delongas, uma vez que é do próprio texto constitucional que jorra o referido direito «protegido»; trata-se, com efeito, do artigo 48.º, cujo n.º 4 prescreve que «todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, às funções públicas».

À cristalinidade da vontade do poder constituinte ao redigir este preceito responde, na nossa matéria, o seu silêncio, na medida em que não existe nenhuma norma constitucional que outorgue, fundamente ou legítima uma preferência, em vista ao acesso às

¹⁴⁴ Veja-se, como exemplo de aplicação do princípio da igualdade, na sua expressão particular, de âmbito territorial, o parecer n.º 1/76 desta Comissão (in *Pareceres* . . ., op. cit., vol. I, pp. 5 e segs.), no qual se apreciou a validade do decreto regional n.º 2/76, da assembleia regional da Madeira, relativo à recondução e colocação de professores em estabelecimentos de ensino primário, preparatório ou secundário, na respectiva região autónoma.

¹⁴⁵ Veja-se, como exemplo de aplicação do princípio da igualdade, na sua expressão *particular*, de âmbito categorial, o parecer n.º 12/77 desta Comissão (in *Pareceres* . . ., op. cit., vol. II, pp. 25 e segs.), no qual se apreciou a validade de um decreto-lei do Governo que consagrara a figura do «chefe de família».

¹⁴⁶ Sobre os diferentes aspectos do princípio da igualdade, consultar-se-á, com o máximo proveito, C.-A. Colliard, *Libertes Publiques*, Dalloz, Paris, 1975, 5.ª ed., pp. 185-210.

¹⁴⁷ Cf. G. Leibholz, op. cit., p. 304.

¹⁴⁸ Cf. Marnoco e Souza, *Direito Político*, Coimbra, 1910, p. 114.

funções públicas, aos indivíduos que hajam cumprido serviço efectivo nas forças armadas

149

Esta constatação é ainda mais importante porque traduz manifestamente a vontade do Poder constituinte de 1976 de romper com o preceituado na Constituição de 11 de Abril de 1933; com efeito, no § único do seu artigo 5.º, dispunha-se que «a igualdade perante a lei envolve o direito de ser provido nos cargos públicos, conforme a capacidade ou serviços prestados. . .»¹⁵⁰. Não se pode deixar de dar, a contrario sensu, o maior relevo interpretativo a este preceito, tanto mais que se sabe que ele veio responder ao silêncio, na mesma matéria da Constituição republicana de 1911¹⁵¹. E, por sua vez, esta última rompeu com a antiga tradição monárquica, logo iniciada pelo decreto das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes, de 9 de Março de 1821, cujo artigo 13.º dispunha: «Todos os cidadãos podem ser admitidos aos cargos públicos sem outra distinção, que não seja a dos talentos e das suas virtudes.» E este preceito, com ligeiras variantes de redacção, viria a ser reproduzido em todas as ulteriores Constituições monárquicas, isto é, de 1822 (artigo 12.º), de 1826 (artigo 145.º, § 13) e de 1838 (artigo 30.º)¹⁵².

A esta luz, não se pode aceitar que a norma constitucional do igual acesso de todos à função pública seja hoje limitada, legislativamente, pela exigência de haver cumprido efectivamente serviço nas forças armadas.

8. E à mesma conclusão se chega se se partir, desta feita, não da comparação com as nossa anteriores Constituições, mas da própria exegese do artigo 276.º da actual Lei Fundamental. Reparar-se-á que este preceito, depois de prescrever que «o serviço militar é obrigatório» (n.º 2), logo admite uma série de excepções, colocando por esse facto os seus destinatários ou beneficiários ao mesmo nível de protecção constitucional do que aqueles que prestam serviço efectivo nas forças armadas.

E essas excepções dizem designadamente respeito, não só à prestação de serviço cívico pelos objectores de consciência (n.º 3), mas também dos indivíduos «considerados inaptos para o serviço militar armado» (no mesmo n.º 3) e aos «cidadãos não sujeitos a deveres militares» (n.º 4).

Ora, uns e outros não prestam, por definição, serviço efectivo nas forças armadas; pelo que, acaso subsistisse o preceituado no artigo 52.º da Lei do Serviço Militar, esses indivíduos, cuja existência, repete-se, a própria Constituição reconhece e cuja situação, consequentemente, protege, seriam preteridos, no acesso a cargos públicos, por aqueles que houvessem efectivamente cumprido serviço militar; e, assim, se achariam em muito esvaziadas do seu sentido útil, de uma banda a norma do artigo 48.º, n.º 4, da Constituição e, de outra banda, o próprio artigo 276.º da Constituição.

É que, atente-se, o cumprimento do serviço efectivo nas forças armadas (mesmo admitindo a hipotética existência de um serviço militar realmente universal) será sempre um direito do Estado e não um direito dos cidadãos; para estes, o serviço militar será um dever ou obrigação jurídicos, os quais se concretizarão, tão-só e apenas, para aqueles que forem julgados aptos, pela própria instituição militar competente, para o cumprimento do serviço efectivo nas forças armadas.

Por outras palavras: nem sequer se trata, juridicamente falando, de uma faculdade deixada ao livre critério do indivíduo, o qual optaria, livremente, pelo exercício efectivo ou não do serviço militar; e, nesse hipotético caso, nada obstaria então, ainda hipoteticamente, que aqueles que o houvessem efectivamente cumprido fossem preferidos, no acesso aos cargos públicos, àqueles que não o houvessem efectivado. Mas à luz da Constituição e da legislação vigentes não é nem pode ser o caso.

¹⁴⁹ Aliás, se existisse, tal norma deveria ser compatibilizada, por exemplo, com o preceituado no artigo 15.º, n.º 2, da Constituição que permite, até, que os estrangeiros e os apátridas (que, por definição, não cumprem em Portugal qualquer serviço militar, efectivo ou não) tenham acesso às *funções públicas* que tenham carácter predominantemente técnico.

¹⁵⁰ Nenhuma das revisões da Constituição de 1933, incluindo a de 1971, alterou, na matéria em apreço, o preceituado acima exposto.

¹⁵¹ Esta Constituição limitou-se a postular, no seu artigo 3.º, n.º 32, que «A qualquer empregado do Estado, de corpos administrativos ou de companhias que tenham contratos com o Estado, é garantido o seu emprego, com os direitos a ele inerentes, durante o serviço militar a que for obrigado;».

¹⁵² Aliás, logo no artigo seguinte, a mesma Constituição de 1838 previa expressamente que «é garantido o direito a recompensar por serviços feitos ao Estado, na forma das leis».

Desde logo, o artigo 52.º, n.º 1, da Lei do Serviço Militar viola a norma contida no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, isto é o princípio da igualdade perante a lei, em geral. Tanto mais que, nos próprios termos da Constituição, os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as autoridades públicas e privadas (artigo 18.º, n.º 1); e que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição (artigo 18.º, n.º 2).

E não se diga que esta interpretação da Comissão Constitucional vem prejudicar aqueles que cumprem efectivamente serviço militar. Isto porque a situação destes se encontra constitucionalmente salvaguardada, até duplamente.

Em primeiro lugar porque, numa perspectiva positiva, o poder constituinte determinou, certamente em nome do princípio da igualdade perante a lei, que nenhum cidadão pode «ser prejudicado na sua colocação, nos seus benefícios sociais ou no seu emprego permanente por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico obrigatório»; tais são, com efeito, os precisos termos do artigo 276.º, n.º 6, da actual Lei Fundamental.

Em segundo lugar porque, agora numa perspectiva negativa, o mesmo poder constituinte estabeleceu no artigo 276.º, n.º 5, que «nenhum cidadão poderá conservar nem obter emprego do Estado ou de outra entidade pública se deixar de cumprir os seus deveres militares ou de serviço cívico, quando obrigatório»; assim, privilegiando designada e legitimamente aqueles que efectuaram o seu serviço militar, a actual Constituição estabelece uma discriminação contra aqueles que, destinatários da respectiva obrigação, deixam de cumprir, em violação do que está legalmente estabelecido, os seus deveres militares.

9. Ora, acresce que o artigo 52º da Lei do Serviço Militar viola, também, mas agora através do preceituado nos seus n.ºs 2, 3 e 4 o princípio jurídico-constitucional da igualdade, na sua expressão particular, na medida em que esses três preceitos, ao estabelecerem, para os mesmos efeitos de provimento na função pública, uma complexa ordem de prioridade, mesmo entre aqueles que hajam cumprido serviço efectivo nas forças armadas, introduzem uma nova desigualdade.

Partindo do pressuposto — aliás correcto, ao abrigo do actual artigo 276.º, n.º 2, da Constituição — de que o serviço militar obrigatório tem uma relevância constitucional, não se afigura desde logo aceitável que o legislador ordinário estabeleça distinções entre aqueles que satisfizeram uma mesma obrigação ou dever constitucionalmente determinados.

E, quanto a este aspecto, ou melhor, quanto à violação do princípio da igualdade perante a lei, em particular, bastará tão-só aplicar agora a própria jurisprudência desta Comissão.

Aliás, foi desde o primeiro parecer discutido e aprovado no seu seio (n.º 1/76), que esta Comissão definiu, sem contudo se utilizar a expressão, o que se deve entender por expressão particular do princípio da igualdade perante a lei.

Com efeito, naquele parecer se disse que «a igualdade perante a lei reclama agora, não que todos sejam tratados, em quaisquer circunstâncias, por forma idêntica, mas sim que recebam tratamento semelhante que se acham em condições semelhantes»¹⁵³.

Mesmo se, em certos casos, será difícil definir o que são «condições semelhantes», já não parece difícil proceder a essa caracterização no caso em apreciação. Isto porque se trata, aqui, de uma categoria de cidadãos claramente identificável: todos aqueles que satisfizeram uma mesma obrigação constitucionalmente decretada, na ocorrência o exercício do serviço militar obrigatório.

E quando se trata, para essa mesma categoria de cidadãos, do exercício de um mesmo direito, na ocorrência o direito de acesso à função pública, também constitucionalmente protegido, não é compatível com a actual Constituição que cidadãos, em igualdade jurídica de circunstâncias, venham a ser prejudicados ou preteridos no exercício deste último direito, em virtude de factores decorrentes da forma como satisfizeram, muitas vezes independentemente da sua vontade, essa mesma obrigação, isto é, o serviço militar.

Se assim fosse, contrariamente à doutrina do citado parecer n.º 1/76, cidadãos que se acham, juridicamente, em «condições semelhantes» não receberiam, ainda juridicamente, «tratamento semelhante».

Nestas circunstâncias, não pode esta Comissão deixar de considerar que os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 52.º da Lei do Serviço Militar violam também o princípio da igualdade perante a lei proclamado no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição.

¹⁵³ Cf. *Pareceres*. . . , *op. cit.*, vol. I, p. 11 (o itálico é do relator).

II

10. Apurada a violação, pelo citado artigo 52.º da Lei do Serviço Militar, do princípio da igualdade perante a lei, na sua dupla expressão, geral e particular, resta apreciar a compatibilidade das normas contidas naquele preceito com o *princípio da não-discriminação*, postulado pelo artigo 13.º, n.º 2, da Constituição. Mas antes, para melhor enquadrar o referido preceito constitucional, será porventura útil fazer uma perfunctória excursão pelo direito internacional e pelo direito constitucional comparado.

Situando-nos apenas a nível dos principais textos universais¹⁵⁴, pode indicar-se que a Carta da Organização das Nações Unidas, no seu dispositivo, por três vezes se refere ao princípio da não-discriminação: nos artigos 1.º, n.º 3, 55.º, alínea c), e 76.º, alínea c)¹⁵⁵.

Quanto à Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, como sabemos, logo abre o caderno dos direitos nela consagrados, no artigo 1.º, com uma referência explícita ao princípio da igualdade, acrescenta, no artigo seguinte, o princípio da não discriminação¹⁵⁶, logo repetido no seu artigo 7.º¹⁵⁷.

Depois da aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal, em 1948, o princípio da não-discriminação teve uma rápida propagação convencional.

Mencionando apenas os tratados universais ratificados por Portugal, citaremos: o artigo 3.º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951¹⁵⁸; o artigo 1.º, n.º 1, da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (n.º 111) sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, de 1958¹⁵⁹; e o artigo 1.º, n.º 1, da Convenção da UNESCO relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino, de 1960¹⁶⁰.

Quanto aos dois pactos internacionais de 1966, tanto o relativo aos direitos económicos, sociais e culturais¹⁶¹, como o relativo aos direitos civis e políticos¹⁶², inscrevem o princípio da não discriminação, respectivamente nos seus artigos 2.º, n.º 2, e 2.º, n.º 1, muito embora com uma certa discrepância de linguagem¹⁶³.

Curiosamente, foi mais lenta no tempo a propagação do princípio da não-

¹⁵⁴ Mas é óbvio que textos regionais também consagraram o princípio de não discriminação; é por exemplo o caso do artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Portugal ratificou-a, com reservas, pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro), cuja redacção é a seguinte: «O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.»

¹⁵⁵ Vide, entre outras traduções particulares, a de Fausto de Quadros, in *Carta das Nações Unidas e Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*, Livraria Petrony, Lisboa, 1972, pp. 25 e segs.

¹⁵⁶ Segundo a tradução oficial, o artigo 2.º da Declaração dispõe, na sua primeira parte: «Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou qualquer outra situação»; e na sua segunda parte acrescenta-se: «Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.»

¹⁵⁷ Segundo a tradução oficial o artigo 7.º da Declaração estipula: «Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.»

¹⁵⁸ Cf. Decreto-Lei n.º 43 201, in *Diário do Governo*, 1.ª série, n.º 229, de 1 de Outubro de 1960.

¹⁵⁹ Cf. Decreto-Lei n.º 42 520, in *Diário do Governo*, 1.ª série, de 23 de Setembro de 1959.

¹⁶⁰ Cf. Decreto-Lei n.º 112/80, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 246, de 23 de Outubro.

¹⁶¹ Cf. Lei n.º 45/78, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 157, de 11 de Julho.

¹⁶² Cf. Lei n.º 29/78, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 133, de 12 de Junho.

¹⁶³ Os internacionalistas bem conhecem a razão desta discrepância que provém do emprego, nos textos franceses, do termo *distinction* e nos textos ingleses, do termo *discrimination*; agora, o que não se compreende é que as traduções oficiais portuguesas prolonguem tais discrepâncias; compare-se, por exemplo, a versão portuguesa dos artigos acima citados dos dois pactos internacionais.

discriminação em direito constitucional comparado.

Sobre os vocábulos «discriminação», «discriminatório» ou «distinção», o movimento consagrador moderno só arranca¹⁶⁴, conquanto lentamente, depois da segunda guerra mundial¹⁶⁵, tendo curiosamente início, segundo se julga crer, no artigo 3.º do Fuero de los Españoles, de 17 de Julho de 1945¹⁶⁶.

O grande sobressalto «constitucionalizador» dá-se, porém, a partir de 1960, com a vaga de acesso à independência de novos Estados. Por isso, não é de estranhar que da meia centena de Constituições que actualmente fazem referência explícita ao princípio da não-discriminação, afora a de Malta¹⁶⁷ e a da Bélgica¹⁶⁸, as restantes pertençam a países dos continentes africano, americano e asiático¹⁶⁹.

11. Neste contexto geo-histórico, não deixa de ser notável que o poder constituinte português de 1976 venha proclamar o princípio da não-discriminação, no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, t nestes termos:

Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Na realidade, a notabilidade não reside só nessa proclamação; está também, em termos de direito constitucional comparado, na qualidade e quantidade de critérios não-discriminatórios acolhidos¹⁷⁰; praticamente, são aqueles que estão previstos na Declaração Universal que aparece, aqui também, como a fonte directa e imediata do actual artigo 13.º, n.º 2, da Constituição.

Contudo, entre os dois preceitos, há duas diferenças jurídicas importantes.

Primeiramente, o preceito constitucional português postula um princípio de não-discriminação *relativo*, na medida em que esta só se apura em relação a um certo número de critérios limitativamente indicados. Pelo contrário, o preceito universal postula um princípio de não-discriminação *absoluto*, na medida em que os critérios nele referidos são indicados a título meramente exemplificativo, interpretação que resulta necessariamente da utilização da expressão «nomeadamente».

Mas, seguidamente e ao invés, é doutrina assente que o princípio da não discriminação previsto na Declaração Universal só diz respeito aos direitos e deveres nela consagrados¹⁷¹; pelo contrário, por força do disposto no artigo 16.º, n.º 1, da Constituição, como os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados não excluem quaisquer

¹⁶⁴ Embora sem utilizar a expressão, a nossa Constituição republicana de 1911 postulava no seu artigo 3.º, § 3.º, que «a República Portuguesa não admite privilégio de nascimento, nem foros de nobreza, extingue os títulos nobiliárquicos e de conselho e bem assim as ordens honoríficas, com todas as suas prerrogativas e regalias. . . ».

¹⁶⁵ Para seguir a evolução desde então até à última década, vide Amos Peaslee, *Constitutions of Nations*, La Haye, Nijhoff, 3.ª ed., 1965-1970.

¹⁶⁶ Este artigo 3.º do Fuero de los Españoles prescrevia: «La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencias de clases ni acepción de personas» (cf. «Leyes Fundamentales», in *Boletim Oficial del Estado*, Madrid, 1973, p. 26).

¹⁶⁷ Cf. artigo 46.º da Constituição de Malta, de 21 de Julho de 1964.

¹⁶⁸ Cf. artigo 6.º da Constituição da Bélgica, de 24 de Dezembro de 1970.

¹⁶⁹ Não se julgue, todavia, que se trata, tão-só, dos chamados países do Terceiro Mundo; naquele grupo incluímos, por exemplo, o Canadá (artigo 1.º do Canadian Bill of Rights, de 10 de Agosto de 1960) e o Japão (artigo 14.º da Constituição, de 3 de Novembro de 1946).

¹⁷⁰ A observação é ainda mais pertinente se compararmos o preceito actual com o artigo 5.º da Constituição de 1933, cujo § único determinava: «A igualdade perante a lei envolve [. . .] a negação de qualquer privilégio de nascimento, nobreza, título nobiliárquico, sexo, ou condição social, salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família, e, quanto aos encargos ou vantagens dos cidadãos, as impostas pela diversidade das circunstâncias ou pela natureza das coisas»; só quando da revisão de 1971 é que se retirou o critério «nobreza» e introduziu o critério «raça».

outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, o nosso princípio da não-discriminação também pode — e, até, deve — ser aferido em relação aos direitos consagrados ou a consagrar, por via legislativa, ordinária ou convencional.

Mas, agora, aliás no seguimento das alegações do Provedor de Justiça, a nossa apreciação apenas se fará, em primeiro lugar, quanto à não-discriminação em razão do sexo e, em segundo lugar, quanto à não-discriminação em razão de «convicções políticas ou ideológicas», esta última entendida como fundamento da protecção constitucional à «objecção de consciência».

12. Quanto ao princípio da não-discriminação em razão do sexo, aprez notar que o artigo 13.º, n.º 2, da actual Lei Fundamental não é o único preceito constitucional que o consagra.

De uma maneira geral, pode-se dizer que consagração existe em todos aqueles preceitos, sobretudo no domínio dos direitos, liberdades e garantias, que utilizam expressões genéricas, tais como «os que», «aqueles que», «os cidadãos», «os indivíduos», etc.

Outros há, contudo, que constituem directas aplicações da regra da não-discriminação em razão do sexo, ou porque utilizam este último termo ou porque fazem referência às «mulheres»; são disso exemplo os artigos 52.º, alínea c), 53.º, 54.º, alínea c), e 68.º, n.º 2, da Constituição.

Assim, rompendo com uma tradição nacional que nem sequer no âmbito do direito de voto era abonatória para a mulher ¹⁷², o Poder constituinte de 1976 inscreveu, enfim, o nosso País na grande corrente, nacional e internacional, proclamadora da igualdade entre o homem e a mulher.

Corrente de tal modo forte que, hoje em dia, mais de cinquenta Constituições se referem a esse tipo de igualdade, ou melhor, a esse tipo de não-discriminação ¹⁷³.

Identicamente, e de um modo geral, o critério «sexo», relacionado com a não-discriminação, é mencionado pelos principais instrumentos internacionais¹⁷⁴, apenas com excepção da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), das Convenções sobre os Refugiados e Apátridas e da Declaração e Convenção raciais¹⁷⁵.

¹⁷¹ Com efeito, o artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que proclama o princípio da não-discriminação, abre, lembramos novamente, com a seguinte redacção: «Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades *proclamados na presente declaração*, sem distinção alguma, nomeadamente, de [. . .]»; sobre esta questão, vide, por todos, K. J. Partsch, «Les principes de base des droits de l'homme», art. cit., in *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, op. cit., pp. 75-76.

¹⁷² Cf. M. Machado Ruivo, «Situação jurídica da mulher portuguesa», in *Direitos da Mulher*, Editorial Promoção, Porto, 1975, pp. 109 e segs.; vide, também, M. Leonor Beleza, «O estatuto da mulher na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, vol. I, pp. 63 e segs.

¹⁷³ Assim, por exemplo, no continente americano só a antiga Constituição da República da Nicarágua é que não se referia ao sexo; de mesmo, todas as actuais Constituições dos Estados do leste europeu contêm, nesta matéria, uma disposição específica relativa à igualdade entre o homem e a mulher.

¹⁷⁴ Assim, por exemplo, a Carta das Nações Unidas [preâmbulo, artigos 1.º, n.º 3, 2.º, n.º 1, 8.º e 55.º, alínea c)] e os dois Pactos internacionais (artigos 2.º e 3.º); recorde-se, ainda, que a Assembleia Geral das Nações Unidas adoptou, em 1977, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, que recapitula os progressos realizados nos vinte anos e proclama os direitos correspondentes; sobre a actividade, neste domínio, do chamado «Sistema das Nações Unidas», vide *Activités de l'ONU dans le Domaine des Droits de l'Homme*, Nova Iorque, 1974, pp. 51 a 81.

¹⁷⁵ Cf. M. Bossuyt, *L'Interdiction de la Discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, ed. Bruylant, Bruxelas, 1976, pp. 52-53.

Contudo, sem esquecer, nesta matéria, a obra relevante da OIT ¹⁷⁶ e a actividade da UNESCO ¹⁷⁷, referência especial tem que ser feita à recente Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada em 1976 ¹⁷⁸, não só em razão do seu específico objecto, mas também porque acaba de ser ratificada pelo Estado português ¹⁷⁹.

Ora, logo no seu artigo 1.º, este instrumento define o que se deve entender, para os seus próprios fins, por «discriminação contra as mulheres»:

[. . .] significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo tendo como efeito ou como objectivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio.

13. Assim se vê que a regra da não-discriminação em razão do sexo se encontra erigida, no actual sistema jurídico português, tanto constitucional como convencionalmente, sobre ampla plataforma normativa.

Mas em que medida o já citado artigo 52.º da Lei do Serviço Militar violará a citada regra? A pergunta não é obviamente descabida, na medida em que, em virtude da tradição nacional e ao abrigo da legislação vigente, as mulheres não prestam normalmente serviço militar efectivo; quer dizer que também se mantém aqui a dicotomia estabelecida pelo citado preceito entre aqueles que prestam serviço militar efectivo (geralmente homens) e aqueles que não o prestam (geralmente mulheres).

Aliás, nas suas alegações, o Provedor de Justiça afirma que vários departamentos públicos têm afirmado «que tal desigualdade não existe, por as mulheres também poderem, querendo, prestar serviço militar»; e, na verdade, o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968, admite a prestação de serviço militar voluntário por cidadãos do sexo feminino.

Contudo, a argumentação não colhe. É que, enquanto os cidadãos do sexo masculino estão, em princípio, e salvo dispensa, sujeitos pela lei ao dever de prestar serviço militar efectivo, os cidadãos do sexo feminino apenas têm a faculdade de realizar o serviço militar voluntário; e, querendo-o, nada obriga porém a instituição militar competente a satisfazer tal pretensão e a assegurar esse tipo de recrutamento voluntário.

Tal basta, tendo em conta os desenvolvimentos precedentes, para que esta Comissão tenha de concluir, imediatamente, que *o artigo 52.º da Lei do Serviço Militar viola o preceituado no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição*, quanto à não-discriminação em razão do sexo.

Tanto mais que, em matéria de igualdade de acesso ao emprego, incluindo pois o acesso às funções públicas, o Poder constituinte veio explicitamente reforçar a protecção à mulher, para melhor assegurar a igualdade entre os sexos.

Com efeito, na alínea c) do artigo 52.º da Lei Fundamental, prescreve-se que incumbe ao Estado garantir o direito ao trabalho, assegurando «a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou garantias profissionais;».

¹⁷⁶ Citar-se-ão apenas a Convenção (n.º 100) Relativa à Igualdade de Remuneração entre a Mão-de-Obra Masculina e a Mão-de-Obra Feminina para um Trabalho de Valor Igual, de 29 de Junho de 1951 (cf. Decreto-Lei n.º 47 302, in *Diário do Governo*, 1.ª série, de 4 de Novembro de 1966) e a Convenção (n.º 111) sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, de 25 de Junho de 1958 (cf. Decreto-Lei n.º 42 520, in *Diário do Governo*, 1.ª série, de 23 de Setembro de 1959).

¹⁷⁷No domínio da sua competência específica, o principal instrumento aprovado pela UNESCO é a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de Dezembro de 1960 (cf. Decreto n.º 112/80, de 23 de Outubro, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 246).

¹⁷⁸ Até ao dia 14 de Agosto próximo passado haviam ratificado ou assinado esta Convenção setenta e seis Estados.

¹⁷⁹ Cf. Lei n.º 23/80, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 171, de 26 de Julho.

Não poderia pois o Poder constituinte ser mais claro nas suas intenções «igualitaristas», que não eram, aliás, outras quando postulou que «todos os cidadãos têm o direito de acesso, em condições de igualdade e liberdade, às funções públicas» (artigo 48.º, n.º 4).

E não se creia que, neste domínio, a nossa actual Constituição seja inovadora. Desde há muitos anos, na ordem interna e também na ordem internacional, a igualdade do homem e da mulher perante o emprego tem sido uma das preocupações maiores do «legislador», porque constitui, precisamente, do ponto de vista sócio-histórico, uma das principais causas de discriminação entre sexos.

Para não multiplicar desnecessariamente os exemplos, recordemos apenas a já citada Convenção da OIT (n.º 111) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, de 25 de Junho de 1958¹⁸⁰, e ainda a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 17 de Dezembro de 1976, ambas ratificadas por Portugal.

Nesta última Convenção, antes mesmo de se proclamar a igualdade no emprego¹⁸¹, se postula no seu artigo 7.º que «os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres na vida política e pública do país e, em particular, asseguram-lhes, em condições de igualdade, o direito» de (entre outros) ocupar empregos públicos [alínea b)].

Nestes termos, tem esta Comissão de concluir também que *o artigo 52.º da Lei do Serviço Militar viola o preceituado no artigo 52.º, alínea c), da Constituição*, que determina que não seja limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos ou trabalho; só uma interpretação deste tipo é que se coaduna com as obrigações convencionais recentemente assumidas pelo Estado português, na ordem internacional.

14. Enfim, segundo as conclusões do Provedor de Justiça, o preceito legal em apreciação «representa ainda uma outra desigualdade de tratamento, esta agora em relação aos que, nos termos constitucionais, não prestem serviço militar, mas sim o serviço cívico».

Com efeito, no já referido artigo 276.º, a actual Constituição da República depois de prescrever que o serviço militar é obrigatório (n.º 2), estabelece como formas de cumprimento do dever de defesa da pátria, não só o serviço militar armado mas também o serviço militar não armado ou serviço cívico¹⁸²; ficam sujeitos a estas últimas modalidades os que forem considerados inaptos para o serviço militar armado e os objectores de consciência (n.º 3)¹⁸³.

Desde logo, ao estabelecer, em vista ao acesso a cargos públicos, uma preferência em benefício daqueles que hajam prestado serviço militar efectivo e em detrimento daqueles que forem considerados inaptos para o serviço militar armado e dos objectores de consciência, *o artigo 52.º da Lei do Serviço Militar não respeita o espírito e a letra do artigo 276.º, n.º 3, da Lei Fundamental*.

¹⁸⁰ O artigo 2.º desta Convenção n.º 111 dispõe: «Todo o Estado Membro para o qual a presente Convenção se encontra em vigor compromete-se a definir e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objectivo de eliminar toda a discriminação.»

¹⁸¹ Cf. o seu artigo 11.º, n.º 1: «Os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no domínio do emprego com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, os mesmos direitos, em particular: [. . .] b) O direito às mesmas possibilidades de emprego incluindo a aplicação dos mesmos critérios de selecção em matéria de emprego;».

¹⁸² Segundo o n.º 4 do mesmo artigo 276.º «o serviço cívico pode ser estabelecido em substituição ou complemento do serviço militar e tornado obrigatório por lei para os cidadãos não sujeitos a deveres militares».

¹⁸³ Observe-se que, ao proclamar no n.º 1 do mesmo artigo, que «a defesa da Pátria é dever fundamental de todos os portugueses», o Poder constituinte de 1976 retomou a tradição portuguesa, que a Constituição de 1933 rompeu; com efeito, logo na Constituição de 1822, embora com outras palavras, a «defesa da pátria» é que é um dever constitucionalmente proclamado, na medida em que no seu artigo 19.º se afirma que «os seus principais deveres (dos portugueses) são [. . .] amar a pátria; defendê-la com as armas, quando for chamado pela lei [. . .]»; mais claramente, o artigo 113.º da Carta Constitucional de 1826 dispunha que «todos os portugueses são obrigados a pegar em armas para sustentar a independência, a integridade do Reino, e defendê-lo de seus inimigos externos e internos»; com ligeiras alterações esta fórmula foi mantida pelo artigo 119.º da Constituição de 1838 e pelo artigo 68.º da Constituição de 1911; diferentemente, o artigo 54.º da Constituição de 1933 rezava apenas que «o serviço militar é geral e obrigatório. A lei determina a forma de ser prestado».

Tal é a conclusão a que se chega, sem delongas, na medida em que é o lógico desaguar dos desenvolvimentos precedentes; estes também não legitimam que nesta matéria se possa praticar, sem mais, uma interpretação conforme à Constituição, cujo objectivo não seria outro do que procurar «salvar» um preceito perfeitamente integrado numa determinada época histórica e que respondia a necessidades militares que os Poderes públicos então estabelecidos entendiam pertinentes.

Mas já não pode ser assim quando, pela primeira vez na nossa história constitucional, a Lei Fundamental vem expressamente proteger o direito à «objecção de consciência». Tanto mais que o intérprete não pode deixar de extrair um efeito útil de um direito individual raramente proclamado constitucionalmente no estrangeiro. Afora o caso da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de Maio de 1949¹⁸⁴, não se encontraram, pelo menos nas Constituições mais conhecidas, outros exemplos de explícita protecção da objecção de consciência. E o mesmo se dirá do direito internacional público, pois apenas se achou um único instrumento internacional vinculativo que se limita, aliás, a referenciar esse mesmo direito: a Convenção interamericana sobre direitos do homem, de 1969¹⁸⁵.

E, em termos de legislação ordinária, raros são também os exemplos de países que tenham regulado o estatuto do objector de consciência, muito embora, em alguns sistemas jurídicos ocidentais, essa protecção legal exista, desde há muitos anos.

No continente americano, é o caso dos Estados Unidos da América; com efeito, o Selective Service Act, de 18 de Maio de 1917, prevê, no seu artigo 59.º, a isenção de serviço militar para «todas as pessoas que, em virtude de uma convicção religiosa, solicitem ser isentas do serviço militar, se for estabelecida essa atitude de consciência».

No continente europeu, citar-se-á, por ordem cronológica de aprovação do respectivo estatuto, antes de mais, a Grã-Bretanha, que, depois de ter reconhecido um estatuto legal aos objectores de consciência, desde 1916, o regula no National Service Act, de 1948; depois, a Dinamarca, cuja lei de 13 de Dezembro de 1917 institui «o emprego dos refractários ao serviço militar em trabalhos civis»¹⁸⁶; seguidamente, a Alemanha Federal, cujo estatuto de objecção de consciência está regulado na Lei de Recrutamento, de 21 de Julho de 1956, emendada pela Lei de 28 de Novembro de 1960 e, ainda, pela lei de 13 de Janeiro de 1960, relativa à criação de um serviço civil; enfim, a França cujo estatuto foi regulado pela Lei de 21 de Dezembro de 1973, incluída na Lei de 10 de Junho de 1971, relativa ao Código do Serviço Nacional¹⁸⁷.

15. Do estudo desta legislação estrangeira, corroborada, aliás, pelos ensinamentos da doutrina especializada, extrai-se que a «objecção de consciência» se apresenta como um corolário jurídico da liberdade de consciência e como uma aplicação do princípio da não-discriminação em razão de convicções religiosas; e, agora mais recentemente, a «objecção de consciência» é igualmente justificada com base em motivos morais, e até ideológicos e políticos¹⁸⁸.

Ora, consagrando a nossa Constituição não só a liberdade de consciência e de religião (artigo 41.º), mas também o princípio da não-discriminação em razão de convicções políticas ou ideológicas (artigo 13.º, n.º 2), poderia o intérprete tentar apreciar também a essa luz as normas contidas no citado artigo 52.º da Lei do Serviço Militar.

Porém, entende esta Comissão não apreciar a compatibilidade do referido artigo 52.º da Lei do Serviço Militar com o princípio da não-discriminação em razão de convicções políticas ou ideológicas (artigo 13.º, n.º 2) ou com a liberdade de consciência e de religião (artigo 41.º). E não o fará, essencialmente, por dois motivos.

¹⁸⁴ Com efeito, o seu artigo 4.º, n.º 3, prescreve que «ninguém pode ser obrigado ao serviço militar em tempo de guerra contra a sua consciência. Uma lei federal regulará a aplicação deste princípio».

¹⁸⁵ Com efeito, o seu artigo 6.º, § 3.º, alínea b), dispõe que não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para efeitos desse artigo, «o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele».

¹⁸⁶ Na Suécia e na Noruega o estatuto dos objectores de consciência é idêntico ao dinamarquês, salvo que o beneficiário pode ser empregado em hospitais.

¹⁸⁷ Cf. Roger Errera, *Les Libertés à l'Abandon*, ed. Seuil, Paris, 1973, pp. 170-172 e 145 e segs.

¹⁸⁸ Cf. Karel Vasak, «Examen analytique des droits civils et politiques», in *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 168.

Primeiro, porque está sobejamente atingido o efeito útil deste parecer, na medida em que aquele artigo 52.º não se mostra compatível com variadas disposições constitucionais e, em particular, quanto aos objectores de consciência, com o espírito e a letra do artigo 276.º, n.º 3, da Constituição.

Segundo, porque o legislador ordinário não regulou, até à data, o estatuto da «objecção de consciência», pese embora o estabelecido no artigo 293.º, n.º 3, da Constituição¹⁸⁹; e só àquele compete estabelecer o fundamento da «objecção de consciência» constitucionalmente reconhecida.

16. Pelo exposto, a Comissão Constitucional, chamada a dar parecer sobre a constitucionalidade do artigo 52.º da Lei do Serviço Militar, entende que esse preceito viola:

- a) O artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, que postula o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, em geral e em particular;
- b) O artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, que postula o princípio da não-discriminação entre sexos;
- c) O artigo 48.º, n.º 4, da Constituição, que postula o princípio da igualdade de acesso, de todos os cidadãos, às funções públicas;
- d) O artigo 52.º, alínea c), da Constituição, que postula que não seja vedado ou limitado o acesso a quaisquer cargos, em razão do sexo;
- e) O artigo 276.º, n.º 3, da Constituição, que equipara, para os efeitos *sub judice*, o serviço militar não armado ou serviço cívico ao serviço militar armado.

Assim, deve o Conselho da Revolução declarar a inconstitucionalidade do referido artigo 52.º da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968.

Lisboa e Comissão Constitucional, 13 de Janeiro de 1981. — *Jorge Campinos* — *Fernando Amâncio Ferreira* — *Armando Ribeiro Mendes* — *Hernâni de Lencastre* — *Jorge de Figueiredo Dias* (vencido, nos termos e com os fundamentos constantes da declaração de voto anexo) — *Afonso Cabral de Andrade* (vencido, pelas mesmas razões que constam da declaração de voto do Prof. Figueiredo Dias) — *Rui de Alarcão* — *Joaquim Costa Aroso* (vencido pelas razões constantes da declaração de voto anexa) — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Assinei vencido pelas razões que seguidamente e em síntese exponho:

1 — A Comissão Constitucional pronunciou-se já por várias vezes, tanto em pareceres como em acórdãos, sobre o conteúdo e o alcance essenciais do *princípio geral da igualdade* e, bem assim, sobre as relações entre este princípio e um «direito especial de igualdade» como é o *direito à não-discriminação ou proibição de discriminação*. Dessas tomadas de posição permito-me remeter para as que constam, a muito diferentes propósitos, dos pareceres n.ºs 1/76 e 8/79 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, respectivamente, vol. 1.º, 1977, pp. 10 e segs., e vol. 7.º, 1980, pp. 355 e segs.) e do Acórdão n.º 149, de 13 de Março de 1979 (*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 285, pp. 135 e segs.), cujos termos omito *brevitatis* causa mas peço vénia para considerar aqui, para todos os efeitos, como reproduzidos.

Não faço a remissão, naturalmente, para supra-ordenar estas tomadas de posição às restantes que, sobre o mesmo assunto, tomou esta Comissão; nem tão-pouco para as contrapor à doutrina que emana do presente parecer — pois que talvez uma tal oposição não exista, ou seja, em todo o caso, despicienda. Faço-o, sim, porque das referidas posições me parece resultar uma doutrina particularmente adequada ao tratamento do problema posto no presente parecer e que consubstanciarei numa tríplice ilação:

¹⁸⁹ Cf. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976 — Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 126 e segs.

- a) A de que só é lícito e adequado recorrer ao princípio geral da igualdade — contido no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição — e à protecção material que ele confere quando a solução legislativa ou, em geral, os problemas questionados não se encontram directamente cobertos por um direito especial de igualdade e, em particular, por uma das cláusulas de não-discriminação contidas no n.º 2 do preceito citado;
- b) A de que, tratando-se, nas cláusulas de não-discriminação, de precipitações ou concretizações da ideia geral da igualdade, tem necessariamente a protecção por elas conferida, segundo o próprio pensamento constitucional, carácter fragmentário, lacunoso e limitado — como aliás convém a uma correcta relação do princípio da igualdade com a componente social do Estado de direito democrático;
- c) A de que — para além dos limites referenciados na alínea anterior — a protecção material conferida pelo princípio geral da igualdade assume, essencialmente, o carácter de uma «proibição de arbítrio», isto é, de uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regulamentar ou ao problema que se deseja decidir.

Tendo ante os olhos este património doutrinal mínimo — que, repito, me parece resultar patente e indiscutivelmente da jurisprudência anterior desta Comissão — não pude de modo algum convencer-me de que, no caso em apreciação, houvesse violação, ainda mesmo que só larvar ou indiciária, do princípio jurídico-constitucional da igualdade em qualquer das suas manifestações.

2 — Não há, desde logo, violação de qualquer das cláusulas de não-discriminação contidas no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, nomeadamente das que são função do sexo ou das convicções políticas ou ideológicas.

a) Com efeito, é evidente e indiscutível que o privilégio no provimento, a que se refere o artigo 52.º da Lei n.º 2135, é conferido em função, não do sexo do candidato, mas de este haver ou não cumprido serviço efectivo nas forças armadas. E esta comprovação, aparentemente trivial, é bastante para afastar uma violação da proibição de discriminação sexual.

Não ignoro, dizendo isto, que a ausência de uma menção expressa do «sexo» no teor literal da norma examinanda não é suficiente para se negar a possibilidade de ela violar a proibição de discriminação, antes importando verificar se a concreta aplicação da norma conduz ou não a uma discriminação inconstitucional. Tão-pouco contesto que — competindo embora a defesa da Pátria tanto à mulher como ao homem, pois que se trata ali, nos termos do artigo 276.º, n.º 1, da Constituição, de um dever fundamental de todos os portugueses — segundo uma certa prática, aliás legalmente escorada, só o homem é em princípio chamado a cumprir serviço efectivo nas forças armadas. Mas daqui só resulta — só pode resultar — a necessidade de, quando e onde tal deva ser feito, aferir cuidadosamente, à luz do princípio da igualdade, da constitucionalidade da prática referida e ou das normas legais que lhe dão cobertura: não é a simples circunstância de o artigo 276.º, n.º 2, da Constituição dispor que «o serviço militar é obrigatório, nos termos e pelo período que a lei prescrever» que poderá impedir, sem mais, a eventual inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, das normas e da prática que conduzem a que só o homem seja em princípio chamado ao cumprimento do serviço militar efectivo. O que dali não resulta — não pode resultar — é a inconstitucionalidade, *hoc sensu* «derivada», «mediata» ou «indirecta», da norma do artigo 52.º da Lei n.º 2135, sob a alegação infundada de que ela operaria qualquer discriminação em função do sexo.

Talvez que um exemplo possa tornar o meu argumento mais claro e persuasivo. Há uma lei que exige título universitário para o exercício da profissão de juiz, de médico ou de engenheiro. Iríamos nós dizer que uma tal lei é inconstitucional, por discriminatória em função do sexo, se uma outra lei existisse segundo a qual só o homem e não a mulher pudesse frequentar a Universidade? Mal se duvida de que esta última lei seria inconstitucional — mas também de que a primeira em nenhum caso o seria. Neste exemplo, como no caso do parecer, transpor a (eventual) inconstitucionalidade de uma lei para a outra, só porque uma é, em concreto, consequencial da outra, seria cair numa doutrina da *poisonous tree* ou do *Fernwirkung* que, a todas as luzes, seria erróneo e catastrófico aceitar em matéria jurídico-constitucional.

b) Do mesmo modo — e de forma ainda mais clara — o artigo 52.º da Lei n.º 2135 não contém qualquer discriminação em função das convicções políticas ou ideológicas. É certo que, quando tais convicções dêem ao titular o estatuto jurídico-constitucional de objector de consciência, deve ele prestar serviço militar não armado ou serviço cívico adequado à sua situação, nos termos do artigo 276.º, n.º 3, da Constituição. Mas, a partir daqui, e no que ao nosso problema respeita, uma de duas:

 Ou se considera que, apesar daquele artigo 276.º, n.º 3, a Constituição não obriga, para todos os efeitos ou, ao menos, para os efeitos em causa, a uma total equiparação do serviço cívico ao serviço armado efectivo — e o problema nem sequer chega a pôr-se;

 Ou se considera (como na opinião da maioria e na do Provedor de Justiça) que a plena equiparação é constitucionalmente imposta — caso em que se impõe uma interpretação (integração) do artigo 52.º da Lei n.º 2135 em conformidade com a Constituição, e nomeadamente do seu n.º 1; interpretação segundo a qual ao serviço efectivo nas forças armadas se há-de igualar, para efeitos daquele artigo, o cumprimento do serviço cívico e que tanto mais se impõe quanto é certo ser a Lei n.º 2135 anterior à Constituição.

c) Não se revelando violada, no caso sobre que versa o parecer, qualquer das cláusulas de não-discriminação do artigo 13.º, n.º 2, evidente se torna a inexistência de qualquer violação dos artigos 52.º, alínea c), ou 48.º, n.º 4, da Constituição.

Mesmo sem curar de saber se no artigo 52.º da Constituição se trata de norma preceptiva, com conteúdo imediatamente aplicável em tema de direitos fundamentais, é claro que, à luz a que me movo, o privilégio no provimento a que se refere o artigo 52.º da Lei n.º 2135 em nada faz com que «seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos». E isto pela razão, simples mas terminante, de que àquela luz uma coisa nada tem a ver com a outra.

Não menos claro será, por outro lado, que com isto em nada se belisca o direito de todos os cidadãos «de acesso, em condições de igualdade e liberdade, às funções públicas», a que se refere o artigo 48.º, n.º 4, da Constituição. Logo porque uma coisa é o acesso, outra diferente o provimento — como é evidente sobretudo quando os lugares são menos que os candidatos, de tal maneira que, pese a toda a igualdade possível, alguém terá de ser preterido. E depois, e decisivamente, porque a igualdade de acesso em nada pode prejudicar a existência de critérios de valoração dos candidatos, de hierarquização e de privilegiamento relativos de cada um em relação a todos os outros.

3 — Provado, na minha perspectiva, que não há, no caso do parecer, violação — quer objectiva, isto é, segundo a situação das coisas que à lei pertence regular; quer subjectiva, ou seja, segundo a intencionalidade própria da lei — de qualquer «direito especial de igualdade», constitucionalmente garantido, resta determinar se haverá violação do *princípio geral da igualdade* contido no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição.

Devendo este, nos termos preditos em 1, alínea c), identificar-se essencialmente com uma proibição de arbítrio, logo se impõe, em meu juízo, uma resposta rotundamente negativa à pergunta acabada de formular. Conceder — em igualdade de classificação ou de graduação para provimento, por concurso, em cargos públicos — preferência aos indivíduos que hajam cumprido serviço efectivo nas forças armadas; e estabelecer entre os concorrentes com preferência uma ordem de prioridade que entra em conta com critérios como os da promoção por distinção, condecoração por efeitos heróicos, intervenção em operações ou deslocação de uma parte para outra do território nacional — tudo isto, a meus olhos, é o mais diferente possível de uma manifestação de arbítrio e, pelo contrário, uma regulamentação proporcional ou adequada, no sentido do princípio da igualdade.

Adequada, antes de tudo, à ordem constitucional dos valores: a Constituição dá seguramente um altíssimo lugar, dentro daquela ordem, às forças armadas, ao dever de defesa da Pátria e, conseqüentemente, como meio por excelência de realização daquele dever, ao cumprimento do serviço militar efectivo. Que, a partir daqui, a lei ordinária dê preferência na ocupação de cargos públicos àqueles de quem exigiu o cumprimento de um dever que tem tanto de honroso como de pesado (e, dentro destes, àqueles que o cumpriram melhor ou em mais difíceis condições), é coisa tão natural e equitativa que dificilmente vejo outra que possa ter mais claro fundamento. Preferência, sublinho, para assim deixar claro que tenho em vista coisa diferente da «ausência de prejuízo» a que se refere o artigo 276.º, n.º 6, da Constituição. A que, evidentemente, não poderia deixar de ser assegurada sem grave

lesão da justiça material.

Adequada, por último, à situação fáctica das coisas. Com efeito, ainda poderia pôr-se em dúvida a justiça social daquela preferência se ela prevalecesse sobre quaisquer critérios materialmente fundados de competência ou adequação ao lugar. A este propósito, porém, é terminante logo a parte inicial do n.º 1 do artigo 52.º da Lei n.º 2135: a preferência (e naturalmente, a ordem de prioridade que dentro dela venha a funcionar) vale só em igualdade de classificação ou de graduação. Vale só, por outras palavras, quando entraram em jogo e se esgotaram todos os critérios materialmente fundados de competência e de adequação ao lugar. A razoabilidade e a adequação fáctica de uma tal solução parecem-me inquestionáveis.

Tão inquestionáveis, que ficaria de mal com a minha consciência se o respeito que sinto pela opinião da maioria me levasse a omitir uma última consideração: inconstitucionalizada a preferência, sob a alegação de violadora do princípio da igualdade, continuará a haver casos em que, em concurso, dois ou mais candidatos ao mesmo lugar público, mesmo depois de esgotados todos os critérios de competência e adequação, continuarão «em igualdade de classificação ou de graduação». Nessa altura, será perfeitamente lícito à entidade examinadora preferir — como, pela natureza das coisas, sempre terá de preferir! — um qualquer em função de critérios puramente formais, subjectivos e incontroláveis! E se é assim, como inevitavelmente será, que sentido tem retirar, por inconstitucional, uma preferência baseada no cumprimento efectivo de um serviço ao qual a própria Constituição dá lugar de proeminência na sua ordem axiológica, para deixar valer em vez dela uma preferência formal, subjectiva e incontrolável?

4 — Por estes motivos, entendi que *o Conselho da Revolução não deve declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 52.º da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968 (Lei do Serviço Militar)*. — *Jorge de Figueiredo Dias*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Escreveu o Prof. Marcello Caetano, no seu *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed. (com a colaboração do Prof. Freitas do Amaral), vol. II, 1972, p. 639: «Chama-se preferência à prioridade no provimento do cargo pretendido reconhecida a um candidato relativamente a outros candidatos e conferida por lei em razão de certa qualidade ou de certos títulos ou de serviços já prestados. A preferência é absoluta quando determina a preterição de todos os outros candidatos independentemente dos títulos ou classificações que eles apresentem; é relativa quando apenas confira prioridade em relação aos concorrentes que se achem em igualdade das restantes condições com o seu titular. O regime de preferências deve ser considerado como implicando excepções à regra da escolha em concurso segundo os méritos provados. . . (Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 28 de Julho de 1966, in *Acórdãos Doutrinários*, n.º 63, pp. 418 e segs., e jurisprudência aí citada).

Não nos parece, porém, que constitua privilégio, como excepção à regra da igualdade dos cidadãos perante a lei, quando a preferência corresponda a títulos de maior capacidade para o exercício do cargo, resultantes de habilitações ou de serviços anteriormente prestados; pois a igualdade dos cidadãos tem sempre de ser entendida de harmonia com as circunstâncias em que se encontrem: a lei deve dar as mesmas oportunidades a todos quantos se achem nas mesmas condições: Tratar por igual situações desiguais implicaria desigualdade de tratamento».

Por sua vez, os mesmos autores, a p. 679 da mesma obra escreveram: «A prestação de serviço efectivo nas forças armadas é motivo de preferência em igualdade de condições legais (Lei n.º 2135, artigo 52.º). Esta preferência é invocável contra candidatos do sexo feminino. O n.º 2 do referido artigo 52.º gradua ainda esta preferência consoante a qualidade e o tempo do serviço prestado.»

O recente parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 160/79, de 5 de Março de 1979, in *Boletim do Ministério da Justiça*, pronunciando-se sobre a questão da constitucionalidade das normas dos artigos 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 43/76, de 20 de Janeiro — preferência no provimento de cargos públicos ou de empresas com participação maioritária do Estado concedida por esta última norma aos chamados deficientes das forças armadas, em igualdade de condições com outros candidatos —, entendeu que não havia ofensa às normas constitucionais dos artigos 13.º e 48.º, n.º 4, da actual Constituição (n.º 296, pp. 52 e segs. do referido *Boletim*).

O Prof. Castanheira Nunes — por sinal, o autor que, entre nós, maior desenvolvimento deu ao tratamento do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos — escreveu, além do mais, na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 106, pp. 258 e seguintes: «Um outro aspecto tem a ver com as finalidades prescritivas que surjam como elementos explícitos de um particular processo de concreta igualação (ou pelo menos de compensação) de condições. É o que nos oferecem as prescrições de tratamento 'desigual' (isto é, abstractamente desigual) ou privilegiante de certas categorias ou de grupos, ou de pessoas e grupos em determinadas situações, em ordem a compensar-se assim as desigualdades reais em que se encontravam esses agora beneficiados, em confronto com outras categorias de grupos ou pessoas, no contexto social inicial ou na situação pressuposta e em que daquele modo se intervêm para lograr a igualdade final, como resultado concreto. Como exemplos, que todos os dias se multiplicam, recordemos as isenções de impostos em favor de rendimentos que não atingem um certo mínimo, os impostos progressivos sobre rendimentos elevados, a *reserva de certos empregos ou certas regalias em benefício de inválidos de guerra*, a isenção de propinas em favor de estudantes pobres, etc.»

Também esta Comissão Constitucional, no seu parecer n.º 14/78, de 4 de Maio de 1978 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, ed. da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, vol. 5.º, pp. 105 e segs.), com base nos ensinamentos resumidamente citados concluiu não haver ofensa do princípio da igualdade dos cidadãos a preferência relativa — e precária — dos professores dos ensinos primário, preparatório e secundário, na colocação em localidade em que o respectivo cônjuge preste serviço público (preferência conjugal).

No caso do presente parecer, não parece que se possa falar em discriminação em razão do sexo proibida pelo n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, pela simples razão de que a preferência do artigo 52.º da Lei do Serviço Militar *vale contra candidatos de ambos os sexos* e não apenas contra candidatos do sexo feminino. Isso porque a Constituição não isenta estes do serviço militar e a preferência radica na efectiva prestação de serviço militar e não em razões de sexo.

Não existe aqui, portanto, qualquer discriminação, mesmo aparente, em razão do sexo. Se a houvesse, também a já referida preferência, do mesmo tipo, em favor dos chamados deficientes das forças armadas, estaria eivada desse vício. É apodíctico.

Se tomarmos agora como termo de comparação o serviço cívico, também não encontraremos discriminação, visto a Constituição fazer equivaler tal serviço ao serviço militar, devendo, portanto, as leis ordinárias, designadamente o artigo 52.º da Lei n.º 2135, serem interpretadas de modo a abranger também os que prestaram serviço cívico em face daqueles que o não prestaram (interpretação conforme à Constituição).

Não há, finalmente, ofensa do princípio do artigo 48.º, n.º 4, da Constituição — igualdade de acesso aos empregos públicos —, pois este preceito tem de ser combinado com outros, designadamente o de que os funcionários públicos estão ao «serviço exclusivo do interesse público, tal como é definido nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração». Assim, a lei pode estabelecer condições de acesso a este ou àquele cargo público, de harmonia com os critérios de interesse público que eleger como melhores, (v. g. exigibilidade de concurso, documental ou de provas públicas; exigência de certas habilitações literárias, etc.). Trata-se, afinal, de uma modalidade particular de acesso ao trabalho ou à profissão e estamos, portanto, caídos no âmbito do n.º 3 do artigo 51.º da Constituição: «todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, *salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade*».

Cabe, por último, chamar a atenção para o facto de a actual Constituição ter consagrado o que modernamente se chama «Estado de direito social» — ou, na linguagem do texto actual, «Estado de direito democrático» —, como resulta da conjugação do Preâmbulo e dos artigos 3.º, n.º 4, 51.º, n.º 3, 52.º, alínea c), e 81.º, alínea c), além de outros.

Se bem que os princípios do Estado de direito social não imponham, sob pena de inconstitucionalidade omissiva, o direito dos que prestaram serviço militar ou serviço cívico a especial protecção estadual, também o não proíbem, antes com eles se harmonizam. Não se pode esquecer que se trata de um serviço prestado à Nação, à Pátria, compulsivo e gratuito, e isso sempre foi, desde o constitucionalismo liberal, motivo constitucional de protecção e reconhecimento da sociedade e do Estado.

Na lógica do parecer, seriam inconstitucionais os inúmeros preceitos legais que concedem relevância para efeitos de provimento nas funções públicas (primeiros, segundos e ulteriores, provimentos, designadamente por promoção) a factores como: maior idade, maior tempo de serviço público prestado, etc.

Se se quer, todos esses factores podem ser integrativos do mérito do candidato,

entendida a expressão em sentido amplo; são qualificações, qualidades, que fazem ou permitem que determinada pessoa caminhe à frente doutra nesta ou naquela função pública.

Pelas razões sumariamente expostas, votei vencido contra a solução vencedora.

— *Joaquim da Costa Aroso*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 21/81

Ao abrigo do disposto na alínea c), artigo 146.º e no n.º 2 do artigo n.º 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Provedor de Justiça e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 52.º da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968 (Lei do Serviço Militar).

Aprovada em Conselho da Revolução em 28 de Janeiro de 1981.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 36, de 12 de Fevereiro de 1981.)

Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968

(LEI DO SERVIÇO MILITAR)

.....
Artigo 52.º

1 — Em igualdade de classificação ou de graduação para provimento, por concurso, em cargos do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público, e ainda das pessoas colectivas de utilidade administrativa ou dos organismos de coordenação económica, têm preferência os indivíduos que hajam cumprido serviço efectivo nas forças armadas.

2 — Entre os concorrentes com preferência nos termos do n.º 1 é estabelecida a seguinte ordem de prioridade:

- a) Promoção por distinção;
- b) Condecoração por feitos heróicos, de acordo com a respectiva precedência legal;
- c) Prestação de serviço efectivo em forças militares ou militarizadas em operações;
- d) Prestação de serviço efectivo em forças militares ou militarizadas deslocadas de uma para outra parcela do território nacional ou para fora dele ou em comissão militar desempenhada nas mesmas circunstâncias;
- e) Prestação de serviço efectivo nas forças armadas em condições não abrangidas pelas alíneas anteriores.

3 — Nas mesmas condições de prioridade estabelecidas nas alíneas do n.º 2, preferem os que tenham maior número de períodos trimestrais de serviço efectivo nas forças armadas.

4 — Sem prejuízo da concessão de outros benefícios, os que tenham sofrido diminuições físicas em serviço efectivo nas forças armadas ou por motivo do mesmo têm precedência para efeitos do n.º 1 e antes da escala de preferência do n.º 2, desde que a diminuição física seja compatível com o exercício do cargo a que concorram.

5 — As preferências indicadas neste artigo antecedem as de natureza semelhante prescritas na lei para que prestem serviço em organismos não compreendidos nas forças armadas.

.....

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 3/81

Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Regime dos direitos, liberdades e garantias — Direito à intimidade — Utilização da informática — Criação de impostos e sistema fiscal — Direito à retribuição do trabalho.

1. Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Presidente da Assembleia da República, no seguimento de pedido apresentado pelo director da revista ABC — Fiscal, solicitou ao Conselho da Revolução que se pronunciasse sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, que institui o número fiscal do contribuinte.

De acordo com o disposto na alínea a) do artigo 284.º da Lei Fundamental e na alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 530-F/76, de 30 de Junho, foi esta Comissão chamada a emitir parecer.

2. Na exposição do director da revista fiscal supracitada, alega-se que o decreto-lei impugnado se encontra ferido de inconstitucionalidade orgânica, por violar as alíneas c) e o) do artigo 167.º, e de inconstitucionalidade material, por violar a alínea a) do artigo 53.º, ambos da Constituição.

O desrespeito da alínea c) do artigo 167.º baseia-se na circunstância de o diploma tratar de direitos, liberdades e garantias, dado que os imperativos enunciados no artigo 35.º «a não serem respeitados, buliriam directamente com princípios basilares do cidadão».

O desrespeito da alínea o) do artigo 167.º justifica-se por a inconstitucionalização do número de contribuinte se reportar ao sistema fiscal.

Por fim, o desrespeito da alínea a) do artigo 53.º verifica-se por o n.º 1 do artigo 11.º do decreto-lei determinar que os rendimentos sujeitos a impostos com cobrança mediante o sistema de dedução no rendimento, ainda que isentos, não poderem ser pagos ou postos à disposição dos respectivos titulares pelas entidades competentes, sem comprovação do número fiscal.

3. Notificado o Primeiro-Ministro para se pronunciar sobre a questão, nos termos do n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, não apresentou qualquer resposta.

4. Através do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, criou-se o número fiscal do contribuinte, em vista a «dotar a administração fiscal de um meio indispensável à consecução de qualquer política fiscal que passe pelo combate frontal à evasão fiscal», como se lê no seu preâmbulo. Ainda, segundo este, o número fiscal é «um número sequencial, não significativo, para uso exclusivo no tratamento da informação de índole fiscal e respeitante em absoluto, no que concerne às pessoas singulares, das regras constitucionais proibitivas de um número nacional único».

Acrescenta-se que nos modelos das fichas de inscrição e actualização «não constam quaisquer dados de natureza opinativa ou respeitantes à vida privada dos contribuintes, às suas opções políticas, partidárias, religiosas ou filosóficas», ficando assim garantido que tais dados não serão registados em suporte magnético.

«Para que não subsistam quaisquer dúvidas, refere-se o facto de não existir transição para suporte magnético do número de bilhete de identidade, a mencionar pelo contribuinte nas referidas fichas de inscrição e actualização, sendo aquele dado recolhido apenas para desfazer casos de homonímia e através de consulta manual, particularidade que torna fisicamente impraticável o cruzamento, por meios automáticos de tratamento de informação, com outros ficheiros que tenham como chave de identificação o número de bilhete de identidade de cada cidadão.»

5. Começamos pela alegada violação da alínea c) do artigo 167.º da Constituição.

Reportar-se-á o diploma impugnado à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ao tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada ou à atribuição de um número nacional único aos cidadãos, matérias indiscutivelmente do âmbito dos direitos, liberdades e garantias, expressamente contempladas nos artigos 33.º e 35.º, n.ºs 2 e 3, da Lei Fundamental?

Antes de respondermos à questão posta, façamos um ligeiro excuro pelo direito da informática, não só a nível internacional como a nível interno, nos aspectos relacionados com a problemática levantada pelo binómio informática-liberdades e garantias individuais.

E desde já se adianta que a compatibilização do direito do indivíduo ao exercício das suas liberdades e ao gozo da sua privacidade com a necessidade social do desenvolvimento da informática nos sectores público e privado é cheia de escolhos.

Por isso se impõe uma regulamentação destinada a proteger os direitos fundamentais, *maxime* a intimidade da vida privada e familiar, perante os processos electrónicos de tratamento da informação.

Não esqueçamos as palavras de Arthur Miller¹⁹⁰: «O computador, com a sua sede insaciável de informação, a sua reputação de infalibilidade, a sua memória de onde nada pode ser apagado, poderia tornar-se o centro nervoso de um sistema de um mundo de cristal, no qual o nosso lar, a nossa situação financeira, as nossas relações, a nossa saúde física e mental serão postos a nu diante do espectador menos atento».

6. A nível internacional, podemos referir, entre outros, os seguintes diplomas:

- a) A Lei de Protecção do Estado de Hesse (Alemanha Federal), promulgada em 7 de Outubro de 1970;
- b) Lei norte-americana da Privacidade (Privacy Act), promulgada em 31 de Dezembro de 1974¹⁹¹;
- c) A Lei sueca sobre a Informática (Datalag), de 11 de Maio de 1973¹⁹²;
- d) A Lei da República Federal Alemã sobre a «protecção contra o emprego abusivo de dados de identificação pessoal no quadro do tratamento de dados», promulgada em 27 de Janeiro de 1977¹⁹³;
- e) A Lei francesa «relativa à informática, aos ficheiros e às liberdades», de 6 de Janeiro de 1978¹⁹⁴.

Também leis gerais sobre a protecção de dados foram publicadas na Áustria, Dinamarca, Luxemburgo e Noruega.

Outros países, como a Bélgica, Islândia, Holanda, Espanha e Suíça, têm em fase adiantada a preparação de legislação sobre a mesma matéria.

7. No âmbito do Conselho da Europa também importante actividade tem sido desenvolvida neste domínio, uma vez reconhecido que o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem não protegia suficientemente a vida privada, assim como outros direitos e interesses das pessoas físicas, face a bancos de dados automatizados.

Assim, e pondo de lado algumas recomendações:

- a) A Resolução n.º 3, relativa à protecção da vida privada como consequência do desenvolvimento crescente da colocação em ordenador de dados de carácter pessoal, adoptada em 1972 pela 7.º Conferência dos

¹⁹⁰ Apud Garcia Marques, *Informática e Liberdade*, Lisboa, 1975, p. 17.

¹⁹¹ O texto integral destas duas leis encontra-se publicado no n.º 67 — Abril de 1977 — da revista espanhola *Proceso de Datos*, pp. 35-52.

¹⁹² Esta lei bem como as anteriores encontram-se analisadas, com algum detalhe, na obra de Garcia Marques já citada, a pp. 82 e segs.

¹⁹³ Encontra-se publicada no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 278, pp. 323-367.

¹⁹⁴ Esta lei teve como antecedente próximo o relatório apresentado por uma comissão constituída ao abrigo do decreto de 8 de Novembro de 1974, a qual foi encarregada pelo Presidente da República de «propor ao Governo, num prazo de seis meses, medidas tendentes a garantir que o desenvolvimento da informática nos sectores público, semipúblico e privado se realizará no respeito da vida privada, das liberdades individuais e das liberdades públicas».

Pode ver-se o importante relatório em *Rapport de la Commission Informatique et Libertés*, La Documentation Française, Paris, 1976.

Para uma análise da lei francesa, consulte-se o estudo de Jean Frayssinet e Pierre Kayser, «La loi du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et le décret du 17 Juillet 1978», in *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et à l'Étranger*, Mai.-Jun. de 1979, pp. 629-691.

- Ministros Europeus da Justiça;
- b) A Resolução (73)-2, relativa às modalidades susceptíveis de favorecer o emprego dos ordenadores na administração local;
 - c) A Resolução (73)-22, relativa à protecção da vida privada das pessoas físicas face a bancos de dados electrónicos no sector privado;
 - d) A Resolução (73)-29, relativa à protecção da vida privada das pessoas físicas face a bancos de dados electrónicos no sector público.

Atentemos no conteúdo da última.

Depois de se afirmar que o Conselho da Europa se encontra deseioso de contribuir para a compreensão e a confiança do público a respeito das novas técnicas administrativas que as autoridades públicas põem em acção nos Estados membros, visando assegurar uma melhor execução das missões de que estão encarregadas, e ainda de que se encontra consciente das reacções da opinião pública quanto à necessidade de proteger a vida privada dos indivíduos perante a utilização dos bancos de dados electrónicos pelas autoridades públicas, recomenda aos Governos dos Estados membros a aplicação de uma série de princípios, dentre os quais se impõe destacar os seguintes: informação do público acerca da criação, funcionamento e desenvolvimento dos bancos de dados electrónicos no sector público; obtenção dos dados registados por meios lícitos e leais, devendo ser adequados e pertinentes à finalidade visada; criação dependente de lei, de regulamentação especial ou de declaração específica sempre que os bancos de dados tratem de informações respeitantes à intimidade da vida privada, com obrigação de concretizar a finalidade do registo e da utilização de tais informações; as informações registadas não devem ser utilizadas, em princípio, senão para os fins previamente definidos; regras devem ser estabelecidas para determinar o prazo para além do qual certas categorias de informações não poderão mais ser conservadas ou utilizadas; toda a pessoa tem o direito de conhecer as informações registadas a seu respeito; as pessoas com acesso aos bancos devem guardar segredo profissional; os dados utilizados para fins estatísticos só poderão ser difundidos desde que seja impossível atribuí-los a uma pessoa determinada.

Ainda no concernente ao Conselho da Europa faz-se referência ao projecto de Convenção «para a protecção das pessoas acerca do tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal», de acordo com o texto adoptado em 1979 pelo Comité de peritos para a protecção de dados.

O projecto de Convenção compõe-se de três partes principais, interessando-nos, neste momento, a que integra disposições de direito material sob a forma de princípios de base (capítulo II).

São estes:

Os dados de carácter pessoal passíveis de um tratamento automatizado devem ser obtidos e tratados leal e lícitamente, registados para finalidades determinadas e legítimas sem poderem ser utilizados de forma incompatível com essas finalidades, exactos, actualizados e conservados de modo a permitir a identificação das pessoas visadas durante um período temporal não excedendo o necessário aos objectivos que determinaram o seu registo (artigo 5.º);

Os dados de carácter pessoal respeitantes a opiniões religiosas ou políticas, ou à origem racial, assim como os concernentes a condenações penais não podem ser tratados automaticamente a menos que a legislação interna preveja garantias apropriadas (artigo 6.º);

Os dados de carácter pessoal registados em ficheiros automatizados devem ser protegidos por medidas de segurança apropriadas contra a destruição ou perda acidental, assim como contra o acesso, a modificação ou a difusão não autorizados (artigo 7.º);

Toda a pessoa deve poder conhecer a existência de um ficheiro automatizado de dados de carácter pessoal e a sua finalidade, obter com intervalos razoáveis e sem demoras ou gastos excessivos a confirmação da existência ou não de dados de carácter pessoal a ela respeitante, conseguir, sendo caso disso, a rectificação destes dados ou a sua eliminação, com possibilidade de recurso se o seu pedido não for satisfeito (artigo 8.º);

Os princípios supra referidos podem ser derogados, na sua quase generalidade, pelas leis internas dos Estados desde que constituam medidas necessárias numa sociedade democrática à protecção da segurança do Estado, à ordem pública, aos interesses fiscais do Estado ou à repressão das infracções penais (artigo 9.º, n.º 2);

Os ficheiros automatizados de dados de carácter pessoal podem ser utilizados para fins estatísticos ou pesquisas científicas, sempre que não exista perigo evidente de atentado à vida privada das pessoas (artigo 9.º, n.º 3).

8. Passemos agora ao nível interno.

Na nossa Lei Fundamental duas disposições concernem à matéria.

Em primeiro lugar, o artigo 33.º que, depois de reconhecer a todos o direito à identidade pessoal, ao bom nome e à reserva da intimidade da vida privada e familiar defere à lei o estabelecimento de *garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*.

Em segundo lugar, e primordialmente, o artigo 35.º — inédito em termos de constitucionalização¹⁹⁵ —, onde se garante a todos os cidadãos o direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, com possibilidades de exigirem a rectificação dos dados e a sua actualização, se determina que a informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate de processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos, e se proíbe a atribuição de um número nacional único aos cidadãos¹⁹⁶.

Aquando da discussão no plenário da Assembleia Constituinte foi aprovado para este artigo um novo número com a seguinte redacção:

4 — Em lei ordinária será assegurada a defesa dos cidadãos contra a utilização abusiva da informática e criada a comissão de inspecção de informática, cujas funções são definidas pela Assembleia Legislativa Popular¹⁹⁷.

Todavia, a Comissão de Redacção propôs a sua eliminação, que foi aceite pelo plenário, com a justificação de que não devia constar da Constituição, mas somente da lei, a existência do órgão Comissão de Inspeção de Informática¹⁹⁸.

No domínio do direito ordinário, três diplomas ressaltam no período anterior a 25 de Abril de 1974.

A Lei n.º 3/73, de 5 de Abril, em cuja base II se pune «aquele que, devassando sem justa causa a intimidade da vida privada de outrem e sem o seu consentimento, forneça elementos a um ficheiro, base ou banco de dados, gerido por ordenador ou por outro equipamento fundado nos princípios da cibernética», estendendo-se a punição àquele que faça uso de tais elementos para fins não consentidos por lei.

A Lei n.º 2/73, de 10 de Fevereiro, instituiu o número nacional de identificação, visando a criação e gestão de um ficheiro central da população e a constituição e exploração de um banco de dados de pessoas colectivas e entidades equiparadas.

Os números de identificação seriam constituídos por *códigos numéricos significativos* e uniformes, substituiriam, para todos os efeitos, a referência ao número, data e origem do bilhete de identidade e figurariam obrigatoriamente em todos os documentos e registos oficiais respeitantes a indivíduos nascidos depois de 1 de Janeiro de 1975.

Esta lei foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 555/73, de 26 de Outubro.

Nele sobressaíam os seguintes normativos:

O registo individual de cada cidadão devia conter o seu número nacional de identificação e os elementos de identificação civil, a saber: nome completo, sexo, filiação, data de nascimento, nacionalidade, naturalidade, estado civil, profissão e residência (artigo 6.º).

¹⁹⁵ Esta disposição acabou por influenciar o n.º 4 do artigo 18.º da Constituição espanhola de 1978, onde se diz: «A lei limitara o uso da informática a fim de garantir a honra e a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos».

¹⁹⁶ Para comentários a este artigo, ver o estudo de José António Barreiros, «Informática, Liberdades e Privacidade» in *Estudos sobre a Constituição*, 1.º vol., Lisboa, 1977, pp. 119 e segs.

¹⁹⁷ Em consequência dessa aprovação foi retirada a proposta do PCP, onde se dizia: «A lei assegurará a defesa dos cidadãos contra a utilização abusiva da informática» (Cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 38, p. 1061).

¹⁹⁸ Cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.ºs 38, pp. 1059-1061, e 130, p. 4373.

Podiam ainda ser incluídos em cada registo individual os seguintes dados: grupo sanguíneo, altura, fórmula dactiloscópica, habilitações escolares ou profissionais, situação de emancipação ou adoptado, nome do cônjuge ou ex-cônjuge e dos filhos, nome dos avós, sinais particulares, alcunhas ou nomes usados em alternativa, data de emissão e validade do bilhete de identidade, números que ao titular do registo tivessem sido atribuídos em documentos oficiais e enquanto neles não fossem substituídos pelo número nacional e referência ao assento de nascimento e a quaisquer outros documentos ou fontes em que tivessem sido obtidos os elementos constantes do registo. Ainda poderia ser autorizada, por portaria do Ministro da Justiça, a inclusão no registo individual de outros dados de carácter público ou cuja prova fosse, por lei, atribuída a serviços públicos (artigo 7.º).

O código de identificação pessoal seria constituído, para os cidadãos, pela data do nascimento, em forma corrente ou codificada, pelo número sequencial de ordem de introdução no registo nacional, pelo dígito ou dígitos de controlo, com possibilidade de o primeiro dígito do número sequencial indicar a área de naturalidade ou a nacionalidade, e o último o sexo (artigo 9.º).

Teriam acesso ao conteúdo de registos individuais de cidadãos, entre outros, o próprio titular do registo, os ascendentes, os descendentes, o cônjuge ou ex-cônjuge e o tutor ou curador do titular do registo, desde que mostrassem legítimo interesse (artigo 24.º).

Os funcionários do serviço de informática estavam obrigados ao sigilo profissional (artigo 39.º).

Dentre as atribuições conferidas ao Gabinete do Registo Nacional de Identificação destacavam-se a de «*promover uma boa comunicação entre os ficheiros, bases e bancos de dados da administração pública, organizados em suporte magnético* e propor as providências conducentes a evitar duplicações desnecessárias» [artigo 47.º, alínea n)].

E, agora, no «pós-25 de Abril».

Por resolução do Conselho de Ministros de 20 de Setembro de 1974 foi suspenso o projecto de registo nacional de identificação, «até à definição legislativa das garantias jurídicas do sistema, no que se refere às liberdades públicas e à defesa da privacidade», face aos riscos da atribuição de um número de identificação às pessoas individuais e colectivas.

Já na vigência da Constituição de 1976, o Conselho de Ministros, pela sua Resolução n.º 56/77, de 15 de Fevereiro, e tendo em conta os preceitos constitucionais, levantou a suspensão da resolução anterior no concernente às pessoas colectivas e autorizou o Gabinete do Registo Nacional a retomar o estudo, planeamento e coordenação do projecto de registo nacional de identificação, em vista à revisão da Lei n.º 2/73 e do Decreto-Lei n.º 555/73, «por forma a adequá-los ao disposto nos artigos 33.º e 35.º da Constituição e à salvaguarda dos valores que os inspiram [. . .]»¹⁹⁹.

O Decreto-Lei n.º 326/78, de 9 de Novembro, que deu nova redacção aos artigos 4.º, 5.º, 8.º, 10.º, 19.º, 20.º, 30.º e 85.º do Decreto-Lei n.º 555/73, modificou o sistema anterior no concernente ao ficheiro de pessoas colectivas e entidades equiparadas, visando fundamentalmente o controlo da evasão fiscal e a concessão de crédito bancário. A destacar neste diploma, como alteração sensível em relação ao regime anterior, o abandono do carácter significativo que era atribuído ao número de identificação, determinando-se que passe a ser um número sequencial, sem prejuízo de haver sequências correspondentes a áreas geográficas distintas e de se distinguirem as pessoas colectivas das entidades a elas equiparadas (nova redacção do artigo 10.º)²⁰⁰.

¹⁹⁹ Através da Portaria n.º 738/77, de 5 de Dezembro, e no concernente às pessoas colectivas e entidades equiparadas, foi fixada em 1 de Janeiro de 1978 a data a partir da qual se cumpririam as obrigações previstas no n.º 1 do artigo 19.º e no n.º 1 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 555/73, de 26 de Outubro.

²⁰⁰ Com nota de actualidade no respeitante a ficheiros magnéticos, para além do decreto-lei em apreciação no parecer, podem ainda referir-se:

- a) O Decreto-Lei n.º 826-A/76, de 17 de Novembro, que determinou o recenseamento da população desalojada, incumbindo o Centro de Informática do Ministério da Justiça de realizar os trabalhos necessários à criação e exploração do ficheiro respectivo;
- b) O Decreto-Lei n.º 364/77, de 2 de Setembro (Lei Orgânica da Polícia
- c) Judiciária) que autorizou o acesso directo da Polícia Judiciária, em termos a regulamentar, à informação de identificação civil e criminal constante dos ficheiros magnéticos do Centro de Informática do Ministério da Justiça (artigo 8.º, n.º 3);
- d) O Decreto-Lei n.º 464/77, de 11 de Novembro, que criou, no Ministério das Finanças, o Instituto de Informática, tendo por fim «promover o tratamento automático da informação correspondente às funções do Ministério das Finanças e prestar o apoio técnico necessário a ampliar a utilização da informática pelos serviços» (artigo 2.º, n.º

Na Resolução n.º 318/79, de 17 de Outubro, a problemática da compatibilização do direito dos cidadãos ao exercício das suas liberdades e ao gozo da sua intimidade com a necessidade social de recolha e tratamento com recurso a processamentos automáticos de informações nominativas foi particularmente sentida pelo Conselho de Ministros.

Aí se diz, a dado passo:

Os riscos eventuais que da utilização da informática podem derivar para as liberdades individuais são, fundamentalmente, os que decorrem da própria natureza da informação pessoal constante dos ficheiros, das condições de acesso e da difusão de bancos memorizados e, muito em especial, da interconexão que pode ser estabelecida entre bancos de dados nominativos, mormente através da possibilidade de utilização de um número nacional de identificação.

Foi, então, criada uma comissão interministerial, composta de seis membros, que deveria entregar o seu relatório, no prazo de noventa dias, ao Ministro da Justiça.

Contudo, essa comissão nem sequer chegou a ser empossada e, assim, não obstante a directiva do artigo 293.º, n.º 3, da Constituição, continua sem ser legislativamente regulada uma matéria tão importante como a da defesa dos direitos fundamentais do indivíduo, nomeadamente a sua privacidade, relativamente à utilização abusiva da informática.

9. Ainda antes de respondermos directamente à questão suscitada acerca da inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 463/79, por violação da alínea c) do artigo 167.º da Lei Fundamental, parece-nos oportuno averiguar, neste momento, em que circunstâncias a informática é susceptível de exercer uma perigosidade especial sobre as liberdades individuais e colectivas.

«O problema mais grave que a informática coloca na perspectiva das liberdades públicas reside na circunstância de o processamento automático facilitar a *interconexão* de ficheiros, de tal modo que permite a criação de grandes bancos de dados que, sendo o somatório de informações dispersas pelos vários ficheiros, representam um *retrato* total do sujeito a que se referem»²⁰¹.

«Mas, se é certo que a informação pode ser a mesma, em ficheiros manuais ou em ficheiros magnéticos, e se é também exacto que a informática tem recursos técnicos que podem garantir uma salvaguarda muito mais rigorosa dos dados e da sua integridade, não deixa de ser igualmente um facto que o recurso ao computador na gestão de ficheiros e bancos de dados de natureza pessoal representa um perigo de violação dos direitos e liberdades individuais muito mais agudo do que os clássicos ficheiros manuais.

«E isto porque a sede essencial do perigo resulta da aproximação feita pela máquina de *dados dispersos*, cada um dos quais isoladamente pode ser um dado não contestável, mas cuja conexão permite reconstituir dados sensíveis, de natureza eventualmente confidencial, podendo configurar-se como potencial (ou real) causa de riscos para a intimidade da vida privada e para o livre exercício das garantias individuais.

«O perigo, portanto, reside na concentração, interconexão, tratamento e difusão das informações que o computador permite efectuar.

«Ou seja, o problema cardeal que o computador coloca em matéria de informações sobre as pessoas situa-se, não tanto na natureza dos dados recolhidos nem no processo da sua recolha, os quais não são a priori discutíveis ou condenáveis (se o são, o problema é comum aos ficheiros manuais), mas no facto de a máquina permitir estabelecer interligações dos dados memorizados que, levadas ao extremo, podem conduzir ao desenho de uma rede de informações permanentemente actualizada susceptível de colocar o cidadão 'a nu' perante a Administração»²⁰².

1);

e) O Decreto-Lei n.º 496/79, de 21 de Dezembro, que criou, na Secretaria de Estado da Saúde, o Serviço de Informática da Saúde.

²⁰¹ José António Barreiros, *estudo cit.*, p. 136.

²⁰² Parecer do auditor jurídico do Estado-Maior do Exército, na circunstância funcionando como auditor jurídico de turno, de 13 de Setembro de 1979, sobre o projecto de diploma legal que se veio a converter no Decreto-Lei n.º 463/79 (I, 3), publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 294, p. 120.

A perigosidade especial do computador para as liberdades públicas e para a intimidade da vida privada situa-se, assim, no agrupamento e na interconexão de ficheiros dispersos que permitem a constituição de uma série de registos susceptível de rapidamente revelar e pôr a descoberto a «história» da vida de qualquer cidadão, onde seguramente não faltarão dados médicos, escolares, profissionais, judiciários e policiais, para além de informações sobre o seu comportamento na intimidade da própria casa, sobre a sua vida sexual, sobre a suas opiniões políticas, filosóficas e religiosas ²⁰³.

Se as interconexões de ficheiros podem ser abusivas, o perigo é substancialmente potencializado se há recurso a um *identificador comum* no conjunto dos vários ficheiros, designadamente se se utilizar um número de conteúdo significativo, como se previa no projecto do registo nacional instituído pela Lei n.º 2/73, como atrás vimos. É que através dessa chave de acesso estava aberta a construção de um grande banco de dados com ampla possibilidade de diálogo com os diversos ficheiros ou bancos de dados sectoriais. E com justeza se salientou que o problema mais grave que o projecto de registo nacional levantava para a liberdade dos cidadãos derivava «da possibilidade de interligação entre o ficheiro central da população e os demais ficheiros sectoriais, através do número individual»

204 e205

10. Façamos, agora, uma rápida apreciação de algumas das disposições que integram o Decreto-Lei n.º 463/79, no concernente às pessoas singulares, a fim de avaliarmos fundamentalmente da sua conformidade com os preceitos e princípios constitucionais no que tange ao tratamento automatizado da informação.

Começemos por salientar que o número fiscal das pessoas singulares é um número sequencial (artigo 2.º, n.º 2), não significativo, logo não formado a partir de códigos reveladores de determinadas qualidades e situações (v. g., data e local de nascimento, nacionalidade, sexo). Tal número não coincide com qualquer identificador utilizado como chave de pesquisa para acesso a outro ficheiro informatizado. O número do bilhete de identidade, a mencionar pelo contribuinte nas fichas de inscrição e actualização, não será transcrito em suporte magnético, o que obsta à interligação do ficheiro com outros ficheiros automatizados e segmentos de bancos de dados que têm como chave de identificação o número do bilhete de identidade.

Assim, o sistema automático de processamento do número fiscal de contribuinte não conduz à atribuição de um número nacional único aos cidadãos, não contravindo consequentemente o n.º 3 do artigo 35.º da Constituição.

Ao invés, o número fiscal do contribuinte é mais um número destinado a identificar os cidadãos, agora perante a administração fiscal, ao lado de outros, tais como o do bilhete de identidade, o da previdência, o do sindicato, o do estabelecimento escolar, o da associação desportiva, o de consumidor de gás e electricidade, o da carta de condução, etc. E coexiste com eles, sem possíveis interconexões.

Nos registos magnéticos apenas constarão informações de natureza ou relevância fiscal e jamais dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, expressamente mencionados no n.º 2 do artigo 35.º da Lei Fundamental como não podendo ser usados em tratamento informático. A atestá-lo encontram-se os modelos das fichas de inscrição e actualização, anexos ao decreto-lei, onde não vêm mencionados quaisquer dados de natureza opinativa, que consequentemente não são registados em suporte magnético.

O número fiscal das pessoas singulares, segundo o n.º 2 do artigo 1.º do diploma impugnado, é utilizado exclusivamente no tratamento da informação de índole fiscal.

É a consagração da regra geralmente aceite, segundo a qual os dados obtidos para um determinado fim não devem ser usados para um fim distinto, tendo em vista proteger os diversos bens jurídicos face aos perigos da informática ²⁰⁶.

De acordo com o artigo 8.º do decreto-lei, a Direcção-Geral das Contribuições e

²⁰³ Sobre a questão da interconexão de ficheiros podem ainda ver-se: Garcia Marques, ob. cit., pp. 34 e segs. e 48 e segs.; Jean Frayssine e Pierre Kayser, estudo cit., p. 647; *Rapport de la Commission Informatique et Libertés*, cit., pp. 55 e segs.; Manuel Heredero Higuera, «Informática y Libertad» in *Proceso de Datos*, n.º 67, cit., p. 26; Matos Pereira, *Direito de Informática*, Lisboa, 1980, p. 15; e *Rapport Explicatif* sobre a Resolução (73)-22 do Conselho da Europa (n.º 3).

²⁰⁴ Garcia Marques, *op. cit.*, p. 119.

²⁰⁵ Foi o recurso ao identificador único que tornou passível de severas críticas, no início de 1974, em França, o denominado projecto SAFARI, sendo o Governo acusado de querer organizar «la chasse aux Français».

Todavia, países como a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia utilizam o número nacional de identificação.

Impostos remeterá ao contribuinte um extracto dos elementos do seu registo para efeitos de atribuição do número fiscal, a fim deles tomar conhecimento e verificar a sua exactidão, operação essa que se repetirá sempre que se verifique qualquer alteração dos elementos registados, tendo ainda o contribuinte «o direito de tomar conhecimento do conteúdo dos registos magnéticos (ou mecanográficos) respeitantes ao seu número fiscal, bem como do conjunto das operações de tratamento automático que relativamente a ele serão efectuados, podendo exigir a rectificação dos dados inexactos e a sua actualização».

É o recebimento, a nível da legislação ordinária, do princípio preceptivo constante do n.º 1 do artigo 35.º da Constituição. E esta outra coisa não é senão o acolhimento na ordem interna, embora em sede constitucional, de direitos comumente reconhecidos sobre informática, aos titulares dos registos magnéticos. Como já se disse: «[. . .] se o desenvolvimento do tratamento automático de dados pode dar lugar a um aumento de poder sobre o indivíduo, há que compensar este aumento de poder mediante uma intensificação do direito à informação»²⁰⁷.

O *direito de acesso* implica, em primeiro lugar, o conhecimento para o seu titular de que figura num ficheiro automatizado e, em segundo lugar, o conhecimento dos dados memorizados que lhe digam respeito.

Tem este direito sido denominado na doutrina como *habeas data* ou *habeas scriptum* (por similitude com o *habeas corpus*), uma vez que se destina a obrigar a entidade que tem dados registados de uma pessoa a exhibi-los ou, mesmo, a fornecer os suportes informatizados em que eles se encontram.

Como corolário deste direito, um outro surge para o seu titular, qual seja o de impugnar os dados irregulares, incompletos, obsoletos ou ilícitos com a consequente obrigação para o *maître du fichier* de proceder à sua supressão ou rectificação.

No n.º 6 do artigo 8.º do decreto-lei em análise, depois de no número anterior se obrigar os funcionários da informática a guardar sigilo profissional, prescreve-se que o Ministro das Finanças pode publicitar os dados estatísticos e os estudos de natureza fiscal que tenham por base os elementos constantes dos registos desde que não haja referências nominativas. É um afloramento da excepção constante da 2.ª parte do n.º 2 do artigo 35.º da Lei Fundamental. E compreende-se que assim seja, uma vez que um dos principais fins dos ficheiros electrónicos no sector público é o de fornecer à administração informações estatísticas que lhe permitam tomar as providências necessárias. Por isso, tal faculdade integra um dos princípios das Resoluções (73)-22 (princípio n.º 10) e (74)-29 (princípio n.º 8), do Conselho da Europa.

11. Na posse de todos os elementos que integram os números anteriores, é agora a altura de enfrentar directamente a questão posta quanto à inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei n.º 463/79, por violação da alínea c) do artigo 167.º da Constituição.

E o problema pode pôr-se nos seguintes termos:

As informações nominativas sujeitas a tratamento automatizado em banco electrónico com base em elementos visando a atribuição de um número fiscal reportam-se a direitos, liberdades e garantias?

A pergunta tem completo cabimento porquanto a noção de tratamento de informações nominativas é mais ampla que a de tratamento informatizado respeitante a direitos, liberdades e garantias.

Nem todos os bancos de dados pessoais recolhem e tratam informações respeitantes à intimidade da vida privada e familiar, à liberdade de consciência, religião e culto, ao direito de deslocação e de emigração, às liberdades de reunião, de associação e de imprensa, à constituição e condições de ingresso em partidos políticos, etc.

²⁰⁶ Este princípio foi reconhecido expressamente no *Privacy Act* [secção 2, alínea b), n.º 2] e nas Resoluções n.º (73)-22 (princípio n.º 5) e (74)-29 (princípio n.º 2), do Conselho da Europa. Também no projecto de Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Pessoas Acerca do Tratamento Automatizado dos Dados de Carácter Pessoal se encontra previsto no artigo 5.º Em França, no artigo 35.º da Lei de 6 de Janeiro de 1978, é expressamente tipificada como delito informático a utilização ilícita de dados pessoais para uma finalidade distinta daquela para que foram obtidos.

²⁰⁷ Manuel Heredero Higuera, *estudo cit.*, p. 26.

Dito de outra forma, utilizando uma linguagem muito frequente nos «especialistas» de informática: nem todos os ficheiros automatizados de dados de carácter pessoal tratam de informações sensíveis; muitos deles têm por objecto *informações não sensíveis* ou *neutras* (v. g. computador destinado a gerir os gastos de gás e electricidade, tendo como elemento identificador o número do consumidor).

No âmbito dos direitos e garantias individuais assume particular relevo a vida privada e ela é especialmente considerada quando se pretendem defender os cidadãos contra a utilização abusiva da informática, pelo que se impõe, neste momento, uma ligeira referência àquele conceito.

Com Warner e Stone poder-se-á dizer que «a privacidade significa o direito à solidão, à intimidade da vida familiar e privada, ao anonimato e à distância em relação a estranhos»²⁰⁸.

Ou, então, segundo a definição clássica de Alan F. Westin: «Privacy é o direito que possuem os indivíduos, os grupos ou as instituições de determinar por si próprios quando, como e em que medida as informações que lhes dizem respeito podem ser transmitidas a outras pessoas»²⁰⁹.

Como exemplos de informações respeitantes à intimidade das pessoas mencionam-se nos relatórios explicativos das citadas Resoluções (73)-22 e (74)-29, do Conselho da Europa, as referentes ao comportamento de uma pessoa em sua casa, as relacionadas com a sua vida sexual, com as suas opiniões, etc. (pontos n.ºs 19 e 18, respectivamente).

Reconhecido por todos a fluidez do conceito de *privacidade* costumam nele ser distinguidos pelos autores quatro aspectos:

- a) A apropriação do nome ou imagem de terceiro em proveito próprio;
- b) A intromissão na intimidade ou nos assuntos privados de uma pessoa;
- c) A revelação pública de factos privados desagradáveis relativos a um indivíduo;
- d) A publicidade susceptível de transmitir uma imagem falsa perante a opinião pública²¹⁰.

Olhando, agora, ao decreto-lei que institui o número fiscal verificamos que os dados pessoais registados em suporte magnético não cobrem os que habitualmente se conexonam com a intimidade da vida privada e familiar nem tão-pouco com os demais direitos, liberdades e garantias.

Com efeito, os dados memorizados em registo, no caso concreto, são de carácter exclusivamente técnico-fiscal, em conformidade com os requisitos impostos pelos códigos fiscais, visando a integração dos diferentes rendimentos colectáveis individuais a fim de ser frontalmente combatida a evasão fiscal.

Por outro lado, o ficheiro do número fiscal quanto às pessoas singulares possui uma chave de identificação própria, sem recurso a qualquer identificador comum a vários ficheiros, e não se encontra regulamentado em termos de permitir qualquer interconexão com outros ficheiros automatizados contendo dados de carácter pessoal.

A implementação do ficheiro previsto pelo decreto-lei em análise resultará, assim, inócua no que tange à defesa dos direitos fundamentais do cidadão²¹¹.

A sua criação poderia, destarte, ser levada a efeito pelo Governo, no âmbito da sua competência legislativa própria, não havendo, conseqüentemente, violação da alínea c) do artigo 167.º da Lei Fundamental, como vem pretendido.

Contra esta conclusão não pode argumentar-se com a circunstância de no decreto-lei terem recebido consagração os princípios preceptivos constantes do artigo 35.º da Constituição no concernente à utilização da informática. E isto porque, como recentemente doutrinou esta Comissão, no seu parecer n.º 24/80, quando uma norma legal se limita a transcrever a norma constitucional, nada lhe tirando ou acrescentando, não pode invocar-se a sua eventual inconstitucionalidade orgânica.

²⁰⁸ Apud Garcia Marques, *ob. cit.*, p. 22.

²⁰⁹ Apud o 2.º caderno sobre «Informática» do semanário *O Jornal*, de 19 de Setembro de 1980, p. VII,

²¹⁰ Cf. Manuel Heredero Higuera, *estudo cit.*, p. 22.

²¹¹ Cf., neste sentido, o parecer do auditor jurídico, *cit.*, conclusão 6.ª.

«Na verdade, falece aqui a razão de ser de uma tal inconstitucionalidade — a defesa da reserva de competência legislativa da Assembleia da República — na medida em que o Governo não legislou sobre qualquer matéria de forma diferente, ainda que minimamente diferente, daquela que a Assembleia poderia ter eventualmente legislado.»

12. Passemos, agora, a analisar a possível inconstitucionalidade orgânica do diploma impugnado, por violação da alínea o) do artigo 167.º da Constituição.

Segundo este comando é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre «criação de impostos e sistema fiscal».

O sistema fiscal define-se como «o sistema dos impostos»²¹² ou como o «conjunto dos impostos efectivamente aplicados num Estado (ou uma outra colectividade: fiscalidade local e fiscalidade internacional)»²¹³.

A norma constitucional citada deve ser integrada pela do n.º 2 do artigo 106.º, que estipula que «os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes».

E a consagração do *princípio da legalidade tributária* na dupla perspectiva porque costuma ser apresentado: numa, identificando-se com o brocardo *nullum vectigal sine lege*, por força do qual a actividade tributária se encontra submetida à lei, a elaborar pela assembleia representativa do povo, e não pelo Governo, salvo os casos de autorização legislativa²¹⁴; noutra, traduzindo-se na necessidade de a lei consignar os aspectos essenciais da relação tributária, isto é, de definir os elementos necessários à determinação da prestação tributária (v. g., incidência, taxa, isenções) com a sequente exclusão de todo o arbítrio por parte do executivo²¹⁵.

Fica, todavia, aberta ao Governo a possibilidade de regular outros elementos pertinentes à relação tributária, como o lançamento, a liquidação e a cobrança de qualquer imposto, não obstante a regra do n.º 3 do mesmo artigo 106.º, que visa «a lei em sentido material, como sinónimo de norma jurídica geral e abstracta e não a lei em sentido formal», não sendo de estender o princípio da legalidade tributária a domínios como o da *liquidação* e o da *cobrança* de impostos²¹⁶.

Ora, analisando o Decreto-Lei n.º 463/79, disposição por disposição, nenhuma delas se reporta aos domínios previstos no n.º 2 do artigo 106.º da Lei Fundamental (criação de impostos, incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes), nem tão-pouco aos do n.º 3 do mesmo artigo (liquidação²¹⁷ e cobrança de impostos), não obstante para estes não falecer competência ao Governo, como vimos, pelo que, também por este fundamento, não pode aquele diploma ser considerado inconstitucional.

13 Finalmente, cabe abordar a possível inconstitucionalidade da norma do n.º 1 do artigo 11.º do decreto-lei.

A maioria da Comissão entendeu a tal respeito, com a discordância do relator, que tal norma é organicamente inconstitucional, por infracção ao disposto na alínea c) do artigo 167.º da Constituição, com referência à alínea a) do artigo 53.º do mesmo diploma fundamental, na parte em que se reporta a rendimentos provenientes do trabalho.

²¹²Teixeira Ribeiro, *O Sistema Fiscal na Constituição de 1976*, Coimbra, 1979, p. 6.

²¹³ Manuel Pires, «A Constituição de 1976 e a fiscalidade», in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., Lisboa, 1978, p. 444.

²¹⁴ Cf. Maurice Duverger, *Finances Publiques*, Paris, 1975, p. 111; Manuel Pires, estudo cit., pp. 433 e 448; e Sousa Franco, «Sistema financeiro e constituição financeira no texto constitucional de 1976», in *Estudos sobre a Constituição*, 3.º vol., Lisboa, 1979, pp. 526 e segs.

²¹⁵ Cf., para maiores desenvolvimentos, o parecer n.º 3/79 desta Comissão, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 7.º vol., p. 203.

²¹⁶ Cf. neste sentido: Braz Teixeira, *Princípios de Direito Fiscal*, Coimbra, 1979, p. 78, n. 29, e Sousa Franco, estudo cit., pp. 533 e 543.

Inclinando-se para a orientação diversa, Manuel Pires, estudo cit., p. 443.

²¹⁷ Entendida esta, na definição de Ruben Anjos de Carvalho e Francisco Rodrigues Pardal como «o último acto do lançamento que se realiza pela aplicação das taxas legais à matéria colectável apurada» (*Código de Processo das Contribuições e Impostos Anotado*, Coimbra, 1963, p. 40).

14. Na sequência do exposto, a Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução:

- a) Não deve declarar a inconstitucionalidade de todo o Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, por infracção ao disposto na alínea c) do artigo 167.º da Constituição, na parte em que institucionaliza o número fiscal;
- b) Não deve declarar a inconstitucionalidade de todo o Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, por infracção ao disposto na alínea o) do artigo 167.º da Constituição, uma vez que o diploma em causa não se refere à criação de impostos e sistema fiscal;
- c) Deve declarar a inconstitucionalidade da norma do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, na parte em que se reporta a rendimentos provenientes do trabalho, por violação do disposto na alínea c) do artigo 167.º, com referência à alínea a) do artigo 53.º da Constituição.

Lisboa e Comissão Constitucional, 5 de Fevereiro de 1981. — *Fernando Amâncio Ferreira* [vencido, como relator, quanto à matéria constante da alínea c) da conclusão, pelas razões mencionadas na declaração de voto junta] — *Armando Ribeiro Mendes* [vencido, quanto à matéria constante da alínea c) da conclusão, pelas razões constantes da declaração de voto do Ex.º Relator] — *Jorge de Figueiredo Dias* (com a declaração anexa) — *Hernâni de Lencastre* (em concordância com a declaração de voto do vogal antecedente) — *Afonso Cabral de Andrade* (com a mesma declaração do vogal Prof. Figueiredo Dias) — *Rui de Alarcão* (em concordância com a declaração de voto do vogal Prof. Figueiredo Dias) — *Joaquim da Costa Aroso* (votou, vencido, quanto à solução dada à questão da inconstitucionalidade orgânica do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 463/79, pelas razões constantes da declaração anexa) — *Jorge Campinos* (votou, vencido, quanto à inconstitucionalidade orgânica, pelos motivos expostos na declaração de voto anexa) — *Ernesto Augusto Melo Antunes* (votou as conclusões do parecer, por considerar que há, pelo menos, inconstitucionalidade orgânica da norma do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 463/79, sem curar agora de averiguar da provável inconstitucionalidade material da mesma norma).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido como relator no concernente à inconstitucionalidade orgânica da norma do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 463/79, pelas razões seguintes:

A norma em causa, contrariamente ao entendido pela opinião maioritária, não visa regulamentar a retribuição do direito ao trabalho e muito menos introduz uma restrição ao mesmo direito; se assim fosse, também a consideraríamos organicamente inconstitucional.

Mas, diversamente, apenas pretende, através de uma mera medida suasória, lograr a atribuição de um número fiscal aos trabalhadores.

Tanto é assim que os trabalhadores, caso a entidade pagadora não realize as diligências previstas no n.º 2 do citado artigo 11.º, em vista à sua inscrição no número fiscal, podem «desbloquear» a situação, fazendo directamente a entrega da ficha respectiva em qualquer repartição de finanças, nos termos do artigo 5.º, o que lhes atribui automaticamente um número fiscal, e, conseqüentemente, a possibilidade de receberem o seu salário.

Acresce que a entidade patronal, mesmo sem a comprovação do número fiscal dos seus trabalhadores, não está impedida de lhes efectuar os pagamentos devidos, se bem que, fazendo-o, se sujeite à multa prevista no artigo 14.º.

E não se esqueça que a necessidade de atribuição de um número fiscal é algo a que dificilmente escapará qualquer cidadão, independentemente de se poder encontrar na situação de contribuinte, face ao disposto no artigo 9.º

O cartão de contribuinte ou a ficha de inscrição do contribuinte, que provisoriamente substitui aquele, é, podemos dizer, um segundo bilhete de identidade, que constantemente nos terá de acompanhar, a fim de o exibirmos, a cada passo, perante os mais variados serviços administrativos (atente-se, por exemplo, que as juntas de freguesia não emitem atestados de residência sem exibição da ficha de inscrição do contribuinte e que os

notários não reconhecem uma assinatura, sem exibição da mesma ficha, num simples recibo a favor dum particular).

Por outro lado, também os profissionais livres, sob pena de não poderem exercer a sua profissão, terão de obter o seu número fiscal: um médico não pode emitir um recibo sem nele fazer expressa menção do seu número fiscal de contribuinte; um advogado não pode munir-se de uma procuração sem nela indicar o seu número de contribuinte.

Por isso, também os trabalhadores por conta de outrem sentiriam a necessidade de, mais cedo ou mais tarde, se inscreverem a fim de lhes ser atribuído um número fiscal, não representando qualquer «violência» a imperatividade de o fazerem mesmo para poderem receber o produto do seu trabalho.

De qualquer forma, o regime instituído no decreto-lei em análise, no seu artigo 11.º, n.º 1, não regulamenta nem restringe o direito à retribuição do trabalho, pelo que não cai no âmbito do artigo 167.º, alínea c), *ex vi* do artigo 17.º, ambos da Constituição. — *Fernando Amâncio Ferreira.*

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei no sentido de considerar organicamente inconstitucional o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, por violação do disposto na alínea c) do artigo 167.º da Constituição, na parte em que abrange rendimentos provenientes do trabalho. Eis, sumariamente, as razões em que me fundo:

1 — Sempre tenho pensado que a atribuição de competência exclusiva à Assembleia da República para legislar em matéria de direitos, liberdades e garantias não tem necessariamente de coincidir com todas as matérias enunciadas no título n da parte I da Constituição: v., neste sentido, p. ex. relativamente ao artigo 39.º da Constituição, o voto de vencido que lancei no parecer n.º 14/79 desta Comissão, de 17 de Maio (*Pareceres da Comissão Constitucional*, 8.º vol., pp. 132 e segs.). Como também que ela não há-de por força restringir-se às matérias contidas naquele título n, antes pode, por força da cláusula contida no artigo 17.º, estender-se a matérias desintegradas sistematicamente daquele título e, nomeadamente, aos direitos fundamentais dos trabalhadores [por outros, Jorge Miranda [artigos 167.º, alínea c), e 17.º «Competência legislativa sobre direitos, liberdades e garantias»], Estudos sobre a Constituição, 1.º vol., pp. 391 e segs.; e sobre toda a questão das posições tomadas por esta Comissão Constitucional nos seus fundamentais pareceres n.ºs 18/78, de 27 de Julho, e 24/78, de 31 de Outubro (*Pareceres*, cit., 6.º vol., pp. 3 e segs. e 249 e segs.)].

Quanto a mim, o que importa, num caso como no outro — isto é, seja qual for a localização sistemática da norma constitucional que confere o direito, liberdade e garantia, pois que sem dúvida existem normas tais mesmo fora dos títulos II e II da parte I — é determinar se se trata ou não de verdadeiros direitos, liberdades e garantias para efeitos da alínea c) do artigo 167.º da Constituição. O que, por sua vez, só se alcançará quando se indague da razão por que a Constituição decidiu reservar à Assembleia da República a produção legislativa sobre tais matérias. Essa razão está, de modo essencial, na fundamentalidade dos direitos, liberdades e garantias para a preservação da «dignidade da pessoa humana» que é fundamento do Estado de Direito democrático; ou — o que em meu juízo é dizer o mesmo — para permitir a livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada um.

2 — É deste ponto de vista que, ao que julgo, tem importância decisiva para a alínea c) do artigo 167.º da Constituição aquilo que a opinião maioritária do já citado parecer n.º 18/78 da Comissão Constitucional defendeu para efeitos de interpretação da equiparação referida no artigo 17.º; a saber, o «radical subjectivo» de defesa da pessoa e de delimitação da sua esfera própria perante o Estado, que pertence a certos direitos fundamentais inscritos na Constituição — independentemente, sublinho uma vez mais, do lugar sistemático em que eles se encontrem. É desta perspectiva que não tenho qualquer dúvida em considerar um direito, liberdade e garantia, para efeitos da alínea c) do artigo 167.º, o direito à retribuição do trabalho nos termos consignados na alínea a) do artigo 53.º da Constituição.

3 — Objectar-se-á ser absurdo pretender considerar organicamente inconstitucional, em face do artigo 167.º, alínea c), toda e qualquer regulamentação governamental do exercício de um direito, liberdade e garantia. O que é sem dúvida exacto, como aliás esta Comissão teve já ocasião de assinalar, entre outros, no seu parecer n.º 22/79, de 7 de Agosto (ainda não publicado). E dir-se-á ser esse o caso de uma regulamentação como a constante do n.º 1 do artigo 11.º do decreto-lei em análise, que se limita muito simplesmente a condicionar o pagamento ou a colocação à disposição, entre outras, das

remunerações do trabalho. Tanto mais, dir-se-á ainda, quanto é certo que devem as entidades pagadoras, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, proceder ao preenchimento das respectivas fichas se os titulares dos rendimentos não possuírem ainda número fiscal!

Mas, a meus olhos, esta segunda parte da argumentação é claramente improcedente. O condicionar o recebimento da remuneração do trabalhador ao cumprimento, por este, das suas obrigações relativas ao número fiscal não releva, minimamente que seja, da regulamentação do exercício do direito à remuneração. Não há entre uma coisa e outra qualquer nexos de sentido, qualquer relacionamento materialmente fundado, em suma, qualquer outra conexão que não seja a intenção de, arbitrariamente, ligar uma sanção (aliás, salvo melhor opinião, de todo o ponto desproporcionada, inadequada e infundada) ao incumprimento de um dever de natureza fiscal. Não discuto aqui se um tal sancionamento é ou não materialmente constitucional e se, apesar do seu carácter desrazoável, cabe ou não na discricionariedade do legislador ordinário. Mas defendo, convictamente, que ele constitui uma restrição ao direito (fundamental) à retribuição do trabalho, que só através de lei formal — é dizer, de lei da Assembleia da República, nos termos dos artigos 18.º e 167.º, alínea c), da Constituição — poderia ser levado a cabo.

4 — Por isso votei no sentido de recomendar ao Conselho da Revolução que considerasse (organicamente) inconstitucional o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 463/79, na parte em que abrange rendimentos provenientes do trabalho. Com tanto maior tranquilidade, de resto, quanto é certo que a inconstitucionalização parcial desse preceito não afectaria rigorosamente em nada (como logo o mostra o n.º 2 do mesmo artigo) a finalidade que o legislador teve em vista com a criação do número fiscal do contribuinte. — *Jorge de Figueiredo Dias*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Entendi que a norma do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, mesmo na parte que foi considerada organicamente inconstitucional pela maioria (condicionamento do pagamento de rendimentos-salários devidos aos trabalhadores pela prova do número fiscal) só com muita dificuldade pode considerar-se abrangida no âmbito da alínea c) do artigo 167.º, ex vi dos artigos 17.º e 18.º da Constituição. Na dúvida, que não pude vencer, não votei tal solução, dentro do critério de que as inconstitucionalidades só devem proclamar-se quando não há lugar a dúvidas invencíveis.

Estou de acordo com a generalidade das considerações formuladas pela maioria (por remissão para a declaração de voto do Prof. Figueiredo Dias), ou seja, quanto à exactidão da tese de que a regulamentação de «direitos, liberdades e garantias» — com ou sem restrições — é da competência exclusiva da Assembleia da República, independentemente de, em plano prévio, se concluir pela inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade material das soluções.

Não me parece, todavia, que a solução do artigo 11.º, n.º 1, se deva considerar para esse efeito uma regulamentação do direito à retribuição dos trabalhadores pelo seu trabalho, tal como ela resulta das leis do trabalho ou das convenções colectivas e dos contratos individuais por eles celebrados com as entidades patronais ou, se se quer, do artigo 53.º, alínea a), da Constituição.

O dever imposto sobre as entidades patronais de exigirem a prévia apresentação ou comprovação pelo trabalhador do seu número fiscal é mais um dos muitos deveres acessórios, consignados na legislação fiscal (sobre esta matéria ver, por todos, Cardoso da Costa, Curso de Direito Fiscal, 2.ª ed., 1972, Coimbra, p. 356) para garantia preventiva da evasão e fraude fiscal.

Esses deveres acessórios — instrumentos de garantia da obrigação tributária (principal) — podem impender sobre o próprio contribuinte ou sobre terceiros, como mais uma expressão do chamado princípio geral de colaboração dos particulares para com a Justiça em geral, ou da justiça fiscal, em particular.

As obrigações tributárias, os impostos, envolvem ou podem envolver graves intromissões nos direitos patrimoniais dos particulares e em outros direitos privados. Por isso, a definição dos seus elementos essenciais — incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias dos contribuintes — é entregue, aliás dentro das tradições do nosso direito constitucional e do direito comparado — à competência exclusiva do Parlamento. É o que resulta entre nós da comparação da alínea o) do artigo 167.º com o n.º 2 do artigo 106.º, ambos da Constituição.

Dessa conjugação resulta que a expressão «criação de impostos» da citada alínea

o) tem o conteúdo que resulta do n.º 2 do artigo 106.º (cf. neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 240).

Assim, a competência exclusiva, em matéria fiscal, da Assembleia da República não abrange esgotantemente toda a matéria relativa a impostos, mas só a que diz respeito aos elementos essenciais referidos. Dessa competência estão excluídas as matérias relativas a lançamento, liquidação, cobrança e criação de deveres acessórios.

Aplicando ao nosso caso, os deveres acessórios fiscais do citado artigo 11.º pertencem à competência cumulativa ou concorrente da Assembleia da República e do Governo (cf. A. Braz Teixeira, *Princípios de Direito Fiscal*, Coimbra, 1979, p. 86). Isso, não obstante tais deveres acessórios ainda envolverem ou poderem envolver sacrifícios, mesmo de ordem patrimonial, sobre os sujeitos privados, mas em todo o caso menos importantes que os deveres tributários principais (pagamento dos impostos), estes contendo implícita e necessariamente um desfalque patrimonial, uma restrição ao direito de propriedade privada consignado no artigo 62.º, n.º 1, da nossa Constituição.

Compreende-se, aliás, na sistemática do artigo 167.º, que os deveres acessórios fiscais saiam fora do âmbito da competência exclusiva do Parlamento, já que, diferentemente do que sucedeu para outras matérias, a Constituição não pretendeu aqui uma competência esgotante. O que, aliás, se compreende porque as leis do Parlamento que regulam os elementos essenciais desta ou daquela obrigação tributária implicitamente autorizam a regulamentação pelo Governo dos deveres ou elementos acessórios, instrumento de realização da obrigação principal. A lei que autorize o mais, autoriza o menos.

Sendo assim, não faria sentido que, excluída tal matéria da competência exclusiva do Parlamento pela alínea o) do artigo 167.º, combinado com o artigo 106.º, n.º 2, se forçasse a sua inclusão na alínea c) do mesmo artigo 167.º, pois isso equivaleria a fazer entrar pela janela o que havia saído pela porta.

Passa-se aqui aquilo que, na teoria geral do direito, se chama concurso aparente de normas, ou, mais particularmente, do concurso entre uma norma geral [a da alínea c) do artigo 167.º] e uma norma especial [a alínea o) do mesmo artigo 167.º]: *a matéria desta também, no fundo, é uma norma sobre direitos, liberdades e garantias (o direito do artigo 62.º da Constituição)*.

Nesta ordem de ideias, a norma especial [alínea o) do artigo 167.º, combinada com o n.º 2 do artigo 106.º] prevalece sobre a geral [alínea c) do mesmo artigo 167.º].

Não se diga que, inconstitucionalizada a norma do n.º 1 do artigo 11.º, sempre restaria plenamente garantida a inscrição fiscal do trabalhador através do dever imposto à entidade patronal pelo n.º 2 do mesmo artigo. É que, sem o poder de exigir a prova do número fiscal, sob a ameaça de eventual suspensão do salário, a entidade patronal ficaria sem um meio tão eficaz de cumprir o dever do n.º 2 ou, então, seria facilmente iludível tal dever, não obstante a sanção cominada para ela no artigo 16.º do diploma em causa, conhecido como é o fraco nível cívico da nossa população no que diz respeito aos seus deveres de contribuição para as despesas públicas.

Creemos, finalmente, que o dever imposto no n.º 1 do artigo 11.º se cumpre por uma só vez em relação a cada trabalhador e o mesmo se diga para este: uma vez anotado o número fiscal na escrituração da entidade patronal, o dever não precisa — é evidente — de ser renovado em futuros pagamentos entre os mesmos.

Trata-se, ao fim e ao cabo, dum dever de identificação fiscal, paralelo ao respeitante à identificação civil.

Daí que, ainda que se concedesse estar-se em face da matéria da alínea c) do artigo 167.º, se trataria duma bagatela ou então duma matéria periférica, como se exprimia o parecer n.º 9/77, de 17 de Março, desta Comissão Constitucional (apud *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 1.º, p. 181), isto é, duma matéria situada, não no centro da regulamentação do direito ao trabalho e à remuneração deste, mas sim na periferia da competência do Parlamento, numa zona mal definida entre a deste e a competência concorrente do Governo. — *Joaquim Costa Aroso*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Tendo em conta o que se expõe na declaração de voto de vencido do vogal desta Comissão, Dr. Amâncio Ferreira, sobre a natureza jurídica da medida suasória contida no artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 463/79, queremos contudo acrescentar que não podemos perfilhar a via encontrada pela maioria desta Comissão para desembocar na inconstitucionalidade orgânica do referido preceito.

Com efeito, a tese maioritária defende que o preceituado no artigo 11.º, n.º 1, do

referido diploma constitui uma restrição ao direito à retribuição do trabalho, postulado na alínea a) do artigo 53.º da Constituição, pelo que, diferentemente do Governo, só a Assembleia da República é que é competente para, ao abrigo da alínea c) do artigo 167.º e do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, decretar uma tal restrição.

E, eis como o «vício» apontado (inconstitucionalidade orgânica) se revela muito mais grave, na perspectiva dos direitos, liberdades e garantias, do que a medida governamental que ora se incrimina.

É que, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição. Ora, no caso vertente, não se vislumbra qualquer disposição constitucional que permita a qualquer dos órgãos de soberania, incluindo a Assembleia da República, levar a cabo tal restrição. Em matéria de direito ao trabalho a única limitação prevista figura no n.º 3 do artigo 51.º da Lei Fundamental e apenas diz respeito às restrições legais que, em nome do interesse colectivo ou inerentes à própria capacidade dos indivíduos, podem ser introduzidas ao «direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho».

Não se pode pois, dissociar, aqui, a caracterização da medida governamental contestada e o tipo de inconstitucionalidade proclamado. Optando-se pela inconstitucionalidade orgânica, o seu reconhecimento veio alargar desmesuradamente os poderes da Assembleia da República em matéria de restrições aos direitos, liberdades e garantias e, a *fortiori*, ameaçar o alcance de um desses direitos que se diz querer preservar.

Nestes termos, perfunctoriamente apresentados, somos de opinião que o Conselho da Revolução não se deve pronunciar pela inconstitucionalidade orgânica do artigo 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 463/79.

E, se se admitir que a referida norma prescreve uma «restrição» e não uma «medida suasória», então só caberá proclamar a inconstitucionalidade material do referido preceito, por violação não só da alínea a) do artigo 53.º da Constituição, que postula o direito à retribuição do trabalho, mas também do n.º 2 do artigo 18.º da mesma Lei Fundamental, que postula que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição. — *Jorge Campinos*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 56/81

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da Assembleia da República, e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu:

1 — Não declarar a inconstitucionalidade de todo o Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, por infracção ao disposto na alínea c) do artigo 167.º da Constituição, na parte em que institucionaliza o número fiscal.

2 — Não declarar a inconstitucionalidade de todo o Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, por infracção ao disposto na alínea o) do artigo 167.º da Constituição, uma vez que o diploma em causa não se refere à criação de impostos e sistema fiscal.

3 — Não declarar a inconstitucionalidade da norma n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro, na parte em que se reporta a rendimentos provenientes do trabalho, por violação do disposto na alínea c) do artigo 167.º, como referência à alínea a) do artigo 53.º da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 25 de Fevereiro de 1981.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, n.º 71, de 26 de Março de 1981.)

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS

SECRETARIA DE ESTADO DO ORÇAMENTO

Direcção-Geral das Contribuições e Impostos

Decreto-Lei n.º 463/79 de 30 de Novembro

A criação do número fiscal de contribuinte, que o presente diploma consagra, visa dotar a administração fiscal de um meio indispensável à consecução de qualquer política fiscal que passe pelo combate frontal à evasão fiscal.

O que é o número fiscal de contribuinte? Trata-se de um número sequencial, não significativo, para uso exclusivo no tratamento da informação de índole fiscal e respeitante em absoluto, no que concerne às pessoas singulares, das regras constitucionais proibitivas da atribuição de um número nacional único.

Por outro lado, como dos modelos das fichas de inscrição e actualização, anexos a este diploma, não constam quaisquer dados de natureza opinativa ou respeitantes à vida privada dos contribuintes, às suas opções políticas, partidárias, religiosas ou filosóficas, garante-se, assim, que tais dados não serão registados em suporte magnético.

Para que não subsistam quaisquer dúvidas, refere-se o facto de não existir transcrição para suporte magnético do número de bilhete de identidade, a mencionar pelo contribuinte nas referidas fichas de inscrição e actualização, sendo aquele dado recolhido apenas para desfazer casos de homonomia e através de consulta manual, particularidade que torna fisicamente impraticável o cruzamento, por meios automáticos de tratamento de informação, com outros ficheiros que tenham como chave de identificação o número de bilhete de identidade de cada cidadão.

Identificando parte dos cidadãos nacionais — os contribuintes — com a administração fiscal, passando a coexistir, sem possíveis interligações, com outros números dos cidadãos nacionais, tais como o do bilhete de identidade, do sindicato, etc., o número fiscal do contribuinte apresenta vantagens várias: desde logo permite uma rápida e correcta identificação do contribuinte, um controle eficaz do cumprimento dos respectivos deveres tributários, uma maior eficiência administrativa permissiva de um mais fácil e melhor contacto com aquele.

O número fiscal dos contribuintes abrange quer as pessoas singulares quer as pessoas colectivas e entidades equiparadas, mesmo que auferam rendimentos isentos de imposto.

Em relação às últimas, para evitar duplicações de inscrição, e em atenção ao carácter exclusivo e invariável do número nacional de identificação já existente, entendeu-se que o respectivo número fiscal corresponderia àquele que já possuem no ficheiro central das pessoas colectivas, nos termos dos Decretos-Leis n.ºs 555/73, de 26 de Outubro, e 326/78, de 9 de Novembro, facto que não priva a administração fiscal do comando integral do processo automático e global de lançamento e liquidação.

No que respeita à atribuição do número fiscal das pessoas singulares, houve que regulamentar a sua inscrição nos termos do presente diploma.

Como notas salientes regista-se a obrigatoriedade da indicação do domicílio fiscal, o que permitirá uma maior facilidade nos contactos da administração fiscal com o contribuinte no que concerne, designadamente, ao envio sistemático de notificações, citações ou qualquer outro tipo de informação fiscal.

Por outro lado, dá-se a possibilidade aos titulares de rendimentos sujeitos a imposto cobrado mediante o sistema de dedução no rendimento, e para a sua comodidade, de se inscreverem junto das respectivas entidades pagadoras.

Assim:

O Governo decreta, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1.º — 1 — É instituído o número fiscal de contribuinte, tanto para as pessoas singulares como para as pessoas colectivas e entidades equiparadas.

2 — O número fiscal das pessoas singulares é o que lhes for atribuído pela Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, para uso exclusivo no tratamento da informação de índole fiscal, devendo a sua composição ser feita automaticamente de harmonia com as disposições do presente diploma.

3 — Cabe ao Instituto de Informática do Ministério das Finanças promover a implementação do sistema automático de processamento de dados mais adequados à concretização do disposto no n.º 2 do presente artigo.

4 — O número fiscal das pessoas colectivas e entidades equiparadas corresponde ao que lhes for atribuído pelo Gabinete do Registo Nacional, no respectivo ficheiro central, nos termos dos Decretos-Leis n.ºs 555/73, de 26 de Outubro, e 326/78, de 9 de Novembro.

Art. 2.º — 1 — Para efeito de atribuição do número fiscal, todas as pessoas singulares com rendimentos sujeitos a imposto, ainda que deles isentos, são obrigadas a inscrever-se em qualquer repartição de finanças mediante apresentação, devidamente preenchida, de uma ficha, em duplicado, conforme modelo n.º 1, anexo a este diploma.

2 — O número fiscal das pessoas singulares é um número sequencial, cujo primeiro dígito deve ser diferente do adoptado para as pessoas colectivas e entidades equiparadas, sendo o último um dígito de controle da exactidão do número.

3 — Enquanto não for atribuído o número fiscal a que se refere o presente artigo, funcionará provisoriamente como tal o número de ordem constante da respectiva ficha de inscrição do contribuinte.

Art. 3.º — 1 — No preenchimento da ficha referida no artigo anterior, deverá o contribuinte, para além de outros elementos dela constantes, indicar o lugar do respectivo domicílio fiscal.

2 — Por domicílio fiscal entende-se o lugar da residência habitual do contribuinte, o qual funcionará como sua sede para efeitos jurídico-fiscais, nomeadamente para qualquer tipo de contacto necessário com a administração fiscal.

3 — Se o contribuinte possuir várias residências no território do continente e arquipélago dos Açores e da Madeira, considera-se domiciliado no lugar da residência onde se repute:

- a) Ter a sua estada principal;
- b) Ter o seu centro de interesses vitais.

4 — Os não residentes que auferam rendimentos pelo exercício, sistemático ou ocasional, de uma actividade profissional, assalariada ou não, no território do continente e arquipélagos dos Açores e da Madeira ou que aí possuam bens são considerados domiciliados no lugar da residência subsidiária ou, na falta desta, em qualquer outra por eles escolhida, desde que sita naquele território.

5 — Posteriormente à sua inscrição com a indicação do domicílio fiscal, de harmonia com o preceituado nos números anteriores, pode o contribuinte em circunstâncias particulares, designadamente pelo exercício de uma actividade profissional, através de requerimento fundamentado, ser autorizado pelo Ministro das Finanças a estabelecer domicílio fiscal especial.

Art. 4.º O preenchimento da ficha a que se refere o artigo 2.º será controlado, no momento da sua apresentação, pelo funcionário recebedor, através do confronto do teor das declarações constantes da ficha, com o bilhete de identidade, cartão de eleitor ou qualquer outro documento ou certidão relativos aos dados declarados pelo contribuinte cuja comprovação for exigida pela Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, devendo a referida ficha ser recusada se não estiver devidamente preenchida.

Art. 5.º Os titulares de rendimentos sujeitos ao regime de pagamento do imposto por dedução no rendimento poderão fazer directamente a entrega da ficha modelo n.º 1, nos termos do artigo 2.º, ou, se o não fizerem, deverão fornecer os elementos necessários à entidade pagadora dos rendimentos, a fim de a entrega da ficha ser feita nos termos do n.º 2 do artigo 11.º

Art. 6.º — 1 — Em qualquer das situações previstas nos artigos 2.º e 5.º deverá ser devolvido ao contribuinte o duplicado da respectiva ficha, que comprovará a sua entrega, cujo número de ordem funcionará provisoriamente como número fiscal, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, e que será devidamente autenticado pela repartição de finanças.

2 — Atribuído definitivamente o número fiscal ao contribuinte nos termos do artigo 2.º, n.º 2, será remetido para o seu domicílio fiscal o cartão de contribuinte, conforme modelo a aprovar por portaria do Ministro das Finanças, que comprovará, para os devidos efeitos, a respectiva inscrição definitiva.

Art. 7.º O regime referido nos artigos 2.º e 5.º é aplicável aos titulares dos rendimentos sujeitos ao pagamento do imposto pelo sistema de dedução no rendimento, mas dele isentos nos termos da legislação fiscal em vigor.

Art.º 8.º — 1 — Do registo na Direcção-Geral das Contribuições e Impostos

para efeitos de atribuição do número fiscal das pessoas singulares será por aquela entidade remetido ao contribuinte um extracto dos elementos do mesmo constantes, para deles tomar conhecimento e verificar a sua exactidão.

2 — Sempre que se verifique qualquer alteração dos elementos constantes da ficha modelo n.º 1, ou qualquer inexactidão detectada nos termos do número anterior, deverá o contribuinte, no prazo de trinta dias, preencher a respectiva ficha de actualização, modelo n.º 2 anexa a este diploma, apresentá-la em qualquer repartição de finanças e fazer a prova das alterações declaradas nos termos previstos no artigo 4.º

3 — O recibo da ficha modelo n.º 2 será devolvido ao contribuinte, para efeitos comprovatórios, devidamente autenticado e, do mesmo modo, ser-lhe-á enviado, ulteriormente, um novo extracto do registo e um novo cartão de contribuinte, se for caso disso.

4 — O contribuinte tem o direito de tomar conhecimento do conteúdo dos registos magnéticos (ou mecanográficos) respeitantes ao seu número fiscal, bem como do conjunto das operações de tratamento automático que relativamente a eles serão efectuados, podendo exigir a rectificação dos dados inexactos e a sua actualização.

5 — Todos os funcionários que, por força do exercício das suas funções, tomem conhecimento dos elementos constantes dos registos referenciados pelo número fiscal, ficam obrigados a guardar segredo dos mesmos, sendo a quebra do sigilo, bem como o tratamento ou a utilização incorrecta da informação recolhida, punida disciplinar ou criminalmente, conforme os casos.

6 — O Ministro das Finanças tem a faculdade de tornar público, sem quaisquer referências nominativas, os dados estatísticos e os estudos de natureza fiscal que tenham por base os elementos constantes daqueles registos.

Art. 9.º — 1 — É obrigatória a menção do número fiscal, quer se trate de pessoas singulares ou de pessoas colectivas e entidades equiparadas, em todos os requerimentos, petições, exposições, reclamações, impugnações, recursos, declarações, participações, guias de entrega de rendimentos nos cofres do Estado, relações, notas e em quaisquer outros documentos que sejam apresentados nos serviços da administração fiscal.

2 — No caso de declarações verbais prestadas nos mesmos serviços e que aí devam ser reduzidas a termo, é igualmente obrigatório fazer-se a prova do número fiscal dos declarantes, devendo o mesmo número ser anotado no referido termo.

3 — Nos recibos a que se refere o artigo 9.º do Código do Imposto Profissional é obrigatória a menção do número fiscal.

Art. 10.º — 1 — As autoridades, corpos administrativos, repartições públicas ou quaisquer outras entidades públicas deverão, no cumprimento das obrigações tributárias, nomeadamente de fiscalização, que lhes estejam cometidas pela legislação fiscal em vigor, exigir dos contribuintes a comprovação do seu número fiscal.

2 — As entidades referidas no número anterior que, no exercício específico das respectivas atribuições, estejam legalmente interditas de praticar qualquer tipo de actos solicitados por contribuintes, sem que se verifique o prévio cumprimento de obrigações tributárias que os onerem, ficam do mesmo modo impossibilitadas de os praticar, se os contribuintes não fizerem prova do seu número fiscal.

3 — Sempre que as mesmas entidades estejam fiscalmente obrigadas ao envio às repartições de finanças competentes de quaisquer elementos a considerar na tributação ou com interesse para a fiscalização tributária, deverão fazer constar dos mesmos o número fiscal dos contribuintes a que esses elementos digam respeito.

Art. 11.º—1 — Os rendimentos sujeitos a imposto com cobrança mediante o sistema de dedução no rendimento, ainda que isentos, não poderão ser pagos ou postos à disposição dos respectivos titulares pelas entidades competentes, sem que aqueles façam a comprovação do seu número fiscal.

2 — Se o titular dos rendimentos ainda não possuir número fiscal, devem as entidades pagadoras de rendimentos proceder ao preenchimento das respectivas fichas modelo n.º 1, respondendo perante a administração fiscal pela autenticidade dos elementos delas constantes face ao teor dos respectivos bilhetes de identidade, cartão de eleitor ou qualquer outro documento ou certidão comprovativos dos dados declarados, e enviando-as, por fim, às repartições de finanças dos concelhos ou bairros onde são entregues as importâncias deduzidas.

3 — Do mesmo modo, sempre que tais entidades estejam fiscalmente obrigadas ao envio às repartições de finanças competentes de quaisquer elementos a considerar na tributação ou com interesse para a fiscalização tributária, deverão fazer constar dos mesmos o número fiscal dos respectivos contribuintes.

Art. 12.º — 1 — Sem prejuízo das sanções estabelecidas na legislação fiscal para a falta da sua apresentação, serão recusados ou considerados como não apresentados nos serviços de administração fiscal todos os elementos que, contrariamente ao que dispõe o presente diploma, não mencionem os números fiscais que dos mesmos devam constar.

2 — Nos processos de transgressão relativos a qualquer tipo de infracção tributária, deverá a repartição de finanças competente promover a inscrição oficiosa do contribuinte, para efeitos de atribuição do respectivo número fiscal, sempre que se verifique a sua falta de inscrição nos termos do presente diploma.

Art. 13.º — 1 — A falta ou a inexactidão não desculpáveis das declarações constantes das fichas modelos n.ºs 1 e 2, como as omissões nelas praticadas, serão punidas com multa de 1000\$ a 50 000\$.

2 — Existindo dolo, os limites de multa a aplicar serão elevados ao dobro.

Art. 14.º A inobservância do disposto no artigo 11.º, n.º 1, será punida com multa de 500\$ a 50 000\$, em relação a cada titular de rendimentos.

Art. 15.º Os funcionários públicos que deixarem de cumprir algumas das obrigações impostas neste diploma incorrerão em responsabilidade disciplinar.

Art. 16.º Por qualquer infracção ao disposto no presente diploma, que não seja especialmente punida nos artigos anteriores, será aplicada a multa de 500\$ a 20 000\$.

Art. 17.º — 1 — Sendo infractor uma pessoa colectiva ou entidade equiparada, responderão pelo pagamento da multa, solidariamente com aquela, os directores, administradores, gerentes, membros do conselho fiscal, liquidatários ou administradores da massa falida, ao tempo em que foi cometida a infracção.

2 — A responsabilidade solidária prevista no n.º 1 deste artigo só terá lugar quanto às pessoas nele referidas que hajam praticado ou sancionado a omissão ou acto delituoso.

3 — Após a extinção das pessoas colectivas ou entidades equiparadas, responderão solidariamente entre si as restantes pessoas mencionadas no n.º 1 deste artigo.

Art. 18.º — 1 — Quando os actos ou omissões tiverem sido praticados por procurador, ou gestor de negócios, e lhe couber a responsabilidade da inexactidão ou omissão, contra ele correrá o procedimento para aplicação das multas.

2 — Pelas multas impostas aos mandatários responderão solidariamente os mandantes.

Art. 19.º Sobre as multas fixadas neste diploma não incidirá nenhum adicional.

Art. 20.º — 1 — Qualquer denúncia contra os que transgredirem o presente diploma poderá ser feita perante as repartições e direcções de finanças, os serviços centrais e os de fiscalização tributária, da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, verbalmente ou por escrito assinado, mas só terá seguimento depois de lavrado termo de identificação do denunciante.

2 — A denúncia ficará secreta, salvo se, sendo destituída de fundamento, tiver sido feita dolosamente, caso em que, a requerimento do denunciado, lhe será comunicado o nome do denunciante e o conteúdo da denúncia.

Art. 21.º Nos casos de pagamento espontâneo da multa nos termos dos artigos 7.º e 8.º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, será essa multa reduzida a metade, revertendo integralmente para o Estado.

Art. 22.º As multas previstas neste diploma serão aplicadas em processo de transgressão, nos termos do Código de Processo das Contribuições e Impostos.

Art. 23.º As dúvidas resultantes da aplicação deste diploma serão resolvidas por despacho do Ministro das Finanças.

Art. 24.º Este diploma entra em vigor trinta dias após a publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 17 de Outubro de 1979. — Maria de Lourdes Ruivo da Silva Matos Pintasilgo — António Luciano Pacheco de Sousa Franco.

Promulgado em 15 de Novembro de 1979.

Publique-se.

O Presidente da República, ANTÓNIO RAMALHO EANES.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 4/81

Constitucionalidade de diploma aprovado por um Governo e promulgado e publicado após a exoneração desse Governo e antes da nomeação de novo Primeiro-Ministro — Exoneração e demissão do Governo — Apreciação da constitucionalidade de normas revogadas — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Definição de crimes, penas e medidas de segurança — Contravenções — Crimes — Ilícito de mero ordenação social — Princípio da culpa — Responsabilidade das pessoas colectivas pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos — Administrativização do processo das contra-ordenações — Defesa dos direitos — Direito a recurso contencioso de actos administrativos — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Organização e competência dos Tribunais — Direito à liberdade e segurança.

I

1. Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Presidente da Assembleia da República e o Procurador-Geral da República solicitaram ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, diploma que institui o ilícito de mera ordenação social.

De harmonia com o disposto na alínea a) do artigo 284.º da Constituição e na alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, foi esta Comissão chamada a emitir parecer.

2. A solicitação feita pelo Presidente da Assembleia da República acha-se datada de 31 de Agosto de 1979 e tem por base um requerimento subscrito por dois deputados do Partido Comunista, no qual se considera que o diploma sob apreciação introduziu «uma profunda alteração no universo penal e penal-processual português», nomeadamente desqualificando como crimes e penas infracções e sanções que até aí como tais eram consideradas, alterando a competência dos tribunais em matéria criminal. Neste requerimento considera-se ainda que o Governo invadiu a esfera de competência legislativa reservada da Assembleia da República, violando tal diploma o disposto nas alíneas e) e j) do artigo 167.º da Constituição política, sendo conhecido que o Governo não dispunha de qualquer autorização legislativa que o habilitasse a legislar em tal matéria. Refere-se ainda que, mesmo a existir tal autorização legislativa, esta teria caducado, já que à data do decreto-lei o Governo se achava exonerado. Saliencia-se por último que «um tal acto de inovação político-legislativa se há-de entender como violação dos limites mínimos dos poderes de um Governo» na situação de exonerado.

Por seu turno, no requerimento subscrito pelo Procurador-Geral da República e enviado em 4 de Setembro de 1979, entende este magistrado que os artigos 1.º, n.º 3, e 30.º a 66.º do Decreto-Lei n.º 232/79, se acham feridos do vício de inconstitucionalidade orgânica, por violação manifesta do disposto na alínea j) do artigo 167.º da Lei Fundamental. Aí se escreve que «estabelecendo-se no artigo 30.º e seguintes que o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas compete às autoridades administrativas e equiparando-se no artigo 1.º, n.º 3, às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias, retirou-se competência aos tribunais de comarca para conhecerem, em primeira instância, de tais contravenções ou transgressões», competência que lhes fora atribuída designadamente pelo artigo 54.º da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro). Também entende o Procurador-Geral da República que os artigos 48.º e segs. e os artigos 64.º e segs. introduzem alterações ao regime dos recursos constantes de lei geral, criando-se recursos de decisões administrativas a interpor para os tribunais de comarca e, em certos casos, recursos das decisões destes últimos para as Relações, soluções que implicam «a atribuição aos mesmos tribunais de uma nova e diversa competência, pois que conhecer em primeira instância ou em recurso são formas e medidas bem diferentes de competência».

3. De acordo com o preceituado no n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, o Presidente da Comissão Constitucional notificou o Primeiro-Ministro para se pronunciar, querendo, sobre a questão, não tendo sido obtida qualquer resposta.

4. Antes de entrar na análise detalhada das questões de fiscalização de constitucionalidade assim suscitadas, parece conveniente chamar a atenção para a sucessão

de datas relevantes na matéria, nomeadamente as relativas ao decreto que exonerou o IV Governo Constitucional e as relativas ao próprio Decreto-Lei n.º 232/79.

Com efeito, pelo Decreto n.º 52/79, de 11 de Junho, o Presidente da República exonerou, a seu pedido, do cargo de Primeiro-Ministro o Prof. Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto (artigo 1.º), indicando-se no preâmbulo do diploma que tal exoneração é decretada, ouvido o Conselho da Revolução, nos termos do artigo 136.º, alínea f), da Constituição. Por outro lado, o artigo 2.º deste decreto estatuiu que «de harmonia com o disposto no artigo 189.º, n.º 4, da Constituição, os membros do Governo cessante permanecem em funções até à posse de novo Governo»²¹⁸. Acrescente-se, por último, que o texto do próprio decreto indica ter este sido assinado em 7 de Junho de 1979, tendo sido publicado no suplemento ao *Diário da República*, 1.ª série, n.º 134, de 11 de Junho do mesmo ano.

Do que acaba de referir-se, pode concluir-se que o Decreto-Lei n.º 232/79 foi aprovado em Conselho de Ministros antes da data da exoneração do IV Governo Constitucional, mas veio a ser promulgado e publicado depois da publicação do decreto de exoneração do Primeiro-Ministro Mota Pinto, mas antes ainda da nomeação e posse do novo Primeiro-Ministro e do Governo por este último presidido.

5. Convém, por outro lado, ter presente que o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho foi parcialmente revogado pelo Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro.

No preâmbulo deste último decreto-lei refere-se expressamente que a publicação do diploma que consagrou o direito de mera ordenação social «suscitou problemas vários de aplicação prática, para além de dúvidas sobre a sua constitucionalidade». Por outro lado, entendeu-se não ter sido a melhor a orientação acolhida no Decreto-Lei n.º 232/79, diploma «concebido embora como uma lei quadro», de transformar em contra-ordenações grande número das actuais contravenções e transgressões, tanto mais que não tinha havido o cuidado de introduzir simultaneamente alterações «na actividade e organização dos vários serviços da Administração, que passariam eles próprios a aplicar as sanções previstas no diploma» ou de estabelecer uma adequada *vacatio legis*, superior à normal. Neste contexto se compreende que o artigo único do Decreto-Lei n.º 411-A/79 se limite a revogar os n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79. O primeiro destes números agora revogados estabelecia a equiparação às contra-ordenações das «contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente e a que sejam aplicadas sanções pecuniárias». A segunda norma revogada era do seguinte teor: «ao mesmo regime podem ser submetidos os casos indicados na lei».

6. Face ao que se acaba de expor, parece que deverão ser sucessivamente abordadas as seguintes questões, com referência ao diploma em análise:

- a) Constitucionalidade de diplomas legislativos elaborados por um Governo e que foram promulgados e publicados após a exoneração do mesmo Governo, mas antes ainda da nomeação de novo Primeiro-Ministro;
- b) Relevância da revogação pelo legislador de normas eventualmente inconstitucionais, antes de qualquer declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral;
- c) Análise das normas em vigor do decreto-lei em apreciação, para descoberta de eventuais situações de inconstitucionalidade.

Como parece evidente, as duas últimas questões só deverão ser tratadas com autonomia se se não concluir pela inconstitucionalidade global do Decreto-Lei n.º 232/79, no âmbito da problemática enunciada na primeira alínea acima indicada.

II

7. Começemos, portanto, por averiguar se o facto de o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, ter sido promulgado e publicado após a publicação do decreto que exonerou o Governo que aprovou tal diploma, mas antes ainda da nomeação de novo Governo, acarretará ou não a inconstitucionalidade formal ou orgânica daquele mesmo decreto-lei.

²¹⁸ O novo Primeiro-Ministro, Eng.ª Maria de Lurdes Pintasilgo, foi nomeado pelo Decreto n.º 74-A/79, de 31 de Julho. Pelos Decretos n.ºs 77/79 e 78/79, ambos de 1 de Agosto, foram nomeados vários Ministros e um Secretário de Estado Adjunto do Primeiro-Ministro. O V Governo Constitucional tomou posse em 1 de Agosto de 1979.

Recorda-se que o diploma em causa (Decreto-Lei n.º 232/79) foi aprovado em Conselho de Ministros em 6 de Junho de 1979, o Decreto n.º 52/79 que exonerou o Primeiro-Ministro Mota Pinto, a pedido deste, foi assinado em 7 de Junho de 1979 e publicado em 11 do mesmo mês e ano, e, finalmente, aquele decreto-lei só foi promulgado em 2 de Julho e publicado em 24 de Julho de 1979.

Poder-se-á então dizer que ocorre inconstitucionalidade por a promulgação e publicação serem posteriores à exoneração do Governo, mostrando-se excedidos no caso concreto os «limites mínimos» de competência legislativa de um Governo nessas condições?

8. A resposta à interrogação agora formulada não é fácil.

Pode dizer-se que não existe unanimidade de pontos de vista entre os constitucionalistas portugueses sobre a distinção de efeitos jurídicos entre a *exoneração* e a *demissão* de um Governo, mostrando-se também a prática constitucional pouco esclarecedora para efeitos de conceituação dos dois institutos.

Convirá, por isso, começar por traçar em grandes linhas o quadro de soluções do texto constitucional.

9. É sabido que em Portugal foi acolhida, com a Constituição de 1976, uma estrutura dualista de poder político. Tal estrutura dualista, «a que alguns chamam regime semipresidencialista (mas que com igual legitimidade teórica se poderia designar de semipar-lamentar), assenta fundamentalmente na repartição dos poderes políticos por dois centros de autoridade que se reclamam do mesmo título de legitimidade democrática (eleição por sufrágio universal) — o Presidente da República e a assembleia representativa — e na dependência do Governo simultaneamente desses dois centros»²¹⁹.

No que se refere restritamente à nomeação, subsistência em funções, demissão e exoneração do Primeiro-Ministro e do Governo, o texto constitucional prevê o seguinte:

A nomeação do Primeiro-Ministro compete ao Presidente da República, «ouvidos o Conselho da Revolução e os partidos representados na Assembleia da República e tendo em conta os resultados eleitorais» (artigo 190.º, n.º 1);

«Os restantes membros do Governo são nomeados pelo Presidente da República, sob proposta do Primeiro-Ministro» (artigo 190.º, n.º 2);

«O Governo é politicamente responsável perante o Presidente da República e a Assembleia da República» (artigo 193.º);

Por seu turno, o «Primeiro-Ministro é responsável politicamente perante o Presidente da República e, no âmbito da responsabilidade governamental, perante a Assembleia da República» (artigo 194.º, n.º 1);

Os restantes ministros (incluindo os vice-primeiros-ministros) são politicamente responsáveis perante o Primeiro-Ministro, respondendo perante a Assembleia da República «no âmbito da responsabilidade governamental» (artigo 194.º, n.º 2);

O programa do Governo tem de ser apresentado à apreciação da Assembleia da República no prazo máximo de dez dias a seguir à nomeação do Primeiro-Ministro e poderá ser rejeitado por voto da «maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções» (artigo 195.º, n.º 4);

O Governo pode solicitar à Assembleia da República a aprovação de um voto de confiança sobre uma declaração de política geral ou sobre qualquer assunto relevante de interesse nacional (artigo 196.º) e pode ser objecto de moções de censura «sobre a execução do seu programa ou assunto relevante de interesse nacional, por iniciativa de um quarto dos Deputados em efectividade de funções ou de qualquer grupo parlamentar» (artigo 197.º, n.º 1);

O Governo pode ser *exonerado* em virtude de o Presidente da República ter *exonerado* o Primeiro-Ministro (artigo 189.º, n.ºs 1 e 2);

Com efeito, o acto de *exoneração* pelo Presidente da República do Primeiro-Ministro acarreta automaticamente a cessação das funções não só deste como também as de todos os membros do Governo (citado artigo 189.º, n.ºs 1 e 2);

²¹⁹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 255. Veja-se também, Prof. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976 — Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, 1978, pp. 418 e segs.: este autor, apesar de reconhecer que o sistema de Governo é «complexo e não sem ambiguidades», caracteriza o sistema como «semipresidencial». No mesmo sentido se pronuncia a maioria da doutrina.

Implicam a *demissão* do Governo:

- a) A rejeição do seu programa pela Assembleia da República;
- b) A não aprovação de uma moção de confiança;
- c) A aprovação de duas moções de censura com, pelo menos, trinta dias de intervalo, por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções (artigo 198.º, n.º 1);

«Em caso de demissão, os membros do Governo cessante permanecerão em funções até à posse do novo Governo» (artigo 189.º, n.º 4).

10. Do ponto de vista do termo de funções do Governo, interessa-nos saber se haverá ou não qualquer diversidade de regime entre a exoneração e a demissão.

Se bem se reparar, o artigo 189.º da Constituição fala no seu n.º 1 de exoneração e no seu n.º 4 de demissão. Serão ambas as expressões utilizadas em sinonímia no texto constitucional?

No primeiro comentário publicado após a aprovação da Lei Fundamental, ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira que «há que considerar duas causas distintas de cessação de funções dos membros do Governo:

- a) Exoneração pelo Presidente da República (n.ºs 1, 2 e 3);
- b) Demissão do Governo pela Assembleia da República (n.º 4 e artigo 198.º).

A exoneração refere-se, sempre, individualmente, a cada membro do Governo, embora a exoneração do Primeiro-Ministro implique a cessação de funções de todos os restantes membros do Governo (n.º 2), e a dos Ministros, a cessação de funções dos respectivos Secretários e Subsecretários (n.º 3). A demissão implica a cessação colectiva de funções de todos os membros do Governo; neste caso não há nem tem de haver exoneração; o Presidente da República não tem de exonerar o Governo, que já está demitido, tem sim de nomear novo Governo, com o que se dá a cessação de funções do Governo demitido»²²⁰. E acrescentam ainda os mesmos autores: «resta ainda a hipótese de o Governo se demitir, mas este caso reconduz-se à exoneração pelo Presidente da República. O Governo não pode demitir-se; só pode solicitar a exoneração ao Presidente da República»²²¹.

Relativamente às situações de vazio governamental, consideram estes comentadores que tal ocorre quando o Presidente da República exonere o Primeiro-Ministro, sem concomitantemente nomear outro.

Veremos em breve que não é pacífica a doutrina defendida por estes autores. Convém, porém, antes disso referir a história das soluções acolhidas na Lei Fundamental.

11. O n.º 4 do artigo 189.º que refere a expressão «demissão» aparentemente contraposta à de «exoneração» tem na sua origem próxima a solução preconizada no ponto 4.3 da Plataforma de Acordo Constitucional entre o Movimento das Forças Armadas e os Partidos Políticos²²² com o seguinte teor: «Em caso de demissão, os membros do Governo cessante permanecerão em funções até à posse do novo Governo». Aliás, no articulado respeitante à organização do poder político, proposto pela 5.ª Comissão em Novembro de 1975, surgia formulação diversa no artigo 79.º em que, subordinado à epígrafe «cessação de funções», se dispunha:

1 — As funções do Primeiro-Ministro cessam com a sua exoneração pelo Presidente da República.

2 — As funções de todos os membros do Governo cessam com a exoneração do Primeiro-Ministro.

3 — As funções dos Secretários e Subsecretários de Estado cessam com a exoneração do respectivo Ministro.

²²⁰ *Constituição cit.*, p. 369.

²²¹ *Constituição cit.*, p. 369.

²²² Conhecida vulgarmente por 2.ª Plataforma, outorgada em 26 de Fevereiro de 1976 (texto em apêndice de várias edições da Constituição vigente, por exemplo em Reinaldo Caldeira e Maria do Céu Silva, *Constituição Política da República Portuguesa 1976*, Lisboa, 1976, pp. 343-352).

4 — Até ao início de funções do novo Governo, ficará o Governo cessante incumbido de despachar os negócios correntes ²²³.

Após a 2.^a Plataforma, o novo texto do artigo 79.º apresenta apenas uma alteração no seu n.º 4, o qual passa agora a reproduzir *ipsis verbis* o texto do ponto 4.3 da mesma Plataforma²²⁴. Por seu turno, o artigo 83.º-C contém já o texto do actual artigo 198.º da Constituição, mostrando-se divergentes apenas a redacção da alínea c) do n.º 1 e da parte final do n.º 4.

Quer dizer, a partir de Março de 1976 fixou-se a distinção nos trabalhos preparatórios da Lei Fundamental entre exoneração e demissão do Governo. A distinção não passou, de resto, despercebida aos deputados constituintes.

Assim, na reunião plenária de 11 de Março de 1976, o Deputado Jorge Miranda referiu-se especificamente a esta situação, dizendo:

No texto do projecto apresentado pela 5.^a Comissão os termos «exoneração» e «demissão» têm sentidos ligeiramente diferentes.

A exoneração está ligada pelo texto do artigo 79.º à nomeação de novo Governo. Se o Presidente da República exonera um Governo, deve nomear outro, e, nesse caso, não tem de se aplicar o n.º 4 do artigo 79.º Mas pode acontecer que haja factos que determinem a demissão do Governo. São os que estão previstos no artigo 83.º: a rejeição do programa do Governo pela Assembleia, a não aprovação de uma moção de confiança, a aprovação de duas moções de censura, com pelo menos trinta dias de intervalo, ou de uma por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções²²⁵.

Há duas hipóteses, dentro deste texto, de exoneração do Governo. O Governo pode ser exonerado porque o Presidente da República assim o quiser. O Governo é responsável perante o Presidente da República e, portanto, o Presidente da República, mesmo sem crise parlamentar, pode exonerar o Governo. Só que tem de nomear imediatamente um novo Governo; tem de assumir a responsabilidade, ao exonerar um Governo, de ter já outro preparado. Ou então a exoneração pode ter por causa uma crise parlamentar, segundo as várias sub-hipóteses do n.º 1 do artigo 83.º-C. E é relativamente a estas que o n.º 4 do artigo 79.º (aliás proveniente da Plataforma de Acordo Constitucional) vem acautelar a subsistência de um Governo de gestão²²⁶.

12. A prática constitucional entre 1976 e o presente é relativamente uniforme, considerando os decretos de demissão ou exoneração do Primeiro-Ministro expressamente aplicável a ambas as situações o n.º 4 do artigo 189.º da Constituição²²⁷. Deve, porém, ter-se

²²³ In *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 2814-2815. O texto acha-se reproduzido em Jorge Miranda, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, 1978, II, p. 712.

²²⁴ O texto não foi publicado no *Diário da Assembleia Constituinte*, mas apenas distribuído pelos deputados. Veja-se Jorge Miranda, *Fontes, cit.*, p. 762.

²²⁵ Faz-se referência à solução que veio a ser afastada no texto definitivo.

²²⁶ In *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 3914-3915 (o texto acha-se reproduzido na obra *Constituição e Democracia*, 1976, pp. 395 a 397). Na continuação da sua intervenção, Jorge Miranda respondeu a um pedido anterior de esclarecimento do deputado social-democrata Mota Pinto, explicando não ser compatível com a 2.^a Plataforma uma solução do tipo da acolhida na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de condicionar a eficácia da manifestação parlamentar de desconfiança ao Governo à aprovação parlamentar de um novo Governo (a chamada *moção de desconfiança ou censura construtiva*).

Pareceu que haveria vantagem em transcrever esta passagem relativamente longa, porque a mesma traduz de forma clara o entendimento inicialmente perflhado pelos constituintes, mas que a prática constitucional posterior e a própria doutrina vieram a pôr em causa.

²²⁷ Ainda recentemente, no caso de falecimento do Primeiro-Ministro, vítima de acidente de aviação, o Decreto n.º 139-A/80, de 9 de Dezembro, determinou que «até à posse do novo Governo, permanecem em funções os membros do Governo que foi presidido pelo Primeiro-Ministro Dr. Francisco Lumbrales de Sá Carneiro, sob a presidência do Vice-Primeiro-Ministro, nos termos constitucionais». Do preâmbulo deste decreto consta como considerando a afirmação de que a morte do Primeiro-Ministro «determinou automaticamente a demissão do actual Governo, sem prejuízo da permanência em funções dos seus membros, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 189.º da Constituição». Repare-se, porém, que o evento da morte do Primeiro-Ministro não está previsto na Lei Fundamental.

presente que tal prática não foi acolhida sem reservas, tendo os efeitos da exoneração do Primeiro-Ministro do II Governo Constitucional sido divergentemente entendidos pelo Presidente da República e pelo próprio Governo cessante. A propósito deste caso concreto, manifestaram-se divergências doutrinárias, podendo dizer-se que não é pacífica a solução acolhida uniformemente pela referida prática constitucional.

Refira-se, assim, que, nos casos de demissão dos I e III Governos Constitucionais, o Presidente da República entendeu fazer declarar por decreto a situação de demissão, sendo discutível a necessidade de tal formalidade, atento o disposto no artigo 198.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Constituição. Em qualquer dos casos, consta do texto dos decretos o motivo concreto que a acarretou²²⁸, estabelecendo-se em ambos os diplomas e por forma que se pode considerar redundante, que, de harmonia com o n.º 4 do artigo 189.º, os membros do Governo cessante permaneceriam em funções até à posse do novo Governo.

Por outro lado, nos casos de exoneração dos Primeiros-Ministros dos II, IV e V Governos Constitucionais, os respectivos decretos precederam de vários dias a publicação dos decretos de nomeação do novo Primeiro-Ministro, estabelecendo todos eles, no respectivo artigo 2.º, que «de harmonia com o artigo 189.º, n.º 4, da Constituição, os membros do Governo cessante permanecem em funções até à posse do novo Governo» (Decretos n.ºs 75/80, de 28 de Julho, 52/79, de 11 de Junho, e 142-B/79, de 27 de Dezembro, respectivamente).

13. A eventual aplicação do n.º 4 do artigo 189.º da Constituição aos casos de exoneração do Primeiro-Ministro foi acaloradamente discutida em Julho de 1978, quando o Presidente da República decidiu exonerar o Primeiro-Ministro do II Governo Constitucional, sem que este previamente lhe tivesse solicitado tal exoneração, estabelecendo o Decreto n.º 75/78, de 28 de Julho, que o Governo cessante permanecia em funções até à posse do novo Governo²²⁹.

O próprio Presidente da República parece ter sentido a necessidade de se esclarecer previamente sobre o sentido do texto constitucional, tendo consultado diversos juristas acerca desta matéria.

O Prof. Jorge Miranda veio neste contexto a admitir ter revisto a sua anterior posição, assumida nos debates da Assembleia Constituinte, em virtude de uma evolução das próprias alternativas debatidas naquela Assembleia e que vieram a inspirar a solução final do texto constitucional. Para este autor, «se o Governo é, dentro do sistema constitucional adoptado, mais responsável politicamente perante o Presidente do que perante o Parlamento, mal se compreenderia que um Governo demitido, por voto negativo da Assembleia, se mantivesse em funções até outro ser empossado e que o mesmo já não pudesse acontecer quando o Presidente, exonerado o Primeiro-Ministro, manifestasse a sua desconfiança ao Governo — ou como terá sido até o que sucedeu no caso concreto — verificasse a falta de pressupostos políticos que tinham conduzido à sua formação»²³⁰.

Posição diversa foi defendida por Dr. Luís Nunes de Almeida, então membro desta Comissão Constitucional, a propósito da mesma exoneração. Para este jurista, o n.º 4 do artigo 189.º da Constituição previa uma situação que se contrapunha às previsões dos n.ºs

²²⁸ Decretos n.ºs 160/77, de 9 de Dezembro (I Governo Constitucional), e 100-A/78, de 15 de Setembro (III Governo Constitucional). No primeiro caso, determinou a demissão do Governo a não aprovação de uma moção de confiança solicitada em 8 de Dezembro de 1977 à Assembleia da República. No último, o facto que determinou a demissão foi a aprovação, em 14 de Setembro de 1978, de uma moção de rejeição do Programa do Governo.

²²⁹ O Dr. Mário Soares, Primeiro-Ministro exonerado, defendeu que devia desde logo cessar funções, uma vez que não seria imaginável que a tal acto de exoneração se não seguisse logo a designação de novo Primeiro-Ministro (cf. jornal *A Luta*, de 28 de Julho de 1978). O mesmo argumento fora desenvolvido na véspera pelo Ministro-adjunto do Primeiro-Ministro, Dr. Almeida Santos, o qual referia que «enquanto a exoneração incapacita em definitivo para o exercício de funções, a demissão neste caso do Governo, vincula o Governo demissionário à continuação do exercício de funções até à posse do novo Governo» (entrevista ao *Diário de Notícias*, de 27 de Julho de 1978).

²³⁰ Carta publicada no jornal *A Luta*, de 31 de Julho de 1978. Aí escreve ainda este constitucionalista que «mesmo o entendimento dado por mim na Assembleia Constituinte teria de ser completado com uma hipótese: a de dar-se a imediata exoneração, havia lugar a um vazio governativo se não se lhe aplicasse, como é óbvio, directa ou analogicamente, o artigo 189.º, n.º 4». Veja-se também deste autor, *A Constituição de 1976*, p. 422 (n.º 116), onde se tende a aproximar o regime da *exoneração livre* pelo Presidente da República à admissão prevista no artigo 198.º, n.º 1.

1, 2 e 3 do mesmo artigo. O risco de aparecimento de um vácuo governamental seria um falso problema, no caso de exoneração do Primeiro-Ministro, já que «o Presidente da República quando exonera, pratica um acto livre e não um acto vinculado; deve, pois, escolher o momento oportuno para o fazer e, para além disso, não é crível que — competindo-lhe proceder à escolha do Primeiro-Ministro — exonere o anterior, dando um salto no abismo.

Isto é, quando exonera um Primeiro-Ministro é porque considera que ele já não corresponde à melhor solução política para o momento, ou seja, é porque considera que existe outra melhor; por isso, só se compreende que exonere o Primeiro-Ministro quando dispõe de alternativa que entende mais adequada: *exoneração de um Primeiro-Ministro e nomeação do que lhe vai suceder são operações lógicas e cronologicamente simultâneas*». E mais adiante afirmava, louvando-se em parecer concorde de Gomes Canotilho e Vital Moreira, que «o n.º 4 do artigo 189.º não se pode aplicar, nem directa nem analogicamente, aos casos de exoneração do Primeiro-Ministro, por iniciativa do Presidente da República»²³¹. Nesta ordem de ideias, se defendia igualmente que o decreto de exoneração se devia abster de aludir à aplicabilidade do n.º 4 do artigo 189.º, sob pena de o Presidente da República ser conduzido a ultrapassar a sua competência constitucional, interpretando de forma quase autêntica o texto da Lei Fundamental, ao arrepio das soluções por esta consagradas em matéria de interpretação de normas jurídicas.

14. Para os efeitos do presente parecer, supõe-se que não é indispensável procurar tomar partido na controvérsia doutrinal a que se aludiu, pelas razões que à frente se referirão.

Sempre se dirá, porém, que se, por um lado, se afigura que a posição defendida por Gomes Canotilho, Vital Moreira e Nunes de Almeida se compatibiliza mais facilmente com o texto constitucional, a verdade é que a prática constitucional parece, mal ou bem, ter sido influenciada pela posição doutrinal acolhida, entre outros, por Jorge Miranda.

O problema está ainda longe de estar resolvido.

Não é de estranhar, por isso, que dois dos projectos de revisão constitucional entretanto publicados procurem regulamentar em termos inequívocos esta questão.

No projecto de autoria do Dr. Francisco Sá Carneiro, o artigo 173.º disciplina o início e cessação de funções do Governo. No seu n.º 1 propõe-se que «as funções do Primeiro-Ministro iniciam-se com a sua posse e cessam com a sua exoneração pelo Presidente da República». A par da *exoneração*, mantém-se a figura de *demissão*, a que este artigo faz expressa referência, remetendo para o artigo correspondente ao actual artigo 198.º De forma inovadora, o n.º 5 deste projecto estatui «que em caso de demissão ou exoneração, os membros do Governo cessante permanecerão em funções até à posse do novo Governo»²³².

O Prof. Jorge Miranda, por seu turno, no projecto de revisão constitucional por si apresentado, propõe a inclusão de um quarto caso de demissão do Governo: «A declaração de não confiança política do Presidente da República, em mensagem dirigida à Assembleia da República». Trata-se de um «corolário do princípio de responsabilidade política do Governo perante o Presidente». Com tal inclusão é já possível distinguir a demissão da exoneração, sendo certo que só esta última acarreta a cessação de funções do Primeiro-Ministro. Face a esta proposta, compreende-se que o n.º 4 do artigo 189.º da actual Constituição seja reproduzido no novo articulado, uma vez que, como refere este autor, «a questão da interpretação do n.º 4, quanto à demissão por acto do Presidente da República, é resolvida através do aditamento feito ao artigo 189.º, n.º 1»²³³.

²³¹ Declaração publicada no jornal *A Luta*, de 29 de Julho de 1978.

²³² Dr. Francisco Sá Carneiro, *Uma Constituição para os Anos 80*, Lisboa, 1979, p. 125. A justificação deste artigo é secamente apresentada: «Corresponde ao actual artigo 189.º, com algumas alterações e o aditamento do conceito de «demissão». Também se aplica o regime do actual n.º 4 à hipótese de «exoneração».

²³³ Um *Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra, 1980, p. 149.

15. Do que acaba de ser referido, resulta que o Presidente da República tem procurado obviar ao risco de existência de um vazio governamental, nos casos de exoneração do Primeiro-Ministro sem concomitante nomeação de novo Primeiro-Ministro. Porém, a constitucionalidade do recurso ao n.º 4 do artigo 189.º é, como vimos, debatida.

A preocupação referente ao risco de existência de vazios governamentais tem sido sentida em diversos ordenamentos constitucionais. Entre nós, tal preocupação inspirara o articulado preparado pela 5.ª Comissão da Assembleia Constituinte, em Novembro de 1975, onde se dispunha que o Governo cessante ficaria incumbido do despacho dos negócios correntes até ao início de funções do novo Governo (artigo 79.º, n.º 4)²³⁴. A disposição, porém, veio a ser expressamente consagrada na Lei Fundamental apenas para o caso da demissão do Governo, deixando-se cair qualquer referência ao despacho de «negócios correntes»²³⁵.

Seja como for, pelo menos de *iure constituendo*, convirá evitar o aparecimento de situações de vazio governamental, estranhas ao normal funcionamento de um Estado constitucional.

Porém, no que respeita restritamente à questão do presente parecer, afigura-se-nos possível afirmar em alternativa que, ou o IV Governo se mantinha em funções, apesar da exoneração do seu Primeiro-Ministro, por força do n.º 4 do artigo 189.º da Constituição, aplicado directa ou analogicamente, ou, então, a exoneração do respectivo Primeiro-Ministro por decreto do Presidente da República não seria ainda inteiramente eficaz, do ponto de vista jurídico-constitucional, dependendo da condição de vir a ser nomeado e empossado novo Primeiro-Ministro²³⁶.

Em qualquer dos termos da alternativa, seria forçoso concluir que o Governo cessante não tinha perdido o poder de legislar por decreto-lei em matérias da sua competência, muito embora se possam suscitar complexos problemas de natureza política acerca de «legitimidade» de um Governo «exonerado» ou em «vésperas de exoneração» para publicar diplomas legais visando introduzir modificações de fundo no ordenamento jurídico.

16. Na situação em apreciação, parece dever chamar-se a atenção para a circunstância de o Decreto-Lei n.º 232/79 ter sido visto e aprovado em Conselho de Ministros em 6 de Junho de 1979, pouco antes da assinatura e publicação do decreto que exonerou o Primeiro-Ministro do IV Governo Constitucional. É certo que a promulgação e publicação do referido decreto-lei ocorreram já depois da publicação do decreto de exoneração, antes porém da nomeação e posse do novo Primeiro-Ministro. Assim sendo, na data da promulgação ainda se mantinha em funções o IV Governo Constitucional, cabendo ao respectivo Primeiro-Ministro referendar o diploma em causa²³⁷.

Acrescente-se ainda que mesmo o momento da publicação do Decreto-Lei n.º 232/79 ocorreu quando estava ainda em funções o IV Governo Constitucional. Quer dizer, ainda que se adoptasse a doutrina mais rigorista que defende ser a publicação dos diplomas legais elemento constitutivo do acto legislativo²³⁸, nem mesmo assim poderíamos dizer que o

²³⁴ Prof. Jorge Miranda, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, II, p. 712.

²³⁵ A expressão «despacho de negócios correntes» é tradicional na prática e na doutrina constitucionais das democracias parlamentares. Na Itália fala-se de «despacho de assuntos correntes» e de «despacho de assuntos de administração ordinária» (*disbrigo degli affari d'ordinaria amministrazione*). Vejam-se, por todos P. Biscaretti di Ruffia, «Governo», in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1975, p. 1170, e Leopoldo Elia, «Amministrazione Ordinária degli Organi Costituzionali», in *Enciclopédia del Diritto*, II, 1958, pp. 219 e segs. A expressão foi também utilizada na prática constitucional alemã na vigência da Constituição de Weimar. Ainda hoje, a Constituição da República Federal Alemã estabelece mecanismos para evitar vazios de poder governativo no artigo 69.º da Lei Fundamental (substituto do chanceler, no primeiro número; ministro encarregado de continuar a gerir os negócios, no segundo número). A expressão usada é «die *Geschäfte weiterführen*».

²³⁶ Esta problemática foi incidentalmente abordada por esta Comissão no parecer n.º 5/80, de 26 de Fevereiro, ainda inédito (cf. n.ºs 6 e 7). Neste parecer estava em apreciação a inconstitucionalidade de um decreto-lei promulgado após a exoneração do Primeiro-Ministro do IV Governo Constitucional, publicado já depois da posse do novo Governo, sem ser referendado pelo novo Primeiro-Ministro.

²³⁷ Recorde-se que o parecer n.º 5/80 desta Comissão, acima referido, considerou que os diplomas que carecem de promulgação têm de ser referendados pelo Primeiro-Ministro em funções à data da própria promulgação. O parecer em causa apresenta três votos de vencido.

²³⁸ A Comissão Constitucional tem entendido por último que não pode confundir-se «a natureza da sanção cominada para a falta de publicação (inexistência jurídica) com a natureza ou o carácter constitutivo da

diploma em causa teria surgido quando exercia já funções um novo Governo.

Por este motivo, parece ser despiciendo interrogarmo-nos longamente sobre qual o momento em que se torna perfeito o acto legislativo. Dando como assente que a publicação é mero requisito de eficácia externa (cuja falta implica todavia a inexistência jurídica do acto — cf. artigo 122.º, n.º 4, da Constituição), teríamos quando muito de saber se tal perfeição surgiria com a mera aprovação do diploma pelo órgão com competência legislativa ou, só depois, com a promulgação pelo Presidente da República. A resposta parece-nos ser despicienda no presente caso, porque, também à data da promulgação, o Governo autor do diploma ainda se achava em funções²³⁹. Se optássemos, porém, pela tese que considera momento de perfeição do acto o momento da aprovação do diploma pelo órgão com competência legislativa, então poderíamos concluir com maior segurança no sentido da indiscutível constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, uma vez que nesta data o Primeiro-Ministro não estava ainda exonerado. A questão, repete-se, não é essencial para os efeitos agora pretendidos²⁴⁰.

Relativamente ao IV Governo Constitucional, sempre se dirá que decorreram cinquenta dias entre a publicação do decreto de exoneração do Primeiro-Ministro e a posse do novo Governo. Período demasiado longo para se poder conceber um absoluto hiato governativo. Para finalizar, não poderá deixar de notar-se que o IV Governo Constitucional ultrapassou, durante este período, a mera gestão dos assuntos correntes, tendo mesmo chegado a pretender continuar a elaborar propostas de lei a apresentar à Assembleia da República²⁴¹.

17. Face ao que deixamos dito, parece-nos desnecessário inquirir se o IV Governo Constitucional, ao aprovar o Decreto-Lei n.º 232/79, excedeu quaisquer limites mínimos de competência, que se entende correntemente que vigoram para os Governos demissionários²⁴².

Embora a exoneração viesse a culminar um período de crise política, a verdade é que a data da aprovação do diploma foi anterior à exoneração.

Por outro lado, o Presidente da República não exerceu o seu direito de veto quanto ao diploma em questão, dispondo-se a promulgá-lo, apesar de o Primeiro-Ministro responsável já estar exonerado.

Por estas razões e mesmo que se defenda que a promulgação integra a perfeição do acto legislativo, parece-nos razoável afirmar que o momento relevante para aquilatar da «capacidade» legislativa de um Governo é o momento de aprovação do diploma em

mesma publicação», pelo que «da inexistência não se segue necessariamente que a publicação seja *elemento constitutivo* do acto legislativo» (Acórdão n.º 212, de 27 de Maio de 1980, ainda inédito).

Veja-se também o parecer n.º 23/80, de 1 de Julho.

²³⁹ Recorde-se, uma vez mais, o calendário de datas respeitante ao Decreto-Lei n.º 232/79:

6 de Junho. — Visto e aprovação em Conselho de Ministros; 11 de Junho. — Publicação do Decreto n.º 52/79, a exonerar o Primeiro-Ministro do IV Governo Constitucional (diploma assinado em 7 de Junho); 2 de Julho. — Promulgação;

24 de Julho. — Publicação na 1.ª série do *Diário da República*;

31 de Julho. — Publicação do Decreto n.º 74-A/79, que nomeia o novo

Primeiro-Ministro; 1 de Agosto. — Tomada de posse do V Governo Constitucional.

²⁴⁰ Inclina-mo-nos para a tese de que o momento de perfeição do acto legislativo só se alcança, à luz da nossa Constituição, com o acto de promulgação. Sobre estes pontos vejam-se o citado acórdão n.º 212, n.º 5, e Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 2.ª ed., 1980, p. 423 (sobre o acto de promulgação).

²⁴¹ Veja-se a comunicação do Ministro-adjunto do Primeiro-Ministro endereçada ao Presidente da Assembleia da República, em 13 de Julho de 1979, in *Diário da Assembleia da República*, 3.ª sessão da I Legislatura, 2.ª série, n.º 84.

²⁴² «O Governo demitido que se mantém transitivamente em funções está sujeito a verdadeiros limites jurídicos implícitos quanto à sua competência. Os membros do Governo demitido devem limitar-se a despachar os negócios correntes e a praticar actos de administração ordinária. Dado que a demissão implica a ruptura das relações inerentes à responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República, os Ministros devem abster-se de praticar actos susceptíveis de provocar o controlo parlamentar e a correspondente responsabilidade política» (Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, p. 370). Em sentido diverso, consulte-se ó parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 213/78, de 6 de Outubro (in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 285, pp. 69 a 75).

Conselho de Ministros, nesse momento se tendo de averiguar se existem já ou não eventuais limites jurídicos implícitos quanto à extensão da capacidade governativa e do poder de criação legislativa, decorrentes de um acto de demissão ou exoneração²⁴³.

18. Estamos assim em condições de afirmar, em resposta à primeira questão atrás suscitada, que o Decreto-Lei n.º 232/79 não sofre globalmente de qualquer inconstitucionalidade só pelo facto de ter sido promulgado e publicado após a exoneração do Primeiro-Ministro que presidia ao Governo que o elaborou e aprovou em data anterior à assinatura e publicação do referido decreto de exoneração.

Não obstante a afirmação feita no requerimento dirigido ao Presidente da Assembleia da República, subscrito por dois deputados do Partido Comunista Português, de que o Governo «se encontrava exonerado à data do decreto-lei, pelo que tal acto de inovação político-legislativa fundamental se há-de entender como violação dos limites mínimos dos poderes de um Governo nessas condições», afigura-se-nos, pelos motivos expostos, que não ocorreu qualquer violação dos alegados *limites mínimos*.

Somos, por isso, forçados a analisar as questões subsequentes acima indicadas.

III

19. O Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, pretende, no dizer do legislador, corresponder «à necessidade de dotar o nosso país de um adequado direito de mera ordenação social» (n.º 1 do preâmbulo). Este ramo do direito constituiria um «ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal.»

Pode dizer-se que se integra num movimento de reforma geral da legislação penal portuguesa, o qual se iniciou há duas décadas, tendo estado na origem de um Projecto de Código Penal (1963-1966), da autoria do Prof. Eduardo Correia, Ministro da Justiça que, cerca de quinze anos mais tarde, assinou, aliás, o Decreto-Lei n.º 232/79²⁴⁴.

A orientação de política legislativa de autonomizar a regulamentação do direito de mera ordenação social foi logo anunciada pelo Prof. Eduardo Correia em 1963, no relatório introdutório elaborado por si para o Projecto de Código Penal — Parte geral. Na verdade referia-se aí que o Código Penal se devia limitar a punir as violações a normas decorrentes de uma particular esfera ética, abstendo-se de entrar «no puro domínio da utilidade e da necessidade ou até de um salutismo que, embora penetrando ou tendendo a penetrar, em maior ou menor escala o próprio direito penal» dele importava ser nitidamente autonomizado²⁴⁵. A orientação preconizada assentava na experiência da República Federal

²⁴³ Como escreve Leopoldo Elia, «A razão unitária que justifica de um ponto de vista geral a restrição da esfera de competência destes órgãos (isto é, órgãos constitucionais) tem de encontrar-se no carácter representativo, entendido em sentido lato, dos seus titulares e no condicionamento, de intensidade vária, que sobre estes exercem os outros detentores do poder político» (artigo citado na nota 17 supra, in *Enciclopédia del Diritto*, II, p. 220). No que toca à restrição de competência de um Governo demissionário, tem-se entendido que lhe estão vedadas inovações legislativas, actos de direcção política, etc.

²⁴⁴ O Projecto de Código Penal acha-se publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*: a Parte geral (1963), no n.º 127, pp. 23 e segs.; a *Parte especial* (1966) no n.º 158, pp. 23 e segs. Sobre a orientação geral destes projectos vejam-se as *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal* — Parte geral, 1.º vol., 1965 e Parte especial — separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, 1979. E também Prof. Eduardo Correia, «*La prison, les mesures non-institutionnelles et le Projet du Code Penal Portugais* de 1963» e H. H. Jescheck, «Principes et solutions de la politique criminelle dans la reforme pénale allemande et portugaise», estudos publicados no volume Estudos in *Memoriam do Prof. Doutor José Beza dos Santos*, I, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1966, pp. 229 e segs., e 433, respectivamente. Finalmente, Prof. Figueiredo Dias, *A Reforma do Direito Penal Português — Princípios e Orientações Fundamentais*, separata do *Boletim da Faculdade de Direito*, 1972.

²⁴⁵ «Relatório», n.º 43, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 127, p. 78. Escreve-se a seguir:

E este é, por exemplo, o caso do chamado ilícito administrativo, que não envolve a violação daquele mínimo ético, daqueles valores éticos fundamentais que ao direito penal cumpre afirmar pela infligção de penas, mas a infracção de normas que servem certos fins técnicos ou de ordenação de sociedade, no domínio da economia, da saúde, da instrução do tráfego, etc., ou de carácter puramente policial e cuja inobservância significa tão-só desobediência, falta de atenção, intempestividade relativamente ao cumprimento de normas de administração e que, menos que a ideia ética de expiação, de culpa, e, portanto, de pena, exige a aplicação de medidas de outra espécie: coimas, multas não penais, etc.

Louvando-se em Rotberg, afirmava o autor do projecto que as violações às normas de ordenação social não representavam «um menos relativamente ao ilícito penal, mas constituem coisa diferente» («Relatório», n.º 44).

da Alemanha, onde, a partir de 1949, se iniciara um movimento legislativo de autonomização do chamado ilícito penal administrativo, que começara a propósito da violação das normas relativas à política económica e culminara na *Gezetz über Ordnungs-Widrigkeiten* (Lei das Contra-Ordenações) de 1952. Segundo a orientação acolhida, «um tal ilícito administrativo polariza ou atrai, por sua vez, as chamadas contravenções, caracterizadas pela falta de um conteúdo ético e que correspondem justamente a uma actividade ordenadora-preventiva da administração»²⁴⁶.

Pode, pois, dizer-se que o projecto de 1963 bania do Direito Criminal o ilícito de mera ordenação social. E ia mesmo mais longe do que o Projecto de Código Penal alemão de 1958, na medida em que repudiava a distinção entre diferentes espécies de infracções criminais (crimes e delitos), em coerência lógica com a solução de consagrar uma teoria unitária das penas privativas de liberdade e com a tradição do nosso direito penal de distinguir apenas uma bipartição de factos criminosos (crimes e contravenções).

Como é sabido, o Projecto de Código Penal do Prof. Eduardo Correia não chegou a ser convertido em lei. Só após a entrada em vigor da nova Constituição se reiniciaram os trabalhos de reforma da legislação penal, vindo o I Governo Constitucional a apresentar uma proposta de lei de Parte geral do Código Penal, que tomara como base de trabalho o projecto de 1963 (Proposta de lei n.º 117/1)²⁴⁷.

Na exposição de motivos, além de se confessar logo que a proposta teve como ponto de partida o projecto de 1963, continua a acolher-se a orientação de autonomização do direito de mera ordenação social. O Governo entendia em 1976 de toda a conveniência que o projecto de Parte geral se convertesse de imediato em lei, apesar de a aplicação do mesmo estar condicionada «pelo articulado complementar de outras normas como as referentes à Parte especial do Código, ao chamado «direito de mera ordenação social», «à legislação relativa a menores imputáveis, ao direito penitenciário» (n.º 1). Mantinha-se a solução de não distinguir subtipos de infracções criminais (artigo 10.º).

Esta proposta não chegou, porém, a ser votada pela Assembleia da República, como também não chegou a ser discutida ou votada a proposta n.º 221/I apresentada pelo IV Governo Constitucional com o mesmo conteúdo em Fevereiro de 1979. Veio, porém, a ser o IV Governo Constitucional, através do Ministro da Justiça Prof. Eduardo Correia, que impulsionou de novo a reforma da legislação penal. Assim chegou também a ser enviada a proposta de lei de Parte especial à Assembleia da República, não tendo, porém, sido admitida por esta, dado a anterior exoneração do Governo²⁴⁸. E, entretanto, foi publicado o Decreto-Lei n.º 232/79, instituindo o ilícito de mera ordenação social²⁴⁹. A este diploma se referia o IV Governo, na sua proposta de Parte especial, dizendo: «O diploma sobre a ordenação social, já aprovado, permitiu uma larga descriminalização sem afectar as exigências da expiação, prevenção geral, especial e, com isso, a defesa da sociedade» (n.º 6).

20. Chegados a este ponto, convirá referir que o Decreto-Lei n.º 232/79 pretendeu, por um lado, criar uma lei-quadro das infracções contra-ordenacionais e, por outro, equiparar desde logo às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que fossem aplicadas sanções pecuniárias. O escopo visado era pois de consagrar legislativamente e de forma imediata o movimento de descriminalização, apresentado como uma das «notas mais salientes da moderna política criminal»²⁵⁰.

Procurando combater a *hipertrofia criminal*, a *hipercriminalização* ou *inflação incriminatória*, o legislador visou evitar os riscos de «generalização de um estado de anomia

²⁴⁶ *Boletim*, n.º 127, p. 79.

²⁴⁷ Em rigor, foi o VI Governo Provisório que nomeou, pelo Ministério da Justiça, uma comissão encarregada do estudo das reformas a introduzir na legislação penal. Cf. Prof. Figueiredo Dias, «Lei criminal e controlo da criminalidade», in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 36, 1976, p. 97.

O texto da proposta de lei n.º 221/1, renovação da proposta n.º 117/1 pelo IV Governo Constitucional acha-se publicado no volume *Propostas de Lei de Revisão do Código Penal*, edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980. Ver também, *Diário da Assembleia da República*, 1.ª Legislatura, 19.ª sessão, pp. 4926-(1) e segs., e 3.ª sessão, 2.ª série, pp. 658 e segs.

²⁴⁸ O texto acha-se publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, pp. 5 e segs., e na aludida publicação *Propostas de Lei de Revisão*, pp. 95 e segs.

²⁴⁹ Na exposição de motivos da proposta de Parte especial, lê-se: “Apresentada à Assembleia da República a Parte geral elaborado o diploma sobre contra-ordenações sociais, bem como sobre o regime de execução das medidas privativas de liberdade e apresentada a proposta de lei à Assembleia da República, relativamente ao tratamento de jovens adultos, cumpriu-se um largo passo no domínio da política legislativa referente à defesa social. Ficou tão-só por abordar a problemática da assistência prisional e pós-prisional, de alguma forma conotada com outros Ministérios (nº2)

e desregramento» (do preâmbulo de Decreto-Lei n.º 232/79, n.º 2). Mas não se limitou a descriminalizar ou a despenalizar infracções até então existentes. Procurou antes a «purificação do direito criminal de formas de ilícito, cuja sede natural é o direito de mera ordenação social»: fê-lo igualmente quanto às contravenções «tradicional e indevidamente integradas no ordenamento jurídico-penal». E fê-lo confessadamente, afirmando no preâmbulo que se considera «conveniente submeter desde já ao regime deste decreto-lei as contravenções e transgressões previstas na legislação vigente, bem como outros casos que a lei venha a descriminalizar, sem, contudo, renunciar ao tipo das sanções previsto neste diploma» (n.º 6).

21. É agora altura de apreciar a eventual inconstitucionalidade dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, segunda questão que entendemos dever abordar neste parecer (cf. supra n.º 6).

Transcrevamos o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, subordinado à epígrafe «Definição»:

1 — Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima ²⁵¹.

2 — A lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto.

3 — São equiparáveis às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias.

4 — Ao mesmo regime podem ser submetidos os casos indicados na lei.

Através do n.º 3 do artigo que acaba de ser transcrito pretendeu o legislador equiparar às contra-ordenações, contravenções ou transgressões previstas já na lei vigente, equiparação que acarretava, entre outras, a consequência de passar a ser atribuída competência às autoridades administrativas para a aplicação das multas (artigos 30.º e segs.), com correlativa perda de jurisdição pelos tribunais comuns na matéria (os tribunais judiciais só teriam competência em via de recurso para conhecer da legalidade das decisões das referidas autoridades administrativas — artigos 50.º a 66.º).

Sucedeu que esta equiparação²⁵² suscitou desde logo dúvidas quanto à sua constitucionalidade orgânica. Recorde-se que, na origem do presente processo de parecer, no requerimento acima aludido, os dois deputados subscritores afirmaram que, ao desqualificar, como crimes e penas, infracções e sanções que o eram, o Governo invadiu a esfera de competência legislativa reservada da Assembleia da República — artigo 167.º, alínea e), da Constituição da República Portuguesa —, pois cabendo a esta definir os crimes e as penas compete-lhe igualmente, e só a ela, retirar essa qualificação a factos e a sanções anteriormente considerados como tais».

E os mesmos deputados igualmente afirmaram que «ao alterar a competência dos tribunais, designadamente em matéria criminal, pois os factos e as sanções agora considerados como «direito de mera ordenação social» deixam de ser apreciados e aplicados pelos tribunais comuns, salvo em sede de recurso», invadiu o Governo igualmente a esfera

²⁵⁰ Sobre esta orientação, vejam-se Prof. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, 1963 (com a colaboração de Figueiredo Dias), reimpressão de 1971, pp. 20-34, e «Direito penal e direito de mera ordenação social», estudo in *Boletim de Faculdade de Direito*, XLIX, 1973, pp. 257-281. E também Prof. Figueiredo Dias, *estudo cit.* na nota 29 supra, p. 92, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 1969, pp. 381 e segs., *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, 1976, p. 190, n. 8.

²⁵¹ A definição legal de contra-ordenação é claramente inspirada na contida no inciso 1.º do § 1.º da Ordnungswidrigkeitgesetz alemã (versão de 2 de Janeiro de 1975): «Uma contra-ordenação é uma acção ilícita e censurável que preenche a previsão de uma lei que estatui a cominação de uma coima (Geldbusse)». O inciso 2.º estende o conceito de contra-ordenação aos actos ilícitos sancionados com uma coima em lei que estabelece a aplicação de coima quando a acção não seja censurável.

²⁵² O artigo 13.º da lei alemã de introdução ao novo Código Penal, de 2 de Março de 1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*) estabeleceu a conversão (*Umwandlung*) de transgressões (*Übertretungen*) e de delitos (*Vergehen*) diversos em contra-ordenações, mesmo em casos em que fossem cominadas penas privativas de liberdade inferiores a seis meses, passando a ser-lhes aplicável o regime das coimas (*Geldbusse*), estabelecendo os montantes máximos destas. O novo Código Penal alemão (Parte geral) aboliu em 1975 a tripartição dos factos criminosos, acolhendo uma bipartição dos factos criminosos (*Verbrechen* e *Vergehen*, crimes e delitos), cf. H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., 1978, p. 44. Orientação análoga foi igualmente acolhida no novo Código Penal austríaco (1974).

de competência reservada da Assembleia da República [artigo 167.º, alínea j), da Constituição].

Para uma patente inconstitucionalidade orgânica apontou igualmente o Procurador-Geral da República no requerimento em que suscitou a questão de apreciação de constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, limitando-se porém, a considerar manifesta a violação da alínea j) do artigo 167.º da Lei Fundamental.

Acontece, porém, que volvidos dois meses sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 232/79, o Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, revogou os n.ºs 3 e 4 do referido artigo 1.º, como acima se referiu, invocando-se como justificação da medida no preâmbulo deste último diploma, entre outras razões, as dúvidas suscitadas sobre a constitucionalidade daquele decreto-lei.

Quer dizer, a partir de 6 de Outubro de 1979 deixou de vigorar na nossa ordem jurídica a equiparação às contra-ordenações das contravenções e transgressões a que fossem aplicáveis sanções pecuniárias. Sucede, porém, que tal equiparação esteve em vigor entre 29 de Julho de 1979 e 6 de Outubro do mesmo ano.

Tal bastará para que não pudesse arredar-se liminarmente a questão de apreciação de constitucionalidade dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º, normas entretanto revogadas²⁵³.

Resta inquirir, porém, se, no presente caso, terá utilidade uma indagação desta espécie.

Na verdade, tem sido entendido por esta Comissão em anteriores ocasiões que é de acolher a ideia «de que a comprovação da inconstitucionalidade de uma norma [. . .] possui em princípio eficácia *ex tunc*, quer dizer, determina efeitos que retroagem à data da entrada em vigor da norma em questão». Ora, sendo assim, «o reconhecimento de que o processo de controlo da inconstitucionalidade não deve ser afectado pela circunstância de a norma em análise ter entretanto deixado de vigorar» impõe-se como conclusão lógica, já que «também depois do seu período de vigência, ela pode continuar a produzir efeitos jurídicos»²⁵⁴.

Pode, por isso, admitir-se em abstracto a necessidade de averiguação detalhada sobre se a aplicação do n.º 3²⁵⁵ do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79 durante dois meses foi susceptível de afectar posições subjectivas de autores de contravenções ou transgressões, de tal modo que a eventual declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroactivos daquela norma fosse susceptível de ter utilidade prática, impondo a supressão de efeitos jurídicos indevidamente produzidos e a observância no futuro de normas deixadas de aplicar naquele período.

No presente caso, porém, afigura-se-nos que não tem sentido, por carecer de utilidade ou interesse prático, tal averiguação.

²⁵³ Tem sido opinião uniforme desta Comissão que não há qualquer obstáculo de fundo à apreciação e posterior declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade de normas entretanto revogadas. Vejam-se sobre este ponto os pareceres n.ºs 25/78 (in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 6.º vol., 1979, pp. 263 e segs.), 27/78 (in *Pareceres*, 6.º vol., pp. 449 e segs.), 35/79, de 13 de Novembro, 1/80, de 8 de Janeiro, estes últimos inéditos. Veja-se, igualmente, o parecer n.º 6/80, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 296, pp. 103 e segs.

²⁵⁴ Parecer n.º 1/80, de 8 de Janeiro, ainda inédito, n.º 7. Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas vejam-se, na doutrina portuguesa recente, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição*, pp. 486-487, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 2.ª ed., 1980, p. 461, Prof. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976 — Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, 1978, pp. 487-489, M. Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional — I) Introdução à Teoria da Constituição*, 1980, pp. 381 e segs.

²⁵⁵ O n.º 4 do artigo 1.º é uma pura norma remissiva para soluções legislativas futuras, não se tendo conhecimento de que o legislador haja criado tais equiparações.

Antes de mais, porque o legislador refere no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 411/79, de 1 de Outubro, que o diploma que institui o ilícito de mera ordenação social «suscitou problemas vários de aplicação prática»²⁵⁶. Assim, não parece ter chegado a ser criada a regulamentação necessária para a execução administrativa deste diploma, nomeadamente não tendo os Ministérios responsáveis pela tutela dos interesses que as diferentes contravenções e transgressões visam defender ou promover designado naquele curto período de vigência os serviços administrativos competentes para a aplicação das correspondentes coimas²⁵⁷.

Por outro lado, não chegou até agora ao conhecimento desta Comissão que algum tribunal judicial se houvesse considerado incompetente em razão da matéria para aplicar em processo de transgressão sanções aos autores de contravenções ou transgressões previstas nas leis vigentes. Aliás, tal seria difícil, do ponto de vista prático, atendendo a que o período de vigência do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79 coincidiu basicamente com os dois meses de férias judiciais do Verão do ano de 1979. Explica-se assim que não tenha sido até agora suscitada, por via de recurso, a questão de eventual inconstitucionalidade daquela disposição, antes de sua revogação.

Por todos estes motivos, impõe-se a conclusão de que é inútil inquirir, no âmbito deste parecer, da eventual inconstitucionalidade das disposições entretanto revogadas.

Resta-nos assim abordar a questão da apreciação de constitucionalidade das normas ainda em vigor do Decreto-Lei n.º 232/79.

IV

22. O Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, continua a vigorar na nossa ordem jurídica, exceptuados os n.ºs 3 e 4 do seu artigo 1.º, disposições revogadas, como acabámos de referir, em Outubro de 1979.

Ficou assim reduzido a sua inicial âmbito de aplicação, na medida em que deixou de aplicar-se às contravenções e transgressões previstas nas leis vigentes, podendo, por isso, caracterizar-se como uma lei-quadro para onde serão feitas remissões no futuro pelos diplomas que criem tipos legais nos quais se cominem coimas²⁵⁸.

Aliás, foram publicados alguns diplomas pelo IV Governo Constitucional onde se consagravam tipos legais que cominavam coimas. É o caso, por exemplo, do Decreto-Lei n.º 308/79, de 20 de Agosto, diploma destinado a garantir maior eficiência à defesa dos terrenos de maior aptidão agrícola (artigo 14.º). Todavia, a maior parte dos diplomas oriundos do mesmo Governo continuou a utilizar a terminologia tradicional de contravenções sancionadas por multa, sem atender à nova disciplina do ilícito de mera ordenação social²⁵⁹.

²⁵⁶ Exemplifica mais à frente o mesmo preâmbulo: «Assim, o ordenamento criado implicaria desde já alterações mais ou menos sensíveis na actividade e organização de vários serviços de administração, que passariam eles próprios a aplicar as sanções previstas no diploma. Impor-se-ia assim uma prévia readaptação das entidades intervenientes, com exacta identificação dos problemas que teriam de ser enfrentados e que deveriam estar resolvidos, quando o novo ordenamento entrasse em vigor».

²⁵⁷ É o que se afirma no próprio preâmbulo: «Não tendo tal acontecido, e nem sequer tendo sido fixada uma *vacatio legis* superior à normal, em função do tempo que se tivesse previsto como necessário para o efeito, impõe-se revogar a disposição atrás citada [...].» Veja-se também o artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 232/79.

²⁵⁸ Lê-se no n.º 6 do preâmbulo: «A consagração do regime geral relativo às contra-ordenações tem como finalidade imediata permitir à Administração recorrer à cominação de uma coima para garantir a eficácia dos comandos normativos nos domínios já mencionados. *Destina-se, assim, naturalmente a vigorar para o futuro*, sendo, por exemplo, de esperar que a curto prazo se venha a estender às práticas restritivas da concorrência» (o itálico é nosso).

A solução de aplicar a lei das contra-ordenações ao domínio das práticas restritivas de concorrência foi adoptada na Alemanha Federal. Cf. Prof. Eduardo Correia, «Introdução ao direito penal económico» (com a colaboração de J. Faria Costa), in *Revista de Direito e Economia*, ano III, (1977), p. 16, n. 50.

²⁵⁹ Vejam-se, por exemplo, os artigos 7.º a 11.º do Decreto-Lei n.º 205/79, de 4 de Julho, artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 230/79, de 23 de Julho, artigo 7.º, n.º 4, do «Regulamento do café e seus sucedâneos», aprovado pelo Decreto-Lei n.º 245/79, de 25 de Julho, artigo 43.º do Regulamento de Apresentação e Comercialização de Aves, Suas Carnes e Miudezas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 302/79, de 18 de Agosto. Qualquer destas normas sancionatórias parece integrar-se no vulgarmente designado direito penal administrativo.

23. A publicação do Decreto-Lei n.º 232/79 não passou despercebida aos olhos da doutrina nacional. Deve, porém, dizer-se que a revogação posterior dos n.ºs 3 e 4 do seu artigo 1.º diminuiu consideravelmente o impacto que, de outra forma, certamente teria tido.

Assim, o Prof. Cavaleiro de Ferreira escreve a este propósito: «Recentemente foi publicado em Portugal o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, que instituiu o ilícito de mera ordenação social.

«A regulamentação das contra-ordenações, por referência ao direito penal, mostra que é impossível deixar de ver nas contra-ordenações o que elas efectivamente são — infracções penais administrativas. A renúncia de lei a fixar uma distinção material, delimitando de maneira nominal crime e contra-ordenação confirma o juízo que fica formulado.

«É também de criticar que, aceitando princípios gerais do direito penal com algumas alterações quanto às contra-ordenações, o Decreto-Lei n.º 232/79 os defina em função de eventual e futura disciplina do direito penal, agravando as dificuldades de aplicação corrente da lei»²⁶⁰.

O mesmo penalista procura averiguar se o movimento de autonomização das contra-ordenações face ao direito penal é devido «a motivos de oportunidade ou motivos de diferenciação essencial de duas formas de ilícito». Refere também a evolução histórica que, partindo de uma certa sobreposição do Direito Penal e do Direito Administrativo nos Estados absolutistas do séc. XVIII, levou a doutrina germânica a buscar como base doutrinal para expansão da nova forma de ilícito uma concepção de «diferenciação qualitativa do crime, que ora assentaria na inexistência do bem jurídico tutelado, mas tão-somente no interesse da Administração, ora na sanção do ilícito administrativo de mera desobediência ou em que a importância do bem jurídico tutelado seria de reduzida importância; sempre, porém, acentuada a carência do valor ético»²⁶¹.

Do ponto de vista de política legislativa, discorda o Prof. Cavaleiro de Ferreira da orientação acolhida de administrativização da aplicação das coimas, referindo: «É evidente que a função administrativa do Estado se alargou grandemente, com intervenção cada vez maior, pelo aumento das tarefas do Estado e pela crise da vida colectiva. Esse alargamento das funções administrativas implica a punição da desobediência ou a falta de colaboração necessária dos cidadãos, mas só a desobediência ilegítima pode ser considerada e o sindicato da legitimidade deve pertencer à jurisdição para que se não verifique o absolutismo do poder centrado num único órgão do Estado, quando podem ser postos em perigo direitos fundamentais do homem. E é isto o que acontece com as infracções penais administrativas pois que é também nominal a distinção entre coimas e multas penais. Ambas têm função sancionadora e não civil ou administrativa»²⁶².

Curiosamente, porém, este penalista não formula qualquer juízo acerca da constitucionalidade do diploma em causa, nem se refere, por outro lado, à solução de estabelecimento de recursos para os tribunais judiciais das decisões administrativas sancionatórias²⁶³.

²⁶⁰ *Direito Penal*, lições policopiadas, Universidade Católica, Lisboa, (1979-1980), p. 9.

²⁶¹ *Direito Penal*, p. 11.

²⁶² *Direito Penal*, p. 12. No que toca à análise da distinção legal entre crime e contravenção, o Prof. Cavaleiro de Ferreira entende que a eventual aplicação do Decreto-Lei n.º 232/79 às contravenções e transgressões previstas na lei vigente não acarretaria como consequência o desaparecimento daquela distinção, dada a regra de equiparação abranger apenas as contravenções punidas com sanção pecuniária.

²⁶³ É certo que não aprofunda a matéria, por entender que o regime de apreciação se acha na prática suspenso: «O decreto-lei citado, se aplicado, manteria ainda a distinção entre crimes e contravenções, pelo menos aqueles que fossem puníveis com pena diversa das coimas (nome que o Código Penal dá também à multa das contravenções, posturas e regulamentos municipais no artigo 485.º) embora permitisse a degradação da maior parte das contravenções, e arbitrariamente dos crimes menos graves em ilícito administrativo, suprimindo praticamente o processo jurisdicional na sua aplicação e alargando desmedidamente o poder de Administração.

«Prescindindo da anotação do novo regime, ainda em suspenso [. . .]» (*Direito Penal*, pp. 275-276).

Também recentemente, a Dr.^a Teresa Pizarro Beza teve ocasião de se debruçar sobre a inovação legislativa introduzida pelo Decreto-Lei n.º 232/79. Afastando a objecção possível de que a administrativização da aplicação das coimas seria em si e em qualquer caso um atentado aos direitos individuais — na verdade, está prevista a existência de recursos contenciosos das decisões administrativas sancionatórias para os tribunais judiciais — afirma que a solução de «atribuir aos tribunais comuns a competência para julgar» os recursos interpostos das decisões das autoridades administrativas «revela um compromisso entre essa ideia de total autonomia desse direito de mera ordenação social mais próximo do direito administrativo e a outra ideia de que, no fundo, mesmo esse direito de mera ordenação social pode pôr em causa os direitos individuais de uma forma idêntica ao direito penal, e nessa medida deverá caber ao sistema judicial, que, pelo próprio regime que lhe é imposto (*Constituição*, artigos 220.º e segs.) dá mais garantias de independência e de defesa dos direitos individuais»²⁶⁴.

Depois de analisar alguns aspectos de política legislativa inspirados pela ideia de descriminalização e relativos aos tipos de infracções que devem ser sujeitos ao regime do ilícito de mera ordenação social, aborda a Dr.^a Teresa Pizarro Beza a questão da eventual inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, pondo em destaque a referência a dúvidas na matéria, constantes do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 411-A/79. Por um lado, aventa a hipótese de que possa existir uma *inconstitucionalidade orgânica*, na medida em que compete à Assembleia da República e não ao Governo legislar sobre matéria criminal. Tudo dependerá de saber se o ilícito de mera ordenação social deverá ou não ser considerado para este efeito como matéria criminal. Para esta jurista, «mesmo que não seja rigorosamente direito criminal, no sentido clássico e tradicional do termo, pode dizer-se que as razões que levam a especiais rigores a nível constitucional também se põem em relação à matéria regulada neste diploma»²⁶⁵. Conclui, porém, no sentido de ser duvidosa a questão da eventual inconstitucionalidade orgânica.

Indo mais longe, a Dr.^a Teresa Pizarro Beza suscita a questão de saber se não estará afectado o diploma em causa de uma inconstitucionalidade material, na medida em que tratando-se o direito de mera ordenação social de um «sistema sancionatório que põe em causa, da mesma forma que o direito penal, os direitos e garantias individuais», dever-lhe-iam ser aplicáveis os princípios constitucionais de aplicação judicial das sanções, por um lado, e de proibição de responsabilização objectiva pelo outro. Deixando pendente a questão posta, diz aguardar o resultado do juízo de constitucionalidade a emitir pelos órgãos competentes.

24. Passando agora à apreciação das questões de alegada inconstitucionalidade de normas não revogadas, objecto do presente parecer, deixar-se-á reafirmada a orientação desta Comissão de, em linha de princípio, se dever considerar vinculada a tratar das questões específicas suscitadas pelas entidades que constitucionalmente podem solicitar ao Conselho da Revolução a declaração com força obrigatória geral de quaisquer normas, nos termos do artigo 281.º, n.º 1, da Lei Fundamental, ou pelas entidades que devem ser ouvidas, nos termos do artigo 28.º, n.º 3, do Estatuto da Comissão²⁶⁶.

A opção de tal orientação não implica, todavia, que, na actividade que lhe incumbe nos termos da alínea a) do artigo 284.º da Constituição, a Comissão fique subordinada a uma estrita fixação daquele objecto por um «princípio de pedido» ou análogo. Nesta sua actividade a Comissão deve poder esclarecer quaisquer incidências suscitadas e quaisquer fundamentos jurídico-constitucionais invocados por um certo diploma legal, e de modo algum considerar-se vinculada à forma e aos termos em que tal diploma seja eventualmente disputado pelos interessados (pelas «partes»)²⁶⁷.

²⁶⁴ *Direito Penal*, I, policopiado, 1979-1980, pp. 129-130. O Decreto-Lei n.º 232/79 é analisado a pp. 111 a 156 desta publicação universitária.

²⁶⁵ *Direito Penal*, 1, p. 152. Chama-se aí também a atenção para o facto de as contra-ordenações nunca serem punidas com penas privativas de liberdade poder levar a concluir que se está tendencialmente fora do direito criminal. Mas acrescenta-se:

Por outro lado, o facto de admitir sanções pecuniárias, que podem ir até um nível muito elevado poderá pôr em dúvida a bondade da afirmação «isto não é direito penal, uma vez que não admite prisão e portanto não é matéria de exclusiva competência da Assembleia da República».

²⁶⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho.

²⁶⁷ Parecer n.º 8/79, n.º 3, 2.ª observação, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 7.º vol., 1980, p.

Sucedo no caso presente que o Decreto-Lei n.º 232/79 é um diploma que contém oitenta e um artigos, tendo apenas parte de um deles sido até agora revogado.

Há, por isso, que delimitar as questões a ser tratadas, devendo levar-se em conta, por um lado, o que se escreveu atrás nas divisões II e III, e, por outro, a circunstância de as duas solicitações apresentadas pelo Presidente da Assembleia da República (sob requerimento de dois deputados) e pelo Procurador-Geral da República terem sido elaboradas antes da publicação do Decreto-Lei n.º 411-A/79, isto é, quando o diploma que instituiu o ilícito de mera ordenação social tinha a pretensão de ser imediatamente aplicável às contravenções e transgressões puníveis com sanção pecuniária, previstas na legislação portuguesa vigente.

25. Entende-se, pois, na sequência do atrás exposto, que se deverá sucessivamente analisar:

- a) Questão das alegadas inconstitucionalidades do Decreto-Lei n.º 232/79, decorrentes do seu conteúdo (criação de contra-ordenações e estabelecimento dos limites das coimas pelo Governo, matéria reservada à Assembleia da República);
- b) Questão da alegada inconstitucionalidade orgânica dos artigos 30.º a 66.º do Decreto-Lei n.º 232/79, por se tratar de normas de atribuição de competência aos tribunais, matéria da competência reservada da Assembleia da República [artigo 167.º, alínea j) da Constituição].

V

26. Começamos, pois, por analisar a existência das alegadas inconstitucionalidades do Decreto-Lei n.º 232/79, decorrentes do conteúdo das respectivas disposições legais.

Com efeito, escreve-se no requerimento que está na origem da solicitação do Presidente da Assembleia da República, para fundamentar a apreciação global de constitucionalidade:

Considerando que tal diploma legislativo do Governo introduz uma profunda alteração no universo penal e penal-processual português;

Considerando que, ao desqualificar como crimes e penas, infracções e sanções que o eram, o Governo invadiu a esfera de competência legislativa reservada da Assembleia da República — artigo 167.º, alínea e), da Constituição da República Portuguesa —, pois cabendo a esta definir os crimes e as penas compete-lhe igualmente, e só a ela, retirar essa qualificação a factos e a sanções anteriormente considerados como tais²⁶⁸.

Ora, parece resultar destes considerandos que está globalmente posta em causa a alegada natureza não criminal do ilícito de mera ordenação social, tal como é expressamente afirmada pelo legislador²⁶⁹. A interpretação mais razoável dos dois considerandos sucessivos acima transcritos parece levar à conclusão de que, independentemente da posterior exclusão legislativa da solução de aplicar o diploma imediatamente às contravenções e transgressões previstas nas leis vigentes, o Presidente da Assembleia da República assumiu como sua a alegação de que a natureza do direito de mera ordenação social é criminal e que, portanto, a transformação de crimes ou contravenções em contra-ordenações é matéria da exclusiva competência da Assembleia da República, assim como parece ser a própria criação de novas contra-ordenações.

O que leva, forçosamente, à interpretação da alínea e) do artigo 167.º da Constituição e à discussão da natureza do ilícito de mera ordenação social.

27. Pelo que se refere à interpretação da alínea e) do artigo 167.º, recordar-se-á, antes de tudo, o teor desta disposição constitucional:

348 (no mesmo sentido, pareceres n.ºs 30/79, de 16 de Outubro, n.º IV, e 7/80, de 20 de Março, n.º 4).

²⁶⁸ Requerimento a fl. 5 dos autos de parecer n.º 33/79, desta Comissão.

²⁶⁹ «É nesta base que assenta o regime previsto no presente decreto-lei, sintonizado com a lição do direito comparado e com os ensinamentos da doutrina.

Está em causa um ordenamento sancionatório distinto do direito criminal». (Preâmbulo, n.º 4).

É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias:

.....
e) Definição dos crimes, penas e medidas de segurança e processo criminal, salvo o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 148.º

Os Drs. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que esta disposição abrange «*toda a matéria criminal, com excepção da aí referida, que parece abranger a definição dos crimes essencialmente militares e respectivas penas, bem como o processo criminal junto dos tribunais militares* (artigo 218.º/1)»²⁷⁰

Também a propósito do artigo 27.º da Lei Fundamental, os mesmos comentadores escrevem:

A privação da liberdade, ressalvadas as excepções previstas no n.º 3, está sujeita a uma dupla reserva: reserva de lei e reserva de decisão judicial. A reserva de lei impõe que seja uma lei — lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado [artigos 167.º, alínea c) e 168.º] — a definir as penas e medidas de segurança; a reserva de decisão judicial implica a proibição de medidas administrativas de privação de liberdade e, mesmo nas medidas judiciais, exige-se que a prisão seja expressamente prevista como pena para o crime por que o cidadão é condenado ²⁷¹.

É pacífico, pois, face à redacção do texto constitucional que a definição de crimes, penas criminais e medidas de segurança é da exclusiva competência da Assembleia da República²⁷². Resta saber se tal competência se estenderá a certos domínios tradicionalmente incluídos no Direito Penal, como seja, nomeadamente, o das contravenções²⁷³.

Ora, a Comissão Constitucional tem-se inclinado em diferentes ocasiões para a solução de considerar que a definição das contravenções não é da competência exclusiva da Assembleia da República, embora num primeiro momento se inclinasse para a solução contrária²⁷⁴.

Será de manter esta orientação?

Antes de respondermos, convirá dizer que na nossa doutrina penalista, o Dr. José de Sousa e Brito sustentou que «a exigência constitucional de conexão formal entre as penas e as medidas de segurança e os respectivos pressupostos permite interpretar a alínea e) do artigo 167.º no sentido de abranger não só os crimes e os pressupostos das medidas de segurança mas também as contravenções. Assim se deve decidir um ponto em que a doutrina da Comissão Constitucional tem sido contraditória»²⁷⁵.

²⁷⁰ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 334.

²⁷¹ *Constituição*, pp. 93-94.

²⁷² Exclui-se, claro, a definição de crimes, penas e medidas de segurança de competência do Conselho da Revolução [artigo 148.º, n.º 1, alínea a), da Constituição].

²⁷³ Recorde-se que o artigo 1.º do Código Penal vigente consagra uma moção lata de «crime», «delito», ou infracção criminal na qual parecem caber *os crimes em sentido próprio, e as contravenções*: cf. Prof. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, pp. 217 e segs.

²⁷⁴ A posição inicial referida considerava incluída na noção constitucional de «definição de crime» a matéria das infracções contravencionais, puníveis com sanções pecuniárias. Cf. parecer n.º 2/76, in *Pareceres*, I, pp. 23 e segs. Porém, a partir do parecer n.º 19/77, passou a reputar «seguro que a competência reservada pela Constituição à Assembleia da República [artigo 167.º, alínea e)] não abrange a matéria de contravenção [. . .]» (*Pareceres*, 2.º vol., p. 149). Neste parecer, invoca-se em abono desta solução a prática constitucional francesa após 1958. No mesmo sentido, vejam-se ainda os pareceres n.º 28/77 (*Pareceres*, 3.º vol., p. 256), 28/78 (in *Pareceres*, 7.º vol., p. 15), bem como os acórdãos n.ºs 159 (in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 292, pp. 247 e segs.), e 164 (in *Apêndice ao Diário da República*, de 31 de Dezembro de 1979, pp. 78 e segs.).

Quanto à fixação por decreto-lei do Governo dos pressupostos de aplicação de medidas de segurança, veja-se o parecer n.º 3/76 da Comissão Constitucional (in *Pareceres*, 1.º vol., pp. 31 e segs.) e a crítica que lhe tece o Dr. José de Sousa e Brito, in «A Lei Penal na Constituição» [artigos 29.º, n.º 1, 23.º, n.º 4.º; 167.º, alínea e)], in *Estudos Sobre a Constituição*, 2.º vol., 1978, pp. 235 e segs.

²⁷⁵ «A Lei Penal na Constituição», in *Estudos* cit., 2.ª vol., pp. 237-238 (os itálicos são nossos).

No n. 74 deste estudo refere-se a evolução da doutrina constitucionalista francesa na matéria, a qual

Em matéria criminal, porém, o mesmo autor admite que devam distinguir-se, por um lado, «a determinação dos pressupostos das penas e medidas de segurança que é exigida pela definição de umas e outras, em face do princípio de conexão expresso no artigo 29.º» e, por outro, «a definição destes pressupostos, nos termos em que a alínea e) do artigo 167.º a exige para os crimes». Neste sentido invoca a prática constitucional portuguesa anterior à Constituição de 1933, bem como a doutrina nacional, as quais «sempre entenderam que o princípio da legalidade das penas, expresso no § 10.º do artigo 145.º da Carta e reproduzido, em idêntico teor, no n.º 21 do artigo 3.º da Constituição de 1911, não era violado pela aplicação de penas a contravenções e crimes determinados em regulamentos administrativos e posturas municipais, desde que dentro dos limites da lei»²⁷⁶. E na vigência da Constituição de 1933, este entendimento não foi alterado²⁷⁷. Valerá, porém, a pena chamar a atenção para a circunstância de, por um lado, a Constituição de 1933 ter adoptado o princípio de equiparação às leis do órgão parlamentar dos decretos-leis do Governo (artigo 109.º) e, por outro, o facto de só na revisão de 1971 se ter estabelecido o princípio da competência exclusiva da então Assembleia Nacional para «definição das penas criminais e das medidas de segurança» [artigo 93.º, alínea e)]²⁷⁸.

Face ao que acaba de dizer-se, afigura-se-nos que o texto da Constituição vigente deve ser interpretado à luz da evolução a partir da solução consagrada na revisão de 1971 na mesma matéria²⁷⁹. Assim, enquanto a anterior Lei Constitucional reservava, a partir de 1971, à exclusiva competência da assembleia parlamentar apenas a definição das penas criminais e das medidas de segurança, a actual Constituição inclui nessa reserva de competência a própria definição dos crimes e o processo criminal²⁸⁰. A extensão da previsão é patente, mas não há elementos concludentes no sentido de interpretar aquela previsão extensivamente, de forma a abranger aí a matéria contravencional.

Por tal motivo não nos repugna acompanhar o Dr. Sousa e Brito, quando afirma que «é difícil conceber que o legislador constitucional tenha querido retirar ao Governo e aos órgãos legislativos e regulamentares das regiões autónomas e das autarquias locais todo o poder de criar contravenções e de sancionar, assim, penalmente, algumas das disposições genéricas dos seus órgãos legislativos e regulamentares. A eficácia do executivo, a autonomia regional e local, que são princípios constitucionais, seriam gravemente afectados»²⁸¹.

entende que a reserva de lei do artigo 34.º da Constituição de 1958 não abrange as contravenções. Vejam-se, também, G. Stefani e G. Levasseur, *Droit Penal General*, 9.ª ed., 1976, p. 89, n. 2.

²⁷⁶ «A Lei Penal na Constituição», *Estudos* cit., 2.º vol., p. 239. Vejam-se igualmente os artigos 484.º a 486.º do Código Penal vigente, normas puramente remissivas para «as leis e regulamentos administrativos e de polícia» em vigor em 1886 ou para as normas regulamentares futuras, embora neste último caso estabelecendo limites máximos para as penas das contravenções de polícia.

²⁷⁷ «Os limites da lei eram sempre os da competência dos órgãos existentes, devendo negar-se a competência em matérias já reguladas por fonte hierarquicamente superior, e nas posturas e outros regulamentos autónomos o respeito pela medida máxima de pena das contravenções, determinada pelo artigo 486.º do Código Penal e pelas leis administrativas (por último: artigos 52.º, 99.º, 255.º, 408.º do Código Administrativo; artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 41 074, de 17 de Abril de 1957); nos regulamentos administrativos complementares eram, além dos anteriores, ainda os limites assinalados pelas leis ou regulamentos superiores que os permitir ou impuser» (Dr. J. Sousa e Brito, «A Lei Penal . . .» cit., *Estudos*, 2.º vol., p. 239).

²⁷⁸ A alteração constitucional apresentada em 1971 nesta matéria proveio da proposta de lei de revisão constitucional do Governo (proposta de lei n.º 14/X).

A Câmara Corporativa no parecer n.º 22/X pronunciou-se da seguinte forma: «Certamente que não se trata de confiar à Assembleia Nacional competência reservada para definir concretamente as infracções a que a cada tipo de pena ou de medida de segurança corresponderá. A ser assim, a proposta teria tido em vista conferir à Assembleia poderes reservados para formular em pormenor praticamente toda a parte especial do Código Penal, como sucede em França [. . .]. Mas entre nós apenas se deseja que ao Parlamento caiba, limitadamente, a aprovação dos princípios gerais e a definição das penas criminais e das medidas de segurança.» (Ponto 115; parecer relatado pelo Prof. A. Rodrigues Queiró, in *Direito Constitucional — Textos — Revisão Constitucional*, edição policopiada AAFDL, 1970, p. 216).

²⁷⁹ O Dr. José de Sousa e Brito não refere a alteração do texto constitucional em 1971.

²⁸⁰ Cf. também artigos 21.º, n.ºs 1 e 2, e 29.º, n.ºs 1 a 3, da actual Constituição.

²⁸¹ «A Lei Penal . . .» cit., in *Estudos*, 2.º vol., p. 240.

Porém, não se nos afigura isenta de toda a dúvida a tese sustentada a seguir pelo mesmo autor de que só a Assembleia da República, como «assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses» tem legitimidade para exigir os «sacrifícios graves dos bens jurídicos correspondentes a direitos do homem»²⁸². Se isso assim é para as penas criminais, já se suscitam certas dificuldades quanto às penas contravencionais e disciplinares, não obstante os sacrifícios que a aplicação de quaisquer destas duas espécies possa acarretar para a pessoa sancionada.

Em todo o caso, depois de ponderarmos os argumentos constantes da orientação mais recente desta Comissão Constitucional bem como os avançados pelo Dr. Sousa e Brito, entendemos que não há razões substanciais para admitir que esteja constitucionalmente reservada à Assembleia da República a competência para definir contravenções, podendo mesmo tal matéria ser atribuída às regiões autónomas e autarquias locais. Afigura-se-nos, por isso, constitucional o entendimento de que o Governo tem competência legislativa concorrente na matéria.

No que respeita à competência regulamentar do Governo, dos órgãos das regiões autónomas e das autarquias locais, parece-nos inteiramente justificado que se defenda que tal competência regulamentar não possa ir mais longe do que estabelecer «a especificação dos elementos de facto das contravenções (ou dos pressupostos das medidas de segurança) *que sejam genericamente previsíveis com base na lei regulamentada*»²⁸³, e dentro sempre dos limites máximos de penas previstos na lei.

Todavia no que toca à questão de saber se o estabelecimento do quadro geral das penas aplicáveis às contravenções deve caber em exclusivo à Assembleia da República, entendeu a Comissão Constitucional não ser absolutamente indispensável tomar posição neste contexto sobre ela²⁸⁴.

Nesse contexto, escreveu-se no citado parecer: «A definição das contravenções não constitui matéria de exclusiva competência da assembleia, à qual no entanto, compete fixar com carácter genérico, as penas aplicáveis em tal caso» (in *Pareceres*, 7.º vol., p. 15). Esta afirmação é feita por referência à alínea e) do artigo 167.º da Constituição.

Prevaleceu, assim, o entendimento de que a expressão «penas» é utilizada na alínea e) do artigo 167.º da Lei Fundamental no sentido restrito de penas criminais ou penas aplicáveis a crimes²⁸⁵.

Coerentemente com a solução agora apontada, prevaleceu igualmente o entendimento de que o Governo pode fixar livremente as coimas aplicáveis aos diferentes casos de ilícito contra-ordenacional, não sendo procedentes os argumentos que possam impor o entendimento de que a Assembleia da República tem competência exclusiva na matéria.

Por um lado, é possível defender que a coima não tem a natureza de pena

²⁸² «A Lei Penal . . .» cit., in *Estudos*, 2.º vol., p. 240.

²⁸³ Dr. J. Sousa e Brito, estudo citado, in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., p. 241. No mesmo sentido, Dr. M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português*, 4.ª ed., 1979, p. 827. Sobre o poder regulamentar das regiões autónomas, veja-se o parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 144/78, de 19 de Outubro, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 285, pp. 76 a 87 (no sentido da aplicação por extensão analógica do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 41 074, de 17 de Abril de 1957).

²⁸⁴ Em sentido diverso, chegou a pronunciar-se já esta Comissão, embora de forma incidental, no parecer n.º 28/78. Estava em causa a apreciação do artigo 14.º da Lei das Finanças Locais (Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro), disposição que autoriza as autarquias locais a «cominar multas por infracções de posturas ou regulamentos sobre matérias da sua competência sempre que tenham disposição preventiva de carácter genérico e execução permanente» (n.º 1). Os limites fixados são 10 000\$ para municípios e 5000\$ para freguesias, nem podendo, em qualquer caso, «exceder o valor das multas cominadas por autarquias de grau superior, ou pelo Estado, para o mesmo tipo de infracção».

Neste contexto, escreveu-se no citado parecer: “ *A definição das contravenções não constitui matéria de exclusiva competência da assembleia, à qual no entanto, compete fixar com carácter genérico, as penas aplicáveis em tal caso*” in *Pareceres*, 7º vol.,p.15) Esta afirmação é feita por referência à alínea e) do artigo 167º da Constituição.

²⁸⁵ Cf. também Dr. G. Marques da Silva, «Algumas notas sobre a consagração dos princípios da legalidade e da jurisdicionalidade na Constituição da República Portuguesa» (artigos 27.º, n.º 2, 29.º, n.ºs 1 a 4, 167.º, alínea e), 218.º, n.º 2, e 309.º), in *Estudos sobre a Constituição*, 2.º vol., 1978, pp. 255-263. Este autor não aborda a questão da inclusão ou não inclusão da matéria contravencional na reserva de lei da alínea e) do artigo 167.º. Entende, por outro lado, que compete sempre à Assembleia da República a definição dos pressupostos das medidas de segurança, ainda que não privativas de liberdade.

criminal ou contravencional, bastando acentuar o carácter formal da própria noção de coima e a sua finalidade não expiatória, mera advertência de dever (na doutrina alemã, *Pflichtenmahnung*)²⁸⁶. A sua natureza é, assim, diversa da pena criminal ou mesmo contravencional, estando excluída em qualquer caso a conversão da coima não paga em prisão.

Por outro lado, o legislador constituinte teria tido em vista, na alínea e) do artigo 167.º, somente as penas criminais. Assim sendo, o Governo tem competência legislativa normal e concorrente com a da Assembleia da República, não havendo obstáculos a que, no exercício de tal competência, crie contra-ordenações, cominando as coimas que se lhe afigurarem mais adequadas.

28. É altura de nos debruçarmos sobre a natureza do chamado ilícito de mera ordenação social²⁸⁷.

Tal averiguação será feita de forma sumária, bastando-nos aqui averiguar, para os limitados efeitos deste parecer, se as contra-ordenações são verdadeiros crimes ou antes infracções de natureza meramente contravencional ou análoga, tendo sempre assente a interpretação acima ensaiada quanto à alínea e) do artigo 167.º e à posição assumida de não inclusão da definição de contravenções naquela reserva de competência consagrada na aludida alínea.

Historicamente, a designação e regulamentação das contra-ordenações e do chamado ilícito de mera ordenação social tem a sua origem na evolução da dogmática penal alemã e da evolução legislativa no período subsequente à II Guerra Mundial, coroando a teorização que vinha sendo feita desde o início do século, em matéria do chamado direito penal administrativo. Como escreve Jescheck: «Depois de 1945 surgiu, ao lado dos crimes, delitos e contravenções, uma quarta categoria de violações, que são cominadas com sanção estadual repressiva: as contra-ordenações. Estas retomam o velho direito penal administrativo de uma forma mais alargada e adequada às exigências do Estado de Direito»²⁸⁸. Sobre o chamado direito penal administrativo, vejam-se Prof. Beleza dos Santos, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal* (obra incompleta, lições de 1946-1947), Coimbra, 1968, pp. 84 e segs. e artigo sobre a questão publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 5.º (1945), pp. 39-59; Prof. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* (1940), pp. 158 e segs.; Prof. Afonso R. Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, I, 1976, pp. 175 e segs.

Ora na Alemanha Federal (e também, ao que parece, na República Democrática Alemã) o movimento de autonomização do ilícito de mera ordenação social completou-se, relativamente ao domínio do direito penal clássico. Tal autonomização operou-se quer a um nível legislativo quer, pelo menos em certa época, a um nível técnico-dogmático, já que chegou a entender-se sem discrepâncias que tal autonomização corresponderia a uma diferença de natureza do próprio ilícito. Ultimamente, porém, boa parte da doutrina penalista alemã parece inclinar-se para uma concepção mais moderada, que vê uma mera diferença quantitativa entre o ilícito criminal e o ilícito de mera ordenação social. É assim que o referido penalista Jescheck reconsidera uma posição por si defendida há duas décadas, de ver nas contra-ordenações uma pura «negligência incolor do ponto de vista ético-social», admitindo que o que distinguirá a infracção contra-ordenacional da infracção

²⁸⁶ Historicamente, em Portugal as coimas (do étimo *latino* calumnia) eram penas pecuniárias impostas aos culpados de certos delitos e que revertiam, na Idade Média, para o fisco e para o queixoso ou seus familiares. Apareciam nos forais e teriam tido origem no *fredum* germânico, não representando a integral expiação dos crimes, mas aparecendo associadas a outras penas (pena capital, penas corporais ou de prisão). Cf. Dr.ª Iria Gonçalves, voc. coima, in *Dicionário da História de Portugal*, 1.º vol., p. 606. Com a evolução dos tempos, tendeu a fixar-se o uso do vocábulo para designar uma multa cominada para uma transgressão a uma postura municipal. Cf. artigo 485.º do Código Penal.

²⁸⁷ Sobre esta matéria, vejam-se Prof. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I e, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Boletim da Faculdade de Direito*, XLIX (1973), pp. 257 e segs., e Prof. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 1969, pp. 383 e segs., ou *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 1976, p. 190, n. 8.

²⁸⁸ Lehrbuch *cit.*, p. 44.

Sobre o chamado direito penal administrativo, vejam-se Prof. Beleza dos Santos, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal* (obra incompleta, lições de 1946-1947), Coimbra, 1968, pp. 84 e segs. E artigo sobre a questão publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 5º (1945), pp.39-59; Prof. Cavaleiro de Ferreira, *Lições de Direito Penal* (1940)), pp. 158 e segs.; Prof. Afonso R. Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, I 1976 pp. 175 e segs.

criminal será a «falta de um alto grau de censurabilidade do comportamento subjectivo do agente, o qual só por si funda o juízo de desvalor ético-social grave da pena criminal»²⁸⁹. E, muito recentemente, H. J. Hirsch admitiu ser já duvidoso saber se a própria autonomização formal do direito das contra-ordenações é efectivamente um progresso, tal como tem vindo a ser enaltecido desde há muito. Segundo este autor, em matéria de contra-ordenações «é entretanto impossível de desconhecer uma desilusão. Esta baseia-se na circunstância de que a retirada formal do direito penal abriu aqui ao legislador a possibilidade de intensificar uma penalização inflacionária, liberto de escrúpulos de política penal. Acresce que se vem cada vez mais verificando que as autoridades administrativas frequentemente baseiam as suas decisões sancionatórias em averiguações totalmente insuficientes e com isso colocam o cidadão atingido em pior situação, em termos de processo, do que sucederia em processo judicial sumário»²⁹⁰.

29. As observações sumárias que deixámos acima referidas acerca da evolução legislativa e doutrinal alemãs, ajudam-nos a encarar a natureza do ilícito de mera ordenação social entre nós.

Para o legislador português — ao que parece único legislador europeu que seguiu até agora a solução germânica — o direito de mera ordenação é um *aliud* relativamente ao direito penal, um ramo diverso, um «ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal».

Como se afirma em múltiplos passos do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 232/79, as infracções às leis vigentes nos domínios da economia, saúde, habitação, cultura e ambiente normalmente não atingirão relevo penal, antes configurando «uma forma autónoma de ilicitude que reclama um quadro próprio de reacções sancionatórias e um novo tipo de processo» (n.º 2)²⁹¹.

Para o legislador português, as contravenções «tradicional e indevidamente integradas no ordenamento jurídico-penal», deverão passar a ter a sua sede natural no direito de mera ordenação social. Quer dizer, com a instituição do ilícito de mera ordenação social visou-se descriminalizar muitas infracções, apontando-se para a aplicação administrativa das sanções pecuniárias cominadas para as contravenções. Repare-se que doutrinalmente, mesmo antes da publicação do Decreto-Lei n.º 232/79, já era corrente o ensinamento de que as contravenções pertenciam substancialmente ao direito de mera ordenação²⁹².

Em vez das sanções administrativas — vulgarmente entendidas como as «reacções impostas sem quaisquer garantias processuais, independentemente de toda a ideia

²⁸⁹Lehrbuch cit., p. 45. E o mesmo autor acrescenta: «Porque se trata de diferença de grau e não de essência, torna-se explicável que o legislador fora do domínio nuclear do Direito Penal deva decidir segundo pontos de vista programáticos, em que parte do direito sancionatório deve incluir uma violação ou se esta pode ficar totalmente sem sanção repressiva. Todavia, através da mera diferenciação quantitativa não fica excluída a aceitação de um ramo de direito autónomo, no qual não são aplicáveis sem mais todas as regras do Direito Penal». No sentido de que se trata de uma mera diferença quantitativa de ilícitos, vejam-se igualmente G. Stratenwerth, *Strafrecht — Allg. Teil*, I, 12.ª ed., 1976, p. 34, e Eberhard Schmidhauser, *Strafrecht — Allg. Teil*, 2.ª ed., 1975, p. 258.

²⁹⁰

«Zur Behandlung der Bagatelldeliktalität in der Bundesrepublik Deutschland», in *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92-B, 1980, p. 243. O mesmo autor considera digno de nota que nenhuma legislação estrangeira haja aproveitado a ideia de separação do direito das contra-ordenações (n.º 80, *ibidem*). Não tem manifestamente conhecimento da tentativa nesse sentido do nosso Decreto-Lei n.º 232/79! Em sentido diverso se pronuncia nesta matéria Peter Hunerfeld, «A pequena criminalidade e o processo penal», in *Revista de Direito e Economia*, ano IV, n.º 1, p.31.

²⁹¹

Considerações análogas encontram-se noutras ordens jurídicas europeias, as quais não têm sentido até agora a necessidade de autonomizar um ilícito de mera ordenação social. O que é mais frequente é a tendência para a *administrativização* de parte do ilícito contravençional. Assim, para a Itália vejam-se Bettiol, *Direito Penal — Parte Geral*, tradução portuguesa, II, 1970, p. 66 (com referência à posição doutrinal de Minervini) e M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, 1970, pp. 1308 e segs.; para a França, Georges Vedet, *Droit Administratif*, 6.ª ed., 1976, p. 806 e G. Stefani e G. Levasseur, *ob. cit.*, pp. 82 e segs.; na Grã-Bretanha, a doutrina penalista não tem sido insensível à distinção entre os crimes com acentuado desvalor ético-social e as *public welfare offences*, infracções que não são *mala in se*, mas *mala prohibita* (cf. Glanville Williams, *Criminal Law*, 2.ª ed., Londres, 1961, pp. 217 e segs.). Relativamente à vizinha Espanha, proliferam as multas administrativas, interrogando-se a doutrina penalista e administrativista sobre os limites das sanções penais e administrativas e a separação das multas coactivas impostas pela administração. Cf. a notícia que dá Miguel Bajo, *Derecho Penal Económico Aplicado a la Actividad Empresarial*, Madrid, 1978, p. 87 e segs.

²⁹² Prof. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, pp. 22 e segs.; Prof. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilicitude* citada, p.384.

de culpa, de tipicidade ou de ponderação de circunstâncias que possam excluir a ilicitude ou a censura, mesmo social, de um comportamento humano» — as coimas ou sanções pecuniárias correspondentes às contra-ordenações pressupõem uma censura social a qual não implica na sua expressão «um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delinquente, mas exprime, apenas, uma advertência de que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social»²⁹³.

Com o material carreado podemos formular o juízo de que o direito de mera ordenação social pretende ser entre nós um ramo de direito sancionatório público com autonomia legal.

Visando absorver em si a maior parte das contravenções conhecidas na nossa ordem jurídica, pode dizer-se que o direito de mera ordenação social não deve ser visto como direito criminal de justiça, definidor de crimes, não se verificando, por isso, razões substanciais que permitam concluir que deve ser abrangido pela reserva de competência legislativa exclusiva da Assembleia da República, no âmbito da alínea e) do artigo 167.º da Constituição, interpretada extensivamente²⁹⁴.

30. Convirá ter presente que o Decreto-Lei n.º 232/79 é uma pura lei quadro que só terá aplicação quando o legislador for criando contra-ordenações em legislação posterior.

Neste juízo genérico sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 232/79, vale a pena referir brevemente duas questões: a da admissibilidade constitucional da responsabilidade objectiva no domínio contra-ordenacional (artigo 1.º, n.º 2) e a da constitucionalidade da responsabilidade das pessoas colectivas ou equiparadas (artigo 7.º).

A nossa melhor doutrina penalista vem ensinando que o chamado «princípio da culpa» tem dignidade jurídico-constitucional, decorrendo das exigências de um Estado de Direito democrático e de normas como a do artigo 26.º, n.º 1, da Constituição²⁹⁵.

Uma objecção possível à constitucionalidade do diploma é a que se prende com a previsão no n.º 2 do artigo 1.º de que «a lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada independentemente do carácter censurável do facto»²⁹⁶. Vigorando constitucionalmente o princípio da culpa em direito penal, será constitucional uma norma que preveja a responsabilidade objectiva no domínio das contra-ordenações?

Convirá, porém, chamar a atenção para o facto de que o n.º 2 do artigo 1.º é uma pura norma remissiva para disposições legais futuras, relativamente à qual o legislador sentiu a necessidade de incluir na lei quadro sobre contra-ordenações, na medida em que aí consignou a «parte geral» deste domínio legislativo. É pertinente, pois, a dúvida sobre se aquela norma em si poderá ou não ser objecto de um juízo de constitucionalidade dotado de sentido útil.

Sucede, porém, que sendo vontade expressa do legislador consagrar um ilícito diverso do ilícito penal, sempre se poderia duvidar de que o princípio da culpa que vigora para crimes e contravenções²⁹⁷ tivesse necessariamente de valer para o domínio das contra-ordenações, nomeadamente quando se afirma que estas últimas constituem um *aliud* relativamente aos crimes.

Finalmente, sempre se dirá que é duvidoso que se trate de uma pura responsabilidade objectiva, ainda que excepcional. Por um lado, porque se entende que

²⁹³ Prof. Eduardo Correia, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Boletim* cit., XLIX, pp. 269 a 271.

²⁹⁴ Ao lado das incriminações que se devem conter no Código Penal, mas sem se confundirem com as normas do direito de mera ordenação social, fala-se hoje também *de um* direito penal secundário *ou* especial. Cf. Prof. Figueiredo Dias, «Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente», in *Revista de Direito e Economia*, IV, n.º 1, pp. 10-11.

²⁹⁵ Assim Prof. Figueiredo Dias, «Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente» citado, in *Revista de Direito e Economia*, IV, n.º 1, p. 17, n. 3; Dr. J. Sousa e Brito, estudo cit., in *Estudos Sobre a Constituição*, 2.º vol., pp. 199 e segs.

²⁹⁶ Cf. artigo 8.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 232/79 (a solução inspira-se no § 1.º, n.º 2, da OWiG).

²⁹⁷ Coisa diversa teria sucedido se se mantivessem em vigor os n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79. Sobre a imputação subjectiva em termos de dolo ou culpa no direito vigente sobre contra-ordenações, veja-se Prof. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, pp. 222-223. No direito constituído, veja-se igualmente o n.º 7 do artigo 44.º do Código Penal.

«uma censura ou advertência, mesmo social, supõe também uma imputação subjectiva»²⁹⁸ no domínio contra-ordenacional. Por outro lado, porque talvez se possa entender que o legislador poderá ter querido ressaltar a futura estatuição de presunções de negligência para certos tipos de contra-ordenações, presunções essas que admitirão sempre prova em contrário²⁹⁹.

Por estas razões, não nos parece possível concluir no sentido da inconstitucionalidade material da citada disposição.

31. Igualmente nos parece impossível considerar materialmente inconstitucional a responsabilização das pessoas colectivas ou equiparadas pelas contra-ordenações praticadas pelos respectivos órgãos no exercício das suas funções (artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 232/79). Tratando-se de um domínio alegadamente diverso do direito penal, em que existe uma censura puramente social ou uma advertência a que não está ligado qualquer sentido ético, pode perfeitamente admitir-se, ao lado do princípio da culpa, a responsabilização das pessoas colectivas, as quais deverão suportar as coimas que lhes vierem a ser impostas³⁰⁰. Sucede mesmo que o nosso direito penal, no âmbito de leis extravagantes ou secundárias, admite a responsabilidade penal das pessoas colectivas, não tendo conhecimento de que se tenham até agora suscitado dúvidas sobre a constitucionalidade de preceitos específicos na matéria³⁰¹.

VI

32. Reservámos para a parte final deste parecer a análise da questão posta pelo Procurador-Geral da República, da alegada inconstitucionalidade dos artigos 30.º a 66.º do Decreto-Lei n.º 232/79.

Como se pode ver da leitura do diploma, encontra-se este dividido em duas partes, com vários capítulos cada:

Parte I — Da contra-ordenação e da coima em geral (artigos 1.º a 29.º):

Capítulo I — Âmbito de vigência.

Capítulo II — Da contra-ordenação.

Capítulo III — Da coima e das sanções acessórias.

Capítulo IV — Prescrição.

Parte II — Do processo de contra-ordenação (artigos 30.º a 81.º):

Capítulo I — Da competência.

Capítulo II — Princípios e disposições gerais.

Capítulo III — Da aplicação das coimas pelas autoridades administrativas.

Capítulo IV — Recurso e processo judiciais.

Capítulo V — Caso julgado e revisão.

Capítulo VI — Processos especiais.

Capítulo VII — Da execução.

Capítulo VIII — Das custas.

Ora os artigos 30.º a 66.º deste verdadeiro Código do Ilícito de Mera Ordenação Social distribuem-se pelos capítulos I a IV da parte n deste diploma.

Serão todas estas disposições inconstitucionais?

33.O Procurador-Geral da República solicitou a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do n.º 3 do artigo 1.º e dos artigos 30.º a

²⁹⁸ Prof. Eduardo Correia, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Boletim* cit. XLIX, p. 274.

²⁹⁹ Prof. Eduardo Correia, *Direito Criminal*, I, p. 223; Prof. Figueiredo Dias, *O Problema da Consciência da Ilícitude*, cit., pp. 384-385. A lei alemã prevê em regra a responsabilização subjectiva a título de dolo ou culpa (§ 10.º, da OWiG).

³⁰⁰ No domínio contravencional, entende-se em Itália que a responsabilização da pessoa colectiva pelo pagamento de multas, prevista nos artigos 196.º e 197.º do Código Penal, tem natureza obrigacional civil. Cf. Luigi Conti, «Contravvenzione», in *Enciclopédia del Diritto*, x, 1962, p. 225.

³⁰¹ Cf. Prof. Figueiredo Dias, «Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente», in *Revista de Direito e Economia*, IV, p. 20, n. 20 e 21. Também no direito alemão se admite a responsabilização das pessoas colectivas (§ 30, da OWiG).

66.º do Decreto-Lei n.º 232/79.

Relativamente ao juízo sobre a alegada inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 1.º, norma revogada pelo Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 11 de Outubro, concluímos em momento anterior que não tinha utilidade prática a formulação de um juízo na matéria (supra, divisão III).

Resta-nos a matéria relativa ao processo de contra-ordenação regulado pelos artigos 30.º a 66.º

Segundo o Procurador-Geral da República, «estabelecendo-se no artigo 30.º e segs. que o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas compete às autoridades administrativas e equiparando-se no artigo 1.º, n.º 3 às contra-ordenações as contravenções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias, retirou-se competência aos tribunais de comarca para conhecerem, em primeira instância, de tais contravenções ou transgressões, competência que lhes adivinha, designadamente, do preceito do artigo 54.º da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro»³⁰².

Se bem se atentar na alegação do Procurador-Geral da República, a inconstitucionalidade dos artigos 30.º e segs. do Decreto-Lei n.º 232/79 parece derivar da existência do n.º 3 do artigo 1.º do mesmo decreto-lei, pelo que poderíamos ser tentados a não versar a questão, dada a posterior revogação desta última disposição. Supomos, porém, que não se deve deixar de abordar a questão da constitucionalidade da administrativização do processo de aplicação das coimas, como solução para o futuro, tanto mais que esta Comissão não se tem considerado vinculada por um «princípio do pedido» ou princípio análogo em matéria de pareceres³⁰³.

Acresce que o Procurador-Geral da República afirma igualmente que os artigos 48.º e segs. e 64.º e segs. se acham afectados de inconstitucionalidade orgânica, na medida em que é atribuída competência aos tribunais de comarca e Relações para conhecer de recursos interpostos de decisões administrativas proferidas nos processos de contra-ordenação, sendo certo que a matéria de competência dos tribunais é da exclusiva competência da Assembleia da República [artigo 167.º, alínea j) da Constituição] e «conhecer em primeira instância ou em recurso são formas e medidas bem diferentes de competência»³⁰⁴.

Parece-nos, assim, indispensável versar, pelo menos, os dois seguintes aspectos:

Constitucionalidade da solução de administrativização do processo das contra-ordenações;

Constitucionalidade das normas atributivas de competência aos tribunais judiciais para conhecer dos recursos interpostos das decisões dos tribunais administrativos.

É o que se passa a fazer.

34. Na esteira do direito alemão³⁰⁵, pretendeu agora o legislador confiar o processo sancionatório das contra-ordenações às autoridades administrativas.

Haverá algum óbice de natureza constitucional a tal orientação legislativa?

Considerando apenas a decisão de confiar às autoridades administrativas a aplicação de sanções às contra-ordenações, entendidas tais sanções e o correspondente ilícito como matéria especialmente administrativa, afigura-se-nos possível entender que não ocorre qualquer inconstitucionalidade neste caso³⁰⁶. Tal afirmação, porém, tem de ser interpretada

³⁰² Requerimento de fl. 8 dos autos de parecer n.º 33/79 desta Comissão.

³⁰³ Remete-se para o que se referiu atrás, *sub v.*

³⁰⁴ Citado requerimento, a fl. 8 dos autos do parecer n.º 33/79.

³⁰⁵ A doutrina constitucionalista alemã e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* têm entendido sem discrepâncias que não briga com o artigo 92.º da Lei Fundamental a solução legislativa de confiar às autoridades administrativas a decisão sancionatória das contra-ordenações, desde que o cidadão afectado possa em via de recurso submeter a legalidade da decisão aos tribunais. Vejam-se Schmidt-Bleibtreu-Klein, *Grundgesetz*, 4.ª ed., 1977, p. 813 e Leibholz-Rinck, *Grundgesetz*, 1975-1979, 6.ª ed., pp. 802-803.

³⁰⁶ A título de curiosidade, anote-se que, no que toca às chamadas *bagatelas penais*, o austríaco Friedrich Nowakowski entende ser pelo menos de constitucionalidade duvidosa a solução de descriminalizar tais bagatelas, relegando-as para o domínio do direito penal administrativo, e excluindo-as do conhecimento de uma autoridade judicial. Isto em virtude de a Áustria ser parte da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo artigo 6.º, n.º 1, impõe que «qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal

em conjugação com o disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 269.º, n.º 2, da Constituição. Inconstitucional seria o entendimento que o legislador porventura tivesse acolhido, de confiar o conhecimento das contra-ordenações a autoridades administrativas, com expressa proibição de recurso contencioso. Mas não foi o que sucedeu.

Não obstante todas as dificuldades doutrinárias que possam subsistir acerca da natureza do ilícito de mera ordenação social e todas as dúvidas pertinentes acerca da possibilidade de encontrar uma diferença de grau entre este ilícito e o ilícito criminal ou penal de justiça — e já sem aludir à problemática da bondade da solução, do ponto de vista de política legislativa acerca da autonomização deste ramo de direito — supomos que não há nenhum preceito constitucional ou de direito internacional convencional que impeça de forma peremptória que o legislador adopte como solução a administrativização no âmbito do ilícito de mera ordenação social, desde que fiquem salvaguardados os recursos aos órgãos judiciais.

De harmonia com o que tem sido a orientação dominante desta Comissão Constitucional, na dúvida dever-se-á presumir a constitucionalidade das disposições legais em exame.

Acresce a esta observação a circunstância de que existem em vigor numerosíssimos diplomas que estabelecem sanções pecuniárias a aplicar pela Administração, em muitos desses diplomas nem sequer se prevendo o recurso contencioso para os tribunais. Mesmo admitindo que parte dessas multas não sancionem ilícito de natureza contravencional³⁰⁷, a verdade é que ainda restam muitas previsões normativas que estabelecem um processo não jurisdicionalizado de aplicação de multas referidas a ilícito contravencional ou ordenativo. E que se saiba não têm até agora sido suscitados problemas acerca da respectiva constitucionalidade.

Pelo exposto, parece-nos que, na dúvida, se deverá considerar constitucional a solução de relegar para a competência das autoridades administrativas a aplicação das coimas e sanções acessórias no domínio do ilícito de mera ordenação social³⁰⁸.

independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [. . .]». O mesmo autor refere que a Áustria fez uma reserva à Convenção, no sentido da manutenção do processo penal administrativo, reserva que tem sido entendida pela doutrina dominante como referida às situações existentes à data da ratificação da Convenção, e não à criação futura pelo legislador de novos casos de submissão àquela forma de processo: cf. *Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich*, estudo incluído no número da revista indicado na n. 71, na p. 292.

Refira-se, por último, que Portugal é parte da mesma Convenção e não formulou qualquer reserva ao artigo 6.º, n.º 1 (cf. Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro).

³⁰⁷ É extremamente difícil distinguir as multas sancionadoras do ilícito contravencional do até aqui chamado direito penal administrativo e certos meios de coacção administrativa estruturalmente idênticos (multas utilizadas como meio compulsório, por exemplo). Sobre estes pontos, vejam-se Prof. Afonso Rodrigues Queiró, «Coacção administrativa», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, 1972, pp. 433-436 e Prof. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª ed., vol. II, pp. 1147-1151. Este último autor distingue penas disciplinares e penas policiais, as quais formariam as penas administrativas, contrapostas às penais. Pura administrativização na aplicação de multas foi a solução recentemente consagrada nos artigos 35.º a 40.º do Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de Setembro (Actividade publicitária).

³⁰⁸ Para a justificação de *jure constituendo* desta solução, veja-se Prof. Eduardo Correia, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Boletim* cit., XLIX, pp. 275 e segs. No preâmbulo do próprio Decreto-Lei n.º 232/79, depois de se considerar que a coima, sanção administrativa, é aplicada pelas autoridades administrativas, diz-se que «para obviar, contudo, a quaisquer perigos ou abusos, submete-se a aplicação da coima a um estrito princípio de legalidade e ressalva-se, sem reservas, um direito de defesa e audiência e um inderrogável direito de recurso para as instâncias judiciais» (n.º 4).

35. Abordemos agora o segundo ponto atrás indicado. Antes de o fazer, notemos que o processo de contra-ordenações como tal não parece poder ser considerado processo criminal, nos termos e para os efeitos da alínea e) do artigo 167.º da Constituição, atento o disposto no artigo 32.º da Constituição e a tradição existente sobre o chamado direito penal administrativo.

Em conformidade com o já várias vezes afirmado, o ilícito de mera ordenação social não se confunde, nos termos do Decreto-Lei n.º 232/79, com o ilícito criminal, pelo que o correspondente processo sancionatório não deve qualificar-se como processo criminal.

Resta saber, porém, se o Governo terá competência legislativa para regular a instância de recurso, a interpor para os tribunais judiciais, e se lhes poderá atribuir competência para conhecer dos mesmos recursos.

Nos termos da alínea j) do artigo 167.º da Constituição, é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre «organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e estatuto dos respectivos magistrados, salvo quanto aos tribunais militares, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 218.º».

Ora no preâmbulo o legislador não pôde ser mais claro, ao afirmar expressamente a sua opção pela solução de criar um recurso a interpor para os tribunais judiciais:

Após algumas hesitações optou-se por atribuir aos tribunais comuns a competência para conhecer do recurso de impugnação judicial³⁰⁹.

Reconhece-se de boamente que a pureza dos princípios levaria a privilegiar a competência dos tribunais administrativos. Ponderadas, contudo, as vantagens e desvantagens que qualquer das soluções irrecusavelmente comporta, considerou-se mais oportuna a solução referida, pelo menos como solução imediata e eventualmente provisória (n.º 5, os itálicos são nossos).

Assim, no artigo 48.º, n.º 1, estabelece-se que «as decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas no decurso do processo são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou das pessoas contra as quais se dirigem». E o n.º 3 do mesmo artigo estabelece que «é competente para decidir do recurso o tribunal previsto no artigo 52.º, que decidirá em última instância».

O artigo 52.º, por seu turno, estabelece no seu n.º 1 que é competente para conhecer do recurso «c juiz de direito da comarca em cuja área tem a sua sede a autoridade que aplicar a coima». E o n.º 2 acrescenta que o juiz decide singularmente.

Por seu turno, o artigo 64.º atribui competência aos tribunais da Relação para conhecerem do recurso que se interpuser da sentença ou do despacho judicial proferido nos termos do artigo 55.º quando:

- a) Foi aplicada ao arguido uma coima superior a 50 000\$;
- b) A condenação do arguido abrange sanções acessórias, salvo se estas consistirem em prestações pecuniárias inferiores a 50 000\$;
- c) O arguido foi absolvido ou o processo foi arquivado em casos em que a autoridade administrativa tinha aplicado uma coima superior a 50 000\$ ou em que tal coima tinha sido reclamada pelo Ministério Público;
- d) A impugnação judicial foi rejeitada;
- e) O tribunal decidiu através de despacho, não obstante o recorrente se ter oposto a tal.

No n.º 2 do artigo 64.º, admite-se que «para além dos casos enunciados no número anterior, poderá a Relação, a requerimento do arguido ou do Ministério Público, aceitar o recurso da sentença, quando tal se afigure manifestamente necessário à melhoria da aplicação do direito ou à promoção da uniformidade de jurisprudência».

Por seu turno, o artigo 66.º, n.º 1, estatui que «se o contrário não resultar deste diploma, a 2.ª instância apenas conhecerá da matéria de direito, não cabendo recurso das suas decisões».

Por outro lado, o artigo 69.º, n.º 1, atribui ainda competência aos tribunais de comarca para a revisão da decisão da autoridade administrativa, nos termos dos artigos 68.º do Decreto-Lei n.º 232/79, e 673.º e segs., do Código de Processo Penal. E os artigos 72.º,

³⁰⁹ No estudo *Direito penal e direito de mera ordenação social*, o Prof. Eduardo Correia preconizava que os recursos judiciais fossem interpostos para os tribunais administrativos (cf. *Boletim*, XLIX, pp. 275 a 277).

73.º, n.ºs 3 e 5, 76.º, n.º 1, e 77.º, n.º 2, por seu turno, atribuem competências aparentemente novas a tribunais de primeira e de segunda instância³¹⁰. Serão estas normas organicamente inconstitucionais, como poderia resultar do teor literal do artigo 167.º, alínea j), da Lei Fundamental?

Foi entendimento da maioria desta Comissão que aquelas normas não estão afectadas pelo vício de inconstitucionalidade orgânica.

Por um lado, a interpretação mais aceitável da alínea j) do artigo 167.º poderá levar à conclusão de que está reservada à Assembleia da República apenas a fixação dos princípios básicos de competência dos tribunais, os grandes quadros de competência que integram a organização judiciária.

Por outro lado, mesmo que se perfilhasse o entendimento da expressão «competência» na referida alínea num sentido rigorista do termo, de forma a reservar à Assembleia da República a criação de toda e qualquer norma respeitante à competência dos tribunais, ter-se-ia de considerar que a figura qualificada no Decreto-Lei n.º 232/79 como recurso da decisão administrativa não se reveste da natureza de um verdadeiro recurso interposto de uma decisão jurisdicional ou a esta equiparada, ou de um recurso administrativo de anulação de acto definitivo e executório da Administração, tratando-se antes de uma forma de impugnação de uma decisão sancionatória não definitiva que tem como característica a atribuição de competência de plena jurisdição aos tribunais encarregados de julgar as questões de facto e de direito relativas ao domínio do ilícito de mera ordenação.

Finalmente, não se estaria longe de certas soluções já existentes no direito português antes da publicação deste diploma, em que a fixação das multas pode caber em primeira linha às autoridades administrativas, admitindo-se o cumprimento ou oblação voluntária pelo sancionado. Só no caso de não haver acatamento voluntário pelo responsável da ordem de pagamento da multa, é que os tribunais seriam chamados a exercer de forma plena a sua jurisdição³¹¹.

Em consequência do referido entendimento, prevaleceu a tese da maioria dos vogais desta Comissão de que as normas atributivas de competência aos tribunais de 1.ª instância e às Relações para conhecer dos recursos das decisões administrativas em matéria de contra-ordenações não teriam natureza inovatória, sendo meramente enunciativas do princípio constitucional de que os tribunais judiciais têm competência-regra (artigo 212.º, n.º 1), princípio que é repetido no artigo 54.º, alínea a), da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais (Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro). O Decreto-Lei n.º 232/79 mais não teria feito do que repetir a solução da lei geral, devendo considerar-se que os juízes dos tribunais judiciais são os juízes naturais ou legais para conhecerem, em sede jurisdicional, do ilícito de mera ordenação social.

De resto, se o legislador tivesse optado por não referir quais os tribunais com competência para estes recursos, sempre teria de se entender que tal competência pertencia aos tribunais judiciais e não aos administrativos. Em última análise, tal seria o resultado decorrente de uma interpretação conforme à Constituição ou da integração de uma lacuna, à luz do disposto nos artigos 20.º, n.º 1, e 212.º, n.º 1, da Lei Fundamental.

36. Embora o Procurador-Geral da República não suscite expressamente o problema [ainda que o artigo esteja incluído no número daqueles cuja declaração de inconstitucionalidade é pedida por alegada violação da alínea j) do artigo 167.º da Lei Fundamental], afigura-se-nos que teremos ainda de averiguar a conformidade constitucional do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79.

Dispõe este artigo, sob a epígrafe «Detenção para averiguação»:

1 — Em caso de flagrante delito podem as autoridades administrativas competentes, bem como as autoridades policiais, deter o autor de uma contra-ordenação pelo tempo necessário à sua identificação se esta não for imediatamente possível.

2 — A identificação deve processar-se no mais curto espaço de tempo, não podendo nunca a detenção exceder vinte e quatro horas.

³¹⁰ O Procurador-Geral da República não refere estas normas, mas a doutrina desta Comissão atrás referida permite-lhe inquirir sobre a eventual inconstitucionalidade das mesmas.

³¹¹ Veja-se Dr. Vítor Faveiro, «Reflexões sobre o problema das multas de polícia», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 26, pp. 40 e segs.

Uma leitura, mesmo perfunctória, do artigo transcrito suscita a questão da sua compatibilidade com o disposto no artigo 27.º da Constituição Política.

Na verdade, a todos é assegurado o direito à liberdade e à segurança, não podendo ninguém ser privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança, salvo tratando-se de privação de liberdade, «pelo tempo e nas condições que a lei determinar», através de prisão preventiva em flagrante delito ou por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena maior ou então no caso de prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou expulsão (artigo 27.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Ora, a lei ordinária — para onde remete o preceito constitucional — só admite a prisão preventiva em flagrante delito no caso de à infracção criminal corresponder pena de prisão (artigo 287.º do Código de Processo Penal).

É certo que o § único do artigo 287.º do Código de Processo Penal estatui que «se ao facto punível não corresponder pena de prisão, o infractor só poderá ser detido por qualquer autoridade ou agente de autoridade quando não for conhecido o seu nome e residência e não possa ser imediatamente determinado, ou quando se trate de arguidos em liberdade provisória ou condenados em liberdade condicional que tenham infringido as obrigações a que estejam sujeitos».

Temos, porém, de reconhecer que, na lógica da solução adoptada pelo Decreto-Lei n.º 232/79, a contra-ordenação tem uma natureza diversa da infracção criminal, nunca se podendo reconduzir a coima à categoria sancionatória da multa criminal. Parece, por isso, que o § único do artigo 287.º não poderia cobrir a situação da prática de uma contra-ordenação e a detenção do agente em flagrante delito, motivo pelo qual o legislador terá sido tentado a prever a referida situação no artigo 42.º do diploma em análise, apesar de antes ter considerado de forma genérica ser inadmissível a prisão preventiva no domínio ordenativo (artigo 36.º, n.º 1).

Todavia, depois de ponderados cuidadosamente os fins visados pelo legislador ao criar o artigo 42.º atrás transcrito, foi entendimento da maioria desta Comissão que não poderia considerar-se que a detenção em causa, enquanto medida de constrangimento destinada a conseguir a mera identificação do autor de uma contra-ordenação, fosse susceptível de violar o disposto no artigo 27.º, n.º 2, da Lei Fundamental, não existindo analogia entre tal medida e a de custódia ou garde à vue que foi considerada inconstitucional no recente parecer n.º 32/80 desta Comissão.

Sempre se poderia dizer que tal detenção só está prevista para a situação de flagrante delito, de tal sorte que se cairia na previsão do n.º 2 do artigo 27.º da Constituição.

Por outro lado, tratar-se-ia de medida compulsória análoga a certas medidas de constrangimento para comparência em juízo sob custódia, as quais se acham previstas em diferentes leis processuais³¹².

Acresce que foi igualmente entendido que tal medida garante a igualdade de tratamento dos agentes surpreendidos em flagrante delito, de forma a conseguir-se expeditamente a sua identificação em quaisquer circunstâncias, sendo impensável que um ordenamento sancionatório possa ser eficaz se lhe forem vedadas todas e quaisquer medidas de constrangimento.

Desta forma, negou a maioria da Comissão que o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79 fosse materialmente inconstitucional.

VII

37. De harmonia com o que atrás se escreveu, a Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução:

- a) Não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade de todo o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, apesar de o mesmo ter sido promulgado e publicado após a publicação do decreto de exoneração do Primeiro-Ministro que presidia ao Governo que elaborou e referendou tal diploma, embora antes ainda da posse do novo Primeiro-Ministro;
- b) Não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, disposições revogadas pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, uma vez que a apreciação da

³¹² Vejam-se, por exemplo, artigos 629.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, e 91.º, § 3.º, do Código de Processo Penal.

- eventual inconstitucionalidade daquelas disposições, entretanto revogadas, carece de interesse prático;
- c) Não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade do mesmo Decreto-Lei n.º 232/79, na parte em vigor, por violação da alínea e) do artigo 167.º da Constituição, em virtude de aquele diploma não versar matéria de crimes, nem de processo criminal, mas antes de ilícito de mera ordenação social e seu processo sancionador;
 - d) Não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade orgânica dos artigos 16.º, 19.º, 21.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 232/79, por se entender que o quadro das reacções contra o ilícito de mera ordenação social cabe na competência legislativa do Governo, concorrente neste domínio com a da Assembleia da República;
 - e) Não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade orgânica dos artigos 48.º, n.º 3, 52.º, 64.º, 69.º, n.ºs 1 e 3, 72.º, 73.º, n.ºs 3 e 5, 77.º, n.º 2, e 81.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 232/79, por se tratar de normas de atribuição de competência a tribunais, de natureza meramente enunciativa da solução decorrente dos princípios constitucionais e da legislação vigente sobre organização dos tribunais judiciais;
 - f) Não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade material do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79, por não ocorrer violação do preceituado no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição Política.

Lisboa e Comissão Constitucional, 19 de Março de 1981. — *Armando Ribeiro Mendes* (vencido, como relator, relativamente às conclusões d), e) e f), nos termos da declaração de voto junta) — *Hernâni de Lencastre* (votou de harmonia com a declaração de voto do relator do projecto, salvo quanto ao 3.º ponto da mesma declaração, correspondente à alínea f) das conclusões do parecer, em que o meu voto foi no sentido da tese que prevaleceu, por se me afigurar não se achar efectivamente o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79, face ao artigo 27.º, n.º 2, da Constituição da República, inquinado de inconstitucionalidade material) — *Jorge de Figueiredo Dias* (com a declaração de voto anexa) — *Afonso Cabral de Andrade* — *Rui de Alarcão* — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* — *Fernando Amâncio Ferreira* (vencido, no concernente às conclusões d) e e) do parecer pelas razões aduzidas, quanto a elas, pelo Ex.º Relator, na sua declaração de voto) — *Ernesto Augusto Melo Antunes* (vencido, quanto à conclusão da alínea f) do parecer, acompanhando neste ponto a posição do relator na sua declaração de voto).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencido como relator no que respeita às três últimas conclusões do parecer, pelas razões que procurarei em seguida expor:

1.º) Do meu ponto de vista, estão afectadas pelo vício de inconstitucionalidade orgânica as normas contidas nos artigos 16.º, 19.º, 21.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 232/79, em virtude de tais normas estabelecerem o quadro geral das coimas aplicáveis às contra-ordenações, abrangendo limites máximos diferenciados para pessoas singulares e colectivas, sanções acessórias e pressupostos genéricos da respectiva aplicação.

Ora, pareceu-me mais razoável interpretar a expressão «penas», na alínea e) do artigo 167.º da Constituição de forma a incluir na respectiva noção penas criminais e penas contravencionais. Admitindo que a questão não seja totalmente líquida, pareceu-me de manter o entendimento perfilhado por esta Comissão, ainda que incidentalmente, de que estaria reservada à Assembleia da República a fixação, com carácter genérico, das penas aplicáveis às contravenções (cf. o parecer n.º 28/78, in Pareceres da Comissão Constitucional, 7.º vol., p. 15).

A partir desta solução, pareceu-me igualmente que a fixação do quadro geral de coimas, nomeadamente dos seus limites máximos e sanções acessórias, devia estar também reservada à competência exclusiva da Assembleia da República, sem embargo de, caso a caso, poder o Governo criar novas contra-ordenações e cominar quanto a estas as coimas reputadas mais adequadas, desde que dentro dos limites máximos da lei quadro.

Para afirmar tal conclusão, parti da ideia de que não é possível afastar das coimas a qualificação de sanção pecuniária, por serem análogas às multas cominadas no direito criminal. Na verdade, não existe uma fronteira de expressão quantitativa entre a

coima e a multa criminal. Pelo contrário, se se atentar no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 232/79, logo se verificará que o montante máximo pode variar entre 100 000\$ para as pessoas singulares e 1 000 000\$ para as pessoas colectivas, valores económicos esses que excedem alguns dos previstos para as penas criminais de multa contempladas no artigo 63.º do Código Penal. Afigura-se-me que confirma este ponto de vista a solução dada primitivamente pelo legislador no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, não vendo bem como é possível afirmar que a coima é realidade diversa integrada em outro universo sancionatório.

Por outro lado, a evolução histórica que conduziu à autonomização do ilícito de mera ordenação social nas experiências das duas Alemanhas — conforme se diz no texto do parecer — parece dever levar à conclusão de que a coima é substancialmente uma pena pecuniária estabelecida como sanção para um ilícito que vive «paredes meias» com o ilícito criminal, não obstante a alegada mas não demonstrada diferença qualitativa que o legislador português pensa existir entre ambos³¹³.

A ser assim, e considerando que a criação do ilícito de mera ordenação social é uma forma de operar uma política de descriminalização, pareceu-me forçoso concluir que a reserva de competência legislativa da alínea e) do artigo 167.º se tinha de estender até à fixação dos limites máximos das coimas, e do quadro genérico de sanções acessórias, sob pena de o legislador governamental ter nas suas mãos um instrumento adequado para esvaziar em parte apreciável aquela mesma garantia, inclusivamente agravando na prática as sanções anteriormente estabelecidas quando a mesma infracção pertencia ao domínio criminal.

Por estas razões, preconizei que a alínea d) das conclusões do parecer consignasse a tese da inconstitucionalidade orgânica daqueles preceitos.

2.º) No que toca à atribuição de competência aos tribunais judiciais de 1.ª e 2.ª instância para conhecer dos recursos interpostos das decisões administrativas em matéria de ilícito de mera ordenação social, entendi que o Governo violou de forma clara e frontal o disposto na alínea J) do artigo 167.º da Constituição.

Do próprio preâmbulo do diploma, resulta de forma evidente que o Governo hesitou entre a solução de confiar o conhecimento de tais recursos aos tribunais administrativos e a de o atribuir aos tribunais judiciais. Ao optar por uma das soluções, definiu com discricionariedade uma solução de competência de tribunais, matéria reservada à Assembleia da República.

Por outro lado, nada parece autorizar o entendimento da maioria de que a competência reservada da Assembleia da República nesta matéria se limitaria ao estabelecimento dos princípios ou bases gerais, consoante acontecia outrora com o disposto no artigo 93.º da Constituição de 1933³¹⁴

Acresce que, do meu ponto de vista, no silêncio do legislador, tal competência caberia sempre aos tribunais administrativos, já que a impugnação judicial das decisões administrativas previstas nos artigos 30.º, 48.º e 49.º do Decreto-Lei n.º 232/79 deveria, ou como contencioso de anulação ou como contencioso de plena jurisdição, ser assegurada pela ordem de tribunais a quem incumbe primacialmente fiscalizar a regularidade dos procedimentos das entidades administrativas (artigos 15.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Supremo Tribunal de Justiça, artigos 815.º e 820.º do Código Administrativo).

Resultou da discussão do projecto de parecer que a actividade das autoridades administrativas previstas nos artigos 30.º, 48.º e 49.º não tem analogia com o mecanismo de aplicação automática de sanções previsto actualmente nos artigos 167.º e 553.º do Código de Processo Penal, já que a oblação voluntária das multas referidas no auto de notícia não implica qualquer actividade instrutória ou decisória da entidade administrativa autuante.

Por outro lado, são conhecidos cada vez mais numerosos casos em que são atribuídas aos tribunais administrativos funções jurisdicionais plenas (cf., por exemplo, artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 40/77, de 29 de Janeiro) nomeadamente ao Supremo Tribunal Administrativo. E a própria jurisprudência deste Tribunal tem acolhido a ideia de que não é excepcional tal jurisdição plena. A tal ponto, que o legislador tem sentido a necessidade de atribuir expressa competência aos tribunais ordinários para conhecer de matéria contravencional ligada às autarquias locais (por exemplo, artigo 18.º da Lei das Finanças Locais, Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro).

³¹³ Cf., por último, Prof. Figueiredo Dias e Dr. Costa Andrade, «Problemática Geral das Infracções Económicas», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 162, pp. 35-37.

³¹⁴ «Em caso de dúvida, porém, deve preferir-se a interpretação mais favorável ao alargamento da competência reservada da Assembleia da República» — Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 334.

Porque não haveria qualquer lacuna, não me pareceu procedente o argumento de que os tribunais judiciais seriam, mesmo no silêncio do legislador, competentes para os recursos em matéria contra-ordenacional, por força da alínea a) do artigo 54.º da Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, parecendo-me de todo o modo irrelevante a dilucidação da questão de saber se as impugnações judiciais previstas no Decreto-Lei n.º 232/79 são ou não verdadeiros recursos.

Finalmente — e sem pôr em causa a bondade de *jure condendo* da solução de atribuir tal competência aos tribunais judiciais — sempre pareceria estranho que o legislador governamental pudesse estabelecer detalhadas regras sobre os recursos interpostos das próprias decisões de 1.ª instância, estabelecendo discricionariamente que só haveria recurso até ao Tribunal da Relação. Ao menos neste restrito caso, exerceu o Governo sem autorização uma competência reservada à Assembleia da República. Não pode, pois, falar-se de meras regras enunciativas ou declarativas de uma solução já consagrada na lei geral sobre competência dos tribunais judiciais.

Improcedente me pareceu igualmente o argumento avançado de que o juiz do tribunal judicial seria o juiz legal ou juiz natural para conhecer desta matéria. Tal princípio do juiz natural tem uma aplicação bem determinada no texto constitucional³¹⁵, não parecendo lícito que o princípio possa ser chamado à colação para resolver problemas de repartição de competências entre tribunais de diferentes ordens, matéria reservada à Assembleia da República.

Entendo, por isso, que estão feridos de inconstitucionalidade orgânica os artigos 48.º, n.º 3, 52.º, 64.º, 69.º, n.ºs 1 e 3, 72.º, 73.º, n.ºs 3 e 5, 77.º, n.º 2, e 85.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 232/79. Só quanto à competência para a acção executiva atribuída no artigo 76.º aos tribunais de 1.ª instância se trataria de solução constitucional, atento o disposto nos artigos 66.º do Código de Processo Civil e 832.º do Código Administrativo.

3.º) Entendi que o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79 estava afectado de inconstitucionalidade material, por violar o artigo 27.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Não me impressionaram os argumentos de «necessidade» ou decorrentes de uma pretensa «natureza das coisas» invocados pela maioria da Comissão para justificar a constitucionalidade de tal medida ou das medidas de constrangimento previstas nas leis processuais. Pareceu-me igualmente improcedente qualquer recurso ao princípio da igualdade para justificar uma diferença tão gravosa de tratamentos entre o agente que, surpreendido em flagrante delito se identifica à autoridade e aquele que se abstém de o fazer, por qualquer motivo.

A verdade é que o legislador afirmou expressamente não haver lugar a prisão preventiva no domínio do ilícito de mera ordenação social (artigo 36.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 232/79). A ser assim, a detenção para identificação — que poderá prolongar-se até vinte e quatro horas — é uma medida completamente desproporcionada no domínio de um ilícito «menor», de natureza alegadamente diversa da do ilícito criminal.

Conhecidas como são as tendências das autoridades policiais para recorrer com discutível necessidade a medidas de constrangimento ou de limitação da liberdade dos cidadãos, afigurou-se-me extremamente preocupante a solução consagrada, considerando-a em directa violação do disposto no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição, de harmonia com a interpretação desta disposição que prevaleceu no parecer n.º 32/80 quanto ao domínio do ilícito criminal, por definição bem mais grave do que o ilícito de mera ordenação social, apresentado como eticamente neutro. — *Armindo Ribeiro Mendes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

1 — Dei o meu voto à tese que fez vencimento nesta Comissão Constitucional e segundo a qual o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, não enferma — nomeadamente depois da promulgação do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro — de qualquer inconstitucionalidade, orgânica ou material, dentre aquelas que vêm arguidas. E isto pelas razões que a seu tempo tive oportunidade de explanar oralmente e que — tendo em vista os aspectos que se revelaram mais controversos e reclamaram uma reflexão mais demorada — se podem resumir, muito concisamente, nos termos seguintes.

2 — É para mim líquido que o direito de mera ordenação social constitui, no seu

³¹⁵ Cf. anotação do Prof. Figueiredo Dias ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Março de 1976, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111.º, pp. 83 a 88.

conjunto, um ordenamento jurídico diferente do direito criminal no seu sentido tradicional e mais amplo, isto é, englobando tanto os crimes em sentido estrito como as contravenções. Não se me afigura necessário, para o concluir, apelar para razões de fundo que relevam, quer da natureza dos valores a cuja tutela se destina, quer da índole da «inimizade pelo direito» que as respectivas infracções revelam e da conseqüente responsabilidade e censurabilidade que postulam. Nem será sequer necessário pôr em relevo as diferenças que medeiam entre os dois ordenamentos em causa quanto à respectiva génese histórica. Sabe-se, com efeito, que o direito penal — um qualquer direito penal — é co-natural a toda a forma minimamente organizada de convivência humana. Por isso, a história do direito penal tem os horizontes da própria história da civilização. É diferente a história do direito de mera ordenação social. Não tanto, nem sobretudo, por ser muito mais recente: ele só surge, numa perspectiva comparatística, depois do segundo conflito mundial. Mas, sobretudo, por só ser pensável num tempo histórico bem determinado, com um não menos determinado horizonte político, filosófico e moral.

3 — Para o concluir basta, afinal, o simples cotejo dos respectivos regimes jurídico-positivos. Não creio que nos devamos sentir perturbados pelos sucessos ou insucessos da doutrina que — reconheço-o de boamente — se debate ainda na procura do critério científico e sistemático mais adequado a dar enquadramento teórico às irrecusáveis diferenças de regime. Até porque todos os autores, ou pelo menos a sua esmagadora maioria ao que sei, são concordes em perspectivar o direito de mera ordenação social como um *aliud*, como um regime de natureza diversa da do direito penal. As divergências entre eles — critério qualitativo versus critério quantitativo — só se explicam, de resto, por todos sentirem a necessidade dogmático-teórica de construírem em termos científicos e racionais as diferenças de regime.

Conhecido como é o «espírito de Fausto» que anima toda a especulação científica verdadeiramente consciente, não é de esperar que, neste plano da identificação do critério científico, se atinja um dia uma solução definitiva e unanimemente aceite. Mas isto não pode justificar a recusa de uma evidência como é a da diferença entre a contra-ordenação, por um lado, e o crime e a contravenção, por outro.

4 — Tenho para mim que ao assumir-se convicta e coerentemente esta diferença, ganharão outra transparência os aspectos do diploma legal em causa que acabaram por se revelar mais questionados. A começar pelo das normas sancionatórias — artigos 16.º, 19.º, 21.º e 23.º — do Decreto-Lei n.º 232/79, cuja constitucionalidade orgânica se discutiu tendo em vista o disposto na alínea e) do artigo 167.º da Constituição. Sem razão, a meu ver. É para mim seguro que a expressão «pena» está utilizada no texto constitucional em sentido técnico — reacção aplicada a um crime —, de tal forma que não teria qualquer fundamento a sua eventual aplicação analógica ao direito de mera ordenação social. Resulta, assim, unívoco que, ao cominar «coimas», o Governo não se encontra submetido a quaisquer dos limites constitucionais que vigoram no plano dos crimes ou mesmo das contravenções.

Em nada me perturba, por conseguinte, a circunstância de a Comissão Constitucional ter já porventura afirmado que é da competência reservada da Assembleia da República fixar o limite máximo das sanções contravencionais. Em primeiro lugar porque nunca compartilhei uma tal afirmação. Depois porque, de todo o modo, ela nunca constituiu objecto de decisão ou conclusão da Comissão, mas só um *obiter dictum* incidentalmente — e penso, com o respeito devido, que escusadamente — constante de um ou outro dos seus documentos. Em terceiro lugar, e decisivamente, porque, ainda quando aquela afirmação devesse considerar-se correcta, ela em nada afectaria o problema aqui em causa. Ainda quando à Assembleia da República coubesse competência reservada para fixar o limite máximo das sanções contravencionais, ainda então não poderia concluir-se outro tanto relativamente às coimas. Pela simples, mas para mim decisiva razão de que as contravenções, não sendo «crimes» nem as suas sanções «penas criminais», constituem ainda matéria jurídico-penal, enquanto as contra-ordenações e as coimas são instrumentos de política social não penal.

5 — Não creio, igualmente, que possam considerar-se organicamente inconstitucionais as normas processuais do Decreto-Lei n.º 232/79, nomeadamente as que confiam aos tribunais judiciais competência para decidir dos «recursos» interpostos das decisões das autoridades administrativas. Não pode, na verdade, afirmar-se que, ao introduzir aquelas disposições, o Governo tenha legislado em matéria de «competência dos tribunais» e invadido, por isso, a competência reservada da Assembleia da República ex vi da alínea j) do artigo 167.º da Constituição. Para que tal pudesse ser feito com consistência seria necessário provar-se que com aqueles preceitos o Governo alterou — ampliando-a ou reduzindo-a — a competência dos tribunais vigente à data da entrada em vigor do Decreto-

Lei n.º 232/79.

Tal prova não se fez, nem creio que pudesse fazer-se. Basta recordar que o regime previsto no decreto-lei em análise se sobrepõe, em toda a medida, ao regime jurisdicional pré-existente. Mesmo que o decreto-lei fosse a este propósito omissivo, sempre seria forçoso reconhecer aos tribunais judiciais a competência para conhecer da impugnação das decisões das autoridades administrativas, talvez impropriamente apodada pela lei de recurso. Na verdade, a intervenção do tribunal de 1.ª instância representa a primeira resposta jurisdicional a um conflito normal da vida. A circunstância de uma das «partes» litigantes ser uma entidade administrativa não altera as coisas e não pode, por isso, converter aquela impugnação num autêntico recurso. Tanto mais que a abertura da via de acesso ao tribunal judicial é apenas a consequência directa do comando constitucional contido no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição.

Resumidamente, aceito de bom ânimo que estes preceitos da lei em exame pudessem, em via de princípio, considerar-se desnecessários, à conclusão que eles contêm se chegando pela via de uma interpretação (integração) conforme à Constituição. Mas não intuo razões seguras que me levem a considerá-los organicamente inconstitucionais.

6 — Não creio, por último, que o artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79 (Detenção para identificação) colida com o artigo 27.º da Constituição e deva reputar-se, por isso, materialmente inconstitucional. E isto por duas razões decisivas. Em primeiro lugar, e qualquer que seja a qualificação que se dê a esta detenção, a sua constitucionalidade material sempre estará assegurada ao abrigo do regime constitucional do flagrante delito. Em segundo lugar, e sobretudo, estou convencido de que — diferentemente do que acontece por exemplo com a medida chamada da «guarda à vista» — se trata de uma medida puramente coactiva, destinada tão-só a obter a identificação do autor de uma contra-ordenação. Tanto mais que está nas mãos deste a possibilidade de a todo o momento pôr fim à detenção, para tanto bastando que se disponha a cumprir o dever de identificação.

Claro que, sendo embora assim, a medida deveria considerar-se materialmente inconstitucional se com ela se revelasse violado o princípio da proporcionalidade que vale, também à luz da nossa Constituição, relativamente a toda a matéria respeitante à regulamentação do exercício do direito à liberdade. Parece-me porém que a regulamentação em causa é, mais que proporcional, a única que realisticamente permite a realização, nestes casos, das finalidades que a lei visa conseguir com as suas estatuições. Deste ponto de vista será forçoso considerar que o respeito pelo princípio da proporcionalidade está assegurado. — *Jorge de Figueiredo Dias*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 71/81

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da Assembleia da República e do Procurador-Geral da República, e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu:

1 — Não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade de todo o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, apesar de o mesmo ter sido promulgado e publicado após a publicação do decreto de exoneração do Primeiro-Ministro que presidia ao Governo que elaborou e referendou tal diploma, embora antes ainda da posse do novo Primeiro-Ministro.

2 — Não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 232/79, disposições revogadas pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 411-A/79, de 1 de Outubro, uma vez que a apreciação da eventual inconstitucionalidade daquelas disposições entretanto revogadas carece de interesse prático.

3 — Não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade do mesmo Decreto-Lei n.º 232/79, na parte em vigor, por violação da alínea e) do artigo 167.º da Constituição, em virtude de aquele diploma não versar matéria de crimes, nem de processo criminal, mas antes de ilícito de mera ordenação social e seu processo sancionador.

4 — Não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade orgânica dos artigos 16.º, 19.º, 21.º e 23.º do Decreto-Lei n.º 232/79, por se entender que o quadro das reacções contra o ilícito de mera ordenação social cabe na competência legislativa do Governo, concorrente neste domínio com a da Assembleia da República.

5 — Não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade orgânica dos artigos 48.º, n.º 3, 52.º, 64.º, 69.º, n.ºs 1 e 3, 72.º, 73.º, n.ºs 3 e 5, 77.º, n.º 2, e 81.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 232/79, por se tratar de normas de atribuição de competência a tribunais, de natureza meramente enunciativa da solução decorrente dos princípios constitucionais e da legislação vigente sobre organização dos tribunais judiciais.

6 — Não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade material do artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 232/79, por não ocorrer violação do preceituado no artigo 27.º, n.º 2, da Constituição Política.

Aprovada em Conselho da Revolução em 25 de Março de 1981.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 83, de 9 de Abril de 1981.)

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho

1. A necessidade de dotar o nosso país de um adequado «direito de mera ordenação social» vem sendo, de há muito e de muitos lados, assinalada. Tanto no plano da reflexão teórica como no da aplicação prática do direito se sente cada vez mais instante a necessidade de dispor de um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal.

Ordenamento que permita libertar este ramo de direito das infracções que prestam homenagem a dogmatismos morais ultrapassados e desajustados no quadro de sociedades democráticas e plurais, bem como do número inflacionário e incontrolável das infracções destinadas a assegurar a eficácia dos comandos normativos da Administração, cuja desobediência se não reveste da ressonância moral característica do direito penal. E que permita, outrossim, reservar a intervenção do direito penal para a tutela dos valores ético-sociais fundamentais e salvaguardar a sua plena disponibilidade para retribuir e prevenir com eficácia a onda crescente de criminalidade, nomeadamente da criminalidade violenta.

Os próprios órgãos legislativos e executivos têm, não raro, sentido a carência de um tal ordenamento. A sua inexistência tem frequentemente impedido o legislador ou o executivo de lançar mão de uma gama diferenciada de sanções ajustada à natureza e gravidade dos ilícitos a reprimir ou prevenir. O que explica que os sucessivos governos constitucionais tenham inscrito nos seus programas a tarefa de lançar os fundamentos do direito de mera ordenação social, como prioritária em relação às múltiplas reformas de fundo generalizadamente reclamadas.

É a colmatar esta lacuna que se destina o presente decreto-lei, que visa paralelamente atingir outro objectivo que se afigura de relevo: encurtar a distância que, a este propósito, separa a ordem jurídica portuguesa do direito contemporâneo vigente noutros Estados.

Sabe-se como, independentemente da estrutura económico-social e das divergências no que concerne à organização e exercício do poder político, quase todos os Estados se encontram hoje apetrechados com um direito de ordenação social distinto do direito criminal. Bastará recordar, a título de exemplo, o que se passa na República Federal da Alemanha e na República Democrática Alemã. As diferenças de regime, por demais conhecidas, não têm impedido uma evolução legislativa significativamente paralela neste aspecto. Ambos os Estados germânicos dispõem de um direito de mera ordenação social ao lado do direito criminal; e, apesar de naturais diferenças de conteúdo e da possibilidade de deparar com infracções que num dos Estados são consideradas como crime e que no outro se remetem para o regime das contra-ordenações, a verdade é que se verificam convergências decisivas; tanto no que concerne às relações que medeiam entre o direito criminal e o direito de ordenação social, como no que respeita à natureza, função e conteúdo fundamental deste último.

2. São fáceis de representar as causas que quase simultaneamente, e sobretudo após o deflagrar do segundo conflito mundial, fizeram sentir esta necessidade à generalidade das legislações. O direito de mera ordenação social é uma consequência da confluência de duas ordens de factores: a superação definitiva do modelo do Estado liberal, por um lado, e o conhecido movimento de descriminalização, por outro.

Independentemente dos pressupostos teóricos ou políticos e das constelações de valores que lhes presidem, todos os Estados contemporâneos foram chamados às tarefas de planificação, propulsão e conformação da vida económica e social. Todos, a seu modo, se sentiram responsáveis pelo triunfo progressivo de critérios de justiça social e pela elevação dos índices da qualidade de vida e do bem-estar material e cultural.

Ora, nenhum Estado que promova a justiça social e que, portanto, desenvolve nesse sentido uma larga intervenção da Administração, pode atingir os fins que se propõe sem uma aparelhagem de ordenação social a que corresponde um ilícito e sanções próprias.

É certo que da intervenção do Estado nos domínios da economia, saúde, habitação, cultura, ambiente, etc., pode resultar a conformação de infracções tão socialmente danosas e tão eticamente censuráveis que em tudo se justifique o seu tratamento como autênticos crimes. Ao que de modo algum se opõe o facto de o direito criminal se destinar reconhecidamente a tutelar o mínimo ético-social da vida em comum. Tal circunstância não pode fazer esquecer nem a historicidade dos valores criminais, nem a possibilidade de aquele «mínimo ético ser enriquecido com a descoberta de novos valores incarnados na

prosecução de certos interesses sociais» (Eduardo Correia, «Direito penal e direito de mera ordenação social», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1973, p. 266).

O normal será, contudo, que as infracções às leis vigentes nestes domínios não atinjam relevo penal, antes configurem uma forma autónoma de ilicitude que reclame um quadro próprio de reacções sancionatórias e um novo tipo de processo.

O movimento de descriminalização constitui, por seu turno, uma das notas mais salientes da moderna política criminal. Não será pertinente fazer neste contexto uma referência desenvolvida às principais áreas em que este movimento se faz sentir, nem às razões que o justificam. Será, porém, de recordar que ele se prende com o fenómeno de hipertrofia do direito criminal, com a submersão dos tribunais por processos de contestável dignidade criminal, com uma mais consequente distinção entre a moral e o direito penal, com os custos desnecessários de certos processos (em termos de estigmatização pessoal negativa) e, por último, com a convicção de que a inflação de incriminações contribui grandemente para a generalização de um estado de anomia e desregramento. É que, reconhece-se, onde tudo é proibido, tudo acaba por se considerar permitido.

Simplemente, a descriminalização não corresponde, por via de regra, a uma atitude puramente negativa ou abstencionista por parte do Estado. Ela significa apenas a purificação do direito criminal de formas de ilícito, cuja sede natural é o direito de mera ordenação social. É o que, por exemplo, deverá acontecer com as contravenções, tradicional e indevidamente integradas no ordenamento jurídico-penal.

3. Apesar da novidade da matéria, entende-se que é possível avançar decididamente no sentido proposto, começando por pôr de pé um regime geral relativo às contra-ordenações, tanto no plano substantivo como processual.

Pode, desde logo, contar-se com as lições profícuas da experiência do direito comparado. Sabe-se, por outro lado, como o direito de mera ordenação social tem sido, na última década, objecto de cuidada e persistente reflexão tanto por parte da doutrina estrangeira como da doutrina portuguesa. Por isso é que, a par de alguns pontos de controvérsias que persistem, se registam já consideráveis áreas de consenso ou mesmo de unanimidade. Como acontece, manifestamente, quanto à distinção entre o direito de mera ordenação social e o direito penal.

Hoje é pacífica a ideia de que entre os dois ramos de direito medeia uma autêntica diferença: não se trata apenas de uma diferença de quantidade ou puramente formal, mas de uma diferença de natureza. A contra-ordenação «é um aliud que se diferencia qualitativamente do crime na medida em que o respectivo ilícito e as reacções que lhe cabem não são directamente fundamentáveis num plano ético-jurídico, não estando, portanto, sujeitas aos princípios e corolários do direito criminal» (Eduardo Correia, *ibidem*, p. 268).

E isto pese embora o facto de ainda não se verificar acordo quanto ao critério ou sinal único verdadeiramente identificador do direito de mera ordenação social e capaz de explicar todas as características do seu regime.

4. É nesta base que assenta o regime previsto no presente decreto-lei, sintonizado com a lição do direito comparado e com os ensinamentos da doutrina.

Está em causa um ordenamento sancionatório distinto do direito criminal.

Não é, por isso, admissível qualquer forma de prisão, preventiva ou sancionatória, nem sequer a pena de multa ou qualquer outra que pressuponha a expiação da censura ético-pessoal que aqui não intervém. A sanção normal do direito de ordenação social é a coima, sanção de natureza administrativa, aplicada por autoridades administrativas, com o sentido dissuasor de uma advertência social, pode, consequentemente, admitir-se a sua aplicação às pessoas colectivas e adoptar-se um processo extremamente simplificado e aberto aos corolários do princípio da oportunidade.

Para obviar, contudo, a quaisquer perigos ou abusos, submete-se a aplicação da coima a um estrito princípio de legalidade e ressalva-se, sem reservas, um direito de defesa e audiência e um inderrogável direito de recurso para as instâncias judiciais.

5. Após algumas hesitações, optou-se por atribuir aos tribunais comuns a competência para conhecer do recurso de impugnação judicial.

Reconhece-se de boamente que a pureza dos princípios levaria a privilegiar a competência dos tribunais administrativos. Ponderadas, contudo, as vantagens e desvantagens que qualquer das soluções irrecusavelmente comporta, considerou-se mais oportuna a solução referida, pelo menos como solução imediata e eventualmente provisória.

E isso por ser a solução normal em direito comparado. E ainda por se revelar

mais adequada a uma fase de viragem tão significativa como a que a introdução do direito de ordenação social representa. Além do mais, afiguram-se mais facilmente vencíveis as naturais resistências ou reservas da comunidade dos utentes do novo meio de impugnação judicial.

6. A consagração do regime geral relativo às contra-ordenações tem como finalidade imediata permitir à Administração recorrer à cominação de uma coima para garantir a eficácia dos comandos normativos nos domínios já mencionados. Destina-se, assim, naturalmente, a vigorar para o futuro, sendo, por exemplo, de esperar que a curto prazo se venha a estender às práticas restritivas da concorrência.

Apesar disso, considera-se conveniente submeter desde já ao regime deste decreto-lei as contra-venções e transgressões previstas na legislação vigente, bem como outros casos que a lei venha a discriminalizar, sem, contudo, renunciar ao tipo das sanções previsto neste diploma.

Assim, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

PARTE I

Da contra-ordenação e da coima em geral

CAPÍTULO I

Âmbito de vigência

Artigo 1.º

(Definição)

1 — Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e subjectivamente censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.

2 — A lei determinará os casos em que uma contra-ordenação pode ser imputada, independentemente do carácter censurável do facto.

3 — São equiparáveis às contra-ordenações as contra-venções ou transgressões previstas pela lei vigente a que sejam aplicadas sanções pecuniárias.

4 — Ao mesmo regime podem ser submetidos os casos indicados na lei.

Artigo 2.º

(Princípio da legalidade)

1 — Só será sancionado como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática.

2 — O mesmo valerá para as transgressões, contra-venções e casos indicados na lei a que se referem os n.ºs 3 e 4 do artigo anterior.

Artigo 3.º

(Aplicação no tempo)

1 — A coima é determinada pela lei vigente no momento da prática do facto ou do preenchimento dos pressupostos de que depende.

2 — Se a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se já tiver transitado em julgado a decisão de aplicação da coima.

3 — O disposto no número anterior não se aplica às leis temporárias, salvo se estas determinarem o contrário.

4 — O regime previsto nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, aos efeitos das contra-ordenações.

Artigo 4.º

(Aplicação no espaço)

A presente lei é aplicável:

a) A factos praticados em território português, seja qual for a nacionalidade do agente;

b) A factos praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas, salvo tratado

ou convenção internacional em contrário.

Artigo 5.º

(Momento da prática do facto)

O facto considera-se praticado no momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido.

Artigo 6.º

(Lugar da prática do facto)

O facto considera-se praticado no lugar em que, total ou parcialmente, sob qualquer forma de comparticipação, o agente actuou ou, no caso de omissão, devia ter actuado, bem como naquele em que o resultado típico se tenha produzido.

CAPÍTULO II

Da contra-ordenação

Artigo 7.º

(Da responsabilidade das pessoas colectivas ou equiparadas)

1 — As coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas, bem como às associações sem personalidade jurídica.

2 — As pessoas colectivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções.

Artigo 8.º

(Dolo e negligência)

1 — Salvo na hipótese a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º, só é sancionável o facto praticado como dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

2 — O erro sobre elementos do tipo, sobre a proibição ou sobre um estado de coisas que, a existir, afastaria a ilicitude do facto ou a culpa do agente, exclui o dolo.

3 — Fica ressalvada a punibilidade da negligência nos termos gerais.

Artigo 9.º

(Erro sobre a ilicitude)

1 — Age sem culpa quem actua sem consciência da ilicitude do facto, se o erro lhe não for censurável.

2 — Se o erro lhe for censurável, a coima deverá ser atenuada.

Artigo 10.º

(Inimputabilidade em razão de idade)

Para os efeitos desta lei, consideram-se inimputáveis os menores de 16 anos.

Artigo 11.º

(Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica)

1 — É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, é incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

2 — A imputabilidade não é excluída quando a anomalia psíquica tiver sido provocada pelo próprio agente com a intenção de cometer o facto.

Artigo 12.º

(Tentativa)

1 — Há tentativa quando o agente pratica actos de execução de uma contra-ordenação que decidiu cometer, sem que esta chegue a consumir-se e a lei preveja que ela

seja sancionada.

2 — São actos de execução:

- a) Os que preenchem um elemento constitutivo de um tipo de contra-ordenação;
- b) Os que são idóneos a produzir o resultado típico;
- c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.

Artigo 13.º (Desistência)

1 — A tentativa não é sancionável quando o agente voluntariamente desiste de prosseguir na execução da contra-ordenação ou impede a consumação ou, não obstante a consumação, impede a verificação do resultado não compreendido no tipo de contra-ordenação.

2 — Quando a consumação ou a verificação do resultado são impedidas por factos independentes da conduta do desistente, a tentativa não é sancionável se este se esforça por evitar uma ou outra.

Artigo 14.º (Desistência em caso de participação)

Em caso de participação, não é sancionável a tentativa daquele que voluntariamente impede a consumação ou a verificação do resultado, nem daquele que se esforça seriamente por impedir uma ou outra, ainda que os participantes prossigam na execução da contra-ordenação ou a consumem.

Artigo 15.º (Participações)

1 — Se vários agentes participam no facto, qualquer deles incorre em responsabilidade por contra-ordenação mesmo que a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependam de certas qualidades ou relações especiais do agente e estas só existam num dos participantes.

2 — Cada participante é sancionado segundo a sua culpa, independentemente da sanção ou do grau de culpa dos outros participantes.

3 — A cumplicidade e o encobrimento só serão sancionados quando a lei expressamente o determinar.

CAPÍTULO III **Da coima e das sanções acessórias**

Artigo 16.º (Montante da coima)

1 — Se o contrário não resultar da lei, o montante mínimo da coima será de 200\$ e o máximo de 100 000\$.

2— Se a lei, relativamente ao montante máximo, não distinguir o comportamento doloso do negligente, este só poderá ser sancionado até metade do montante máximo da coima prevista.

3 — As coimas aplicadas às pessoas colectivas poderão elevar-se até aos montantes máximos de:

- a) *1 000 000\$ em caso de dolo;*
- b) *500 000\$ em caso de negligência.*

Artigo 17.º (Determinação da medida da coima)

A determinação da medida da coima far-se-á em função da gravidade objectiva

da contra-ordenação, da censura subjectiva, da situação económica do agente e do benefício económico que retirou da prática da contra-ordenação.

Artigo 18.º

(Concurso de contra-ordenação)

1 — Se o mesmo facto violar várias leis pelas quais deva ser sancionado como contra-ordenação ou uma daquelas leis várias vezes, aplicar-se-á uma única sanção que, dentro dos limites legais, resulte da soma das várias coimas aplicáveis.

2 — Se forem violadas várias leis, aplicar-se-á a lei que comine a coima mais elevada, podendo, todavia, ser aplicadas as sanções acessórias previstas na outra lei.

Artigo 19.º

(Pressupostos da apreensão)

1 — Nos casos em que a lei o determine, poderá decidir-se a apreensão de objectos como sanção acessória de uma contra-ordenação.

2 — A apreensão só será permitida quando os objectos:

- a) Ao tempo da decisão, pertençam ao agente;
- b) Representem um perigo para a comunidade ou para a prática de outra contra-ordenação;
- c) Tendo sido alienados ou onerados a terceiro, este conhecesse ou devesse conhecer as circunstâncias determinantes da possibilidade da sua apreensão.

Artigo 20.º

(Princípio da subsidiaridade)

1 — Não haverá lugar à apreensão, fora dos casos previstos na alínea b) do n.º 2 do artigo anterior, quando ela seja manifestamente desproporcionada à gravidade da contra-ordenação e da censurabilidade do agente ou do terceiro.

2 — A apreensão será suspensa sempre que as suas finalidades possam ser devidamente prosseguidas através de medidas menos gravosas para as pessoas atingidas.

3 — Quando possível, a apreensão poderá ser limitada a uma parte dos objectos referidos no artigo anterior.

Artigo 21.º

(Apreensão do valor)

1 — Quando o agente frustrar dolosamente, por qualquer meio, a apreensão de objecto que lhe pertença no momento da prática do facto, pode ser ordenada a apreensão de uma quantia em dinheiro nunca superior ao valor do objecto.

2 — O disposto no número anterior aplica-se correspondentemente quando o agente tiver impossibilitado apenas parcialmente a apreensão.

3 — Aplica-se o mesmo regime aos casos em que a apreensão só se tenha tornado total ou parcialmente inexecutável depois de a apreensão ter sido decidida.

Artigo 22.º

(Efeitos da apreensão)

1 — O trânsito em julgado da decisão de apreensão determina a transferência da propriedade para o Estado ou para a entidade pública que a lei determinar.

2 — Serão nulos os negócios jurídicos de alienação dos objectos posteriores ao trânsito em julgado da decisão de apreensão.

Artigo 23.º

(Apreensão independente de coima)

1 — Se, por qualquer motivo, não puder haver procedimento contra uma pessoa ou contra ela não puder ser aplicada uma coima, poderá a apreensão dos objectos ou do

valor substitutivo ser ordenada desde que se verifiquem os pressupostos da apreensão total ou parcial.

2 — O disposto no número anterior aplicar-se-á também nos casos em que a autoridade competente para o procedimento dele desista ou o processo seja mandado arquivar.

Artigo 24.º
(Indemnização)

1 — Quando a apreensão referida na alínea b) do n.º 2 do artigo 19.º recair sobre objectos pertencentes a terceiro, este terá direito a indemnização patrimonial segundo as normas da lei civil, salvo se os tiver adquirido de má fé.

2 — A obrigação de indemnização compete ao Estado ou à entidade pública para a qual tenha sido transferida a propriedade dos objectos apreendidos.

CAPÍTULO IV
Prescrição

Artigo 25.º
(Prescrição do procedimento)

1 — O procedimento por contra-ordenação extingue-se por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação hajam decorrido os seguintes prazos:

- a) Um ano, quando se trate de contra-ordenações a que seja aplicável uma coima superior a 50 000\$;
- b) Seis meses, nos restantes casos.

Artigo 26.º
(Interrupção da prescrição)

A prescrição do procedimento por contra-ordenação interrompe-se:

- a) Com a comunicação ao arguido dos despachos, decisões ou medidas contra ele tomadas ou com qualquer notificação;
- b) Com a realização de quaisquer diligências de prova, designadamente exames e buscas, ou com o pedido de auxílio às autoridades policiais ou a qualquer autoridade administrativa;
- c) Com quaisquer declarações que o arguido tenha proferido no exercício do direito de audição.

Artigo 27.º
(Prescrição da coima)

1 — As coimas prescrevem nos prazos seguintes:

- a) Três anos, no caso de uma coima superior a 50 000\$;
- b) Dois anos, nos restantes casos.

2 — O prazo conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Artigo 28.º
(Suspensão da prescrição da coima)

A prescrição da coima suspende-se durante o tempo em que:

- a) Por força da lei, a execução não pode começar ou não pode continuar a ter lugar;
- b) A execução foi interrompida;
- c) Foram concedidas facilidades de pagamento.

Artigo 29.º
(Prescrição das sanções acessórias)

Aplica-se às sanções acessórias o regime previsto nos artigos anteriores para a prescrição da coima.

PARTE II **Do processo de contra-ordenação**

CAPÍTULO I **Da competência**

Artigo 30.º (Regra da competência das autoridades administrativas)

O processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas compete às autoridades administrativas.

Artigo 31.º (Competência em razão da matéria)

1 — A competência em razão da matéria pertencerá às autoridades determinadas pela lei que prevê e sanciona as contra-ordenações.

2 — No silêncio da lei serão competentes os serviços designados pelo Ministério responsável pela tutela dos interesses que a contra-ordenação visa defender ou promover.

3 — Nos concelhos onde não existam os serviços referidos no número anterior ou ainda não estejam designados pelo Ministério da Tutela, a competência pertencerá ao secretário da câmara municipal.

Artigo 32.º (Competência territorial)

1 — É territorialmente competente a autoridade administrativa concelhia em cuja circunscrição:

- a) A infracção foi praticada ou descoberta;
- b) O arguido tem a sua residência ao tempo do início ou durante qualquer fase do processo.

2 — Se a infracção for cometida a bordo de navio ou avião português, fora do âmbito de eficácia especial desta lei, será competente a autoridade em cuja circunscrição se situe o porto ou aeroporto que primeiro for escalado depois do cometimento da infracção.

Artigo 33.º (Competência por conexão)

1 — Em caso de concurso de contra-ordenações será competente a autoridade a quem, segundo os preceitos anteriores, incumbe processar qualquer das contra-ordenações.

2 — O disposto no número anterior aplica-se também aos casos em que um mesmo facto torna várias pessoas passíveis de sofrerem uma coima.

Artigo 34.º (Conflitos da competência)

1 — Se das disposições anteriores resultar a competência cumulativa de várias autoridades, o conflito será resolvido a favor da autoridade que, por ordem de prioridades:

- a) Tiver primeiro ouvido o arguido pela prática da contra-ordenação;
- b) Tiver primeiro requerido a sua audição pelas autoridades policiais;
- c) Tiver primeiro recebido das autoridades policiais os autos de que conste a audição do arguido.

2 — As autoridades competentes poderão, todavia, por razões de economia,

celeridade ou eficácia processuais, acordar em atribuir a competência a autoridade diversa da que resultaria da aplicação do n.º 1.

Artigo 35.º

(Envio do processo ao Ministério Público)

1— A autoridade administrativa competente remeterá o processo ao Ministério Público sempre que considere que a infracção constitui um crime.

2 — Se o agente do Ministério Público considerar que não há lugar para a responsabilidade criminal, devolverá o processo à mesma autoridade.

CAPÍTULO II

Princípios e disposições gerais

Artigo 36.º

(Meios de coacção)

1— Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação, nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional.

2 — As provas que colidem com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante consentimento de quem de direito.

Artigo 37.º

(Princípio da legalidade)

O processo das contra-ordenações obedecerá ao princípio da legalidade.

Artigo 38.º

(Testemunhas)

As testemunhas não serão ajuramentadas.

Artigo 39.º

(Comunicação de decisões)

1 — Todas as decisões, despachos e demais medidas tomadas pelas autoridades administrativas serão informalmente comunicados às pessoas a quem se dirigem.

2 — Tratando-se de medida que admite impugnação sujeita a prazo, a comunicação revestirá a forma de notificação, que deverá conter os esclarecimentos necessários sobre admissibilidade, prazo e forma de impugnação.

Artigo 40.º

(Da notificação)

1 — A notificação será dirigida ao arguido e comunicada ao seu representante legal, quando este exista.

2 — A notificação será dirigida ao defensor escolhido cuja procuração conste do processo ou ao defensor nomeado.

3 — No caso referido no número anterior, o arguido será informalmente informado através de uma cópia da decisão ou despacho.

4 — Se a notificação tiver de ser feita a várias pessoas, o prazo da impugnação só começa a correr depois de notificada a última pessoa.

CAPÍTULO III

Da aplicação da coima pelas autoridades administrativas

Artigo 41.º

(Da polícia e dos agentes de fiscalização)

1 — As autoridades policiais e fiscalizadoras deverão tomar conta de todos os

eventos ou circunstâncias susceptíveis de implicar responsabilidade por contra-ordenação e tomar as medidas necessárias para impedir o desaparecimento de provas.

2 — As autoridades policiais e agentes de fiscalização remeterão imediatamente às autoridades administrativas a participação e as provas recolhidas.

Artigo 42.º

(Detenção para identificação)

1— Em caso de flagrante delito podem as autoridades administrativas competentes, bem como as autoridades policiais, deter o autor de uma contra-ordenação pelo tempo necessário à sua identificação se esta não for imediatamente possível.

2 — A identificação deve processar-se no mais curto espaço de tempo, não podendo nunca a detenção exceder vinte e quatro horas.

Artigo 43.º

(Direito de audição do arguido)

Não será permitida a aplicação de uma coima sem antes se ter assegurado a possibilidade de se pronunciar sobre o caso.

Artigo 44.º

(Processo de advertência)

1— Em caso de contra-ordenação ligeira, poderão as autoridades administrativas competentes decidir-se por uma advertência, acompanhada da exigência do pagamento de uma soma pecuniária nunca superior a 500\$.

2 — Este processo só terá lugar quando o arguido, informado do direito de o recusar, com ele se conformar e se dispuser a pagar a respectiva soma pecuniária imediatamente ou no prazo de cinco dias.

3 — Nos casos referidos nos n.ºs 1 e 2 não pode o facto voltar a ser apreciado e sancionado como contra-ordenação.

Artigo 45.º

(Deveres das testemunhas e peritos)

1 — As testemunhas e peritos são obrigados a obedecer às autoridades administrativas quando forem solicitados a comparecer e a pronunciar-se sobre a matéria do processo.

2 — Em caso de recusa injustificada, poderão as autoridades administrativas aplicar sanções pecuniárias até 10 000\$ e exigir a reparação dos danos causados com a sua recusa.

Artigo 46.º

(Do defensor)

1— O arguido da prática de uma contra-ordenação tem o direito de se fazer acompanhar de advogado escolhido em qualquer fase do processo.

2 — As autoridades administrativas nomearão defensor officioso sempre que:

- a) O arguido seja mudo ou deficiente áudio-visual;
- b) A gravidade da infracção e da sanção o justique.

Artigo 47.º

(Da iniciativa e da investigação)

1 — O processo iniciar-se-á officiosamente mediante participação das autoridades policiais ou fiscalizadoras ou ainda mediante denúncia particular.

2 — A autoridade administrativa procederá à sua investigação, finda a qual arquivará o processo ou aplicará uma coima.

3 — As autoridades administrativas poderão confiar a investigação, no todo ou em parte, às autoridades policiais, bem como solicitar o auxílio de outras autoridades ou serviços públicos.

Artigo 48.º

(Recurso das medidas das autoridades administrativas persecutórias)

1 — As decisões, despachos e demais medidas tomados pelas autoridades administrativas no decurso do processo são susceptíveis de impugnação judicial por parte do arguido ou das pessoas contra as quais se dirigem.

2 — O disposto no número anterior não se aplica às medidas que se destinam apenas a preparar a decisão final de arquivamento ou aplicação da coima, não colidindo com os direitos ou interesses das pessoas.

3 — É competente para decidir do recurso o tribunal previsto no artigo 52.º, que decidirá em última instância.

Artigo 49.º

(Decisão de aplicação da coima)

1 — A decisão que aplica a coima deve conter:

- a) A identificação dos arguidos, bem como dos eventuais participantes;
- b) O nome e o endereço do advogado;
- c) A descrição do facto imputado, das provas obtidas e a indicação das normas segundo as quais se pune;
- d) A coima e as sanções acessórias.

2 — Da decisão deve ainda constar a informação de que:

a) A condenação transita em julgado e se torna exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 50.º;

b) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso o arguido e o Ministério Público não se oponha, mediante simples despacho;

Não vigora o princípio da proibição da *reformatio in peius*.

3 — A decisão conterà ainda:

A ordem de pagamento da coima no prazo máximo de duas semanas após o trânsito em julgado; b) A indicação de que em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo deve comunicar o facto por escrito à autoridade que aplicou a coima.

CAPÍTULO IV

Recurso e processo judiciais

Artigo 50.º

(Forma e prazo)

1 — A decisão da autoridade administrativa que aplica uma coima é susceptível de impugnação judicial.

2 — O recurso de impugnação poderá ser interposto pelo arguido ou pelo seu defensor.

3 — O recurso será feito por escrito e apresentado à autoridade administrativa que aplicou a coima no prazo de cinco dias após o seu conhecimento pelo arguido.

4 — O recurso será feito por escrito, constando de alegações sumárias e conclusões.

Artigo 51.º

(Renúncia ao recurso)

A todo o tempo, durante o prazo previsto no artigo anterior, poderão os recorrentes renunciar ao recurso.

Artigo 52.º

(Tribunal competente)

1 — É competente para conhecer do recurso o juiz de direito da comarca em cuja área tem a sua sede a autoridade que aplicou a coima.

2 — O juiz decide singularmente.

Artigo 53.º

(Envio dos autos ao Ministério Público)

1 — Recebido o recurso e no prazo de quarenta e oito horas deve a autoridade administrativa enviar os autos ao Ministério Público, que os tornará presentes ao juiz, valendo este acto como acusação.

2 — Até ao envio dos autos pode a autoridade administrativa revogar a decisão de aplicação da coima.

Artigo 54.º

(Não aceitação do recurso)

1 — O juiz rejeitará, por meio de despacho, o recurso feito fora do prazo ou sem respeito das exigências de forma.

2 — Deste despacho há recurso que sobe imediatamente.

Artigo 55.º

(Decisão por despacho judicial)

1 — O juiz decidirá do caso mediante audiência de julgamento ou através de simples despacho.

2 — O juiz decidirá por despacho quando não considere necessária a audiência de julgamento e o arguido ou o Ministério Público não se oponham a este processo.

3 — O despacho pode ordenar o arquivamento do processo, absolver o arguido, manter ou alterar a condenação.

4 — Em caso de manutenção ou alteração da condenação, deverá o juiz fundamentar sumariamente a sua decisão tanto no que concerne aos factos como ao direito aplicado, bem como às circunstâncias que determinaram a medida da sanção.

5 — Em caso de absolvição deverá o juiz indicar por que não considera provados os factos ou por que não constituem uma contra-ordenação.

Artigo 56.º

(Marcação da audiência)

1 — Ao receber a impugnação, e fora dos casos previstos no artigo 55.º, o juiz marcará a audiência.

2 — A todo o tempo e até à comunicação da decisão judicial ao arguido poderá o Ministério Público, com o acordo do arguido, retirar a acusação.

Artigo 57.º

(Direito aplicável)

Salvo disposição em contrário deste diploma, a audiência em 1.ª instância obedecerá às normas do Código de Processo Penal relativas ao processo de transgressões, não havendo, todavia, lugar à redução da prova a escrito.

Artigo 58.º

(Participação do arguido na audiência)

1 — O arguido não é obrigado a comparecer à audiência, salvo se o juiz considerar a sua presença como necessária ao esclarecimento dos factos.

2 — Nos casos em que o juiz não ordenou a presença do arguido, este poderá fazer-se representar por advogado com procuração escrita.

3 — O tribunal pode solicitar a audição do arguido por outro tribunal, devendo a realização desta diligência ser comunicada ao Ministério Público e ao defensor e sendo o respectivo auto lido na audiência.

Artigo 59.º
(Ausência do arguido)

1— Nos casos em que a presença do arguido não foi ordenada pelo tribunal e este não comparece nem se faz representar por advogado, tomar-se-ão em conta as suas declarações que tenham sido colhidas no processo ou registrar-se-á que ele nunca se pronunciou sobre a matéria dos autos, não obstante lhe ter sido concedida a oportunidade para o fazer, e julgar-se-á.

2 — Se o arguido cuja presença foi ordenada não comparece nem justifica a sua ausência, poderá o juiz:

- a) Rejeitar a impugnação, desde que a isso não se oponha o Ministério Público;
- b) Decidir nos termos previstos no número anterior;
- c) Aplicar ao arguido uma sanção pecuniária, nunca inferior a 200\$ nem superior a 30 000\$.

3 — As decisões do juiz referidas nos n.ºs 1 e 2 não admitem recurso.

Artigo 60.º
(Ausência do Ministério Público)

Se o Ministério Público não toma parte na audiência não se torna necessário o seu consentimento para a retirada do recurso nos termos do artigo 62.º.

Artigo 61.º
(Participação das autoridades administrativas)

1 — O tribunal concederá às autoridades administrativas a oportunidade de trazerem à audiência os elementos que repute convenientes para uma correcta decisão do caso, podendo um representante daquelas autoridades participar na audiência.

2 — O mesmo regime se aplicará aos casos em que, nos termos do artigo 55.º, n.º 3, o juiz decidir arquivar o processo.

3 — Em conformidade com o disposto no n.º 1, o juiz comunicará às autoridades administrativas a data da audiência, salvo se considerar que os seus conhecimentos específicos são dispensáveis.

4 — Em qualquer caso, o tribunal comunicará sempre às mesmas autoridades a sentença, bem como as demais decisões finais.

Artigo 62.º
(Retirada da acusação e do recurso)

1 — Tanto a acusação como o recurso de impugnação podem ser retirados até à sentença em 1.ª instância ou até ser proferido o despacho previsto no artigo 55.º.

2 — Depois do início da audiência de julgamento a acusação só poderá ser retirada mediante acordo do arguido, só podendo o recurso ser retirado mediante acordo do Ministério Público.

3 — Antes de retirar a acusação deverá o Ministério Público ouvir as autoridades administrativas competentes, salvo se entender que tal não é indispensável para uma adequada decisão.

Artigo 63.º
(Prova)

1 — Compete ao juiz promover officiosamente a prova de todos os factos que considere relevantes para uma decisão correcta.

2 — Compete igualmente ao juiz o direito de determinar o âmbito da prova a produzir, recusando a aceitação de meios de prova que julgue desnecessários à formação da sua convicção.

Artigo 64.º

(Decisões judiciais que admitem recurso)

1 — Pode recorrer-se para a relação da sentença ou do despacho judicial proferido nos termos do artigo 55.º quando:

- a) Foi aplicada ao arguido uma coima superior a 50 000\$;
- b) A condenação do arguido abrange sanções acessórias, salvo se estas consistirem em prestações pecuniárias inferiores a 50 000\$;
- c) O arguido foi absolvido ou o processo foi arquivado em casos em que a autoridade administrativa tinha aplicado uma coima superior a 50 000\$ ou em que tal coima tinha sido reclamada pelo Ministério Público;
- d) A impugnação judicial foi rejeitada;
- e) O tribunal decidiu através de despacho, não obstante o recorrente se ter oposto a tal.

2 — Para além dos casos enunciados no número anterior, poderá a relação, a requerimento do arguido ou do Ministério Público, aceitar o recurso da sentença, quando tal se afigure manifestamente necessário à melhoria da aplicação do direito ou à promoção da uniformidade da jurisprudência.

3 — Se a sentença ou despacho recorridos são relativos a várias infracções ou a vários arguidos e se apenas quanto a algumas das infracções ou algum dos arguidos se verificam os pressupostos necessários, o recurso subirá com esses limites.

Artigo 65.º

(Regime do recurso)

1 — O recurso deverá ser interposto no prazo de cinco dias, a partir da sentença ou do despacho ou da sua notificação ao arguido, caso a decisão tenha ocorrido na sua ausência.

2 — Nos casos previstos no n.º 2 do artigo 64.º, o requerimento deve seguir junto ao recurso, antecedendo-o.

3 — Nestes casos, a decisão sobre o requerimento constitui questão prévia, que será resolvida por despacho não fundamentado do tribunal, equivalendo o seu indeferimento à retirada do recurso.

4 — O recurso seguirá a tramitação do recurso em processo penal, tendo em conta as especialidades que resultam deste diploma.

Artigo 66.º

(Âmbito e efeitos do recurso)

1 — Se o contrário não resultar deste diploma, a 2.ª instância apenas conhecerá da matéria de direito, não cabendo recurso das suas decisões.

2 — A decisão do recurso poderá:

- a) Alterar a decisão do tribunal recorrido, sem qualquer vinculação aos termos e ao sentido da decisão recorrida;
- b) Anulá-la e devolver o processo ao tribunal recorrido.

CAPÍTULO V

Caso julgado e revisão

Artigo 67.º

(Alcance do caso julgado)

O trânsito em julgado de decisão da autoridade administrativa ou de decisão judicial sobre a infracção como contra-ordenação preclui a possibilidade de novo conhecimento do mesmo facto com a mesma qualificação.

Artigo 68.º

(Admissibilidade da revisão)

1 — A revisão das decisões proferidas em matéria contra-ordenacional e

transitadas em julgado obedecerá ao disposto nos artigos 673.º e seguintes do Código de Processo Penal, sempre que o contrário não resulte da presente lei.

2— A revisão do processo a favor do arguido, com base em novos factos ou em novos meios de prova, não será admissível quando:

- a) O arguido apenas foi condenado em coima inferior a 5000\$, ou, tendo havido lugar a sanção acessória, esta é de natureza patrimonial e não excede aquele limite;
- b) Já decorreram dois anos após o trânsito em julgado da decisão a rever.

3 — A revisão contra o arguido só será admissível quando vise a sua condenação pela prática de um crime.

Artigo 69.º

(Regime do processo de revisão)

1 — A revisão de decisão da autoridade administrativa será da competência do tribunal da comarca competente para a impugnação judicial.

2 — Em tais casos, e quer a revisão tenha sido requerida pelo arguido, quer a autoridade administrativa tenha tido conhecimento de circunstâncias que tornam possível a revisão, deverá a autoridade administrativa remeter os autos ao representante do Ministério Público junto do tribunal competente.

3 — Nos demais casos, a revisão será da competência da relação, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 676.º do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO VI **Processos especiais**

Artigo 70.º

(Processo de apreensão)

1— Quando a autoridade administrativa decidir, no processo de aplicação de coima, apreender qualquer objecto, a mesma autoridade será competente para:

- a) Decidir da participação no processo das pessoas interessadas;
- b) Decidir da necessidade de defensor oficioso e nomeá-lo;
- c) Decidir sobre a indemnização.

2— A autoridade administrativa deverá, em tais casos, notificar às pessoas cuja participação processual ordenou a decisão de que conta a ordem de apreensão.

3 — A partir da notificação, aquelas pessoas passam a considerar-se como participantes processuais, gozando de posição processual igual à do arguido se o contrário não resultar deste diploma.

Artigo 71.º

(Processo autónomo de apreensão)

1 — Nos casos de apreensão autónoma deverá a respectiva decisão da autoridade administrativa obedecer ao regime previsto no artigo 49.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), e 3, devidamente adaptado.

2 — A competência para decidir da apreensão rege-se pelos critérios que fixam a competência para a aplicação de uma coima, sendo, além disso, competente a autoridade em cuja área se encontram os objectos a apreender.

Artigo 72.º

(Impugnação judicial de apreensão)

A impugnação judicial de apreensão obedecerá ao regime da impugnação da decisão de aplicação de uma coima, não sendo, contudo, admissível recurso da decisão do tribunal da comarca quando o valor dos objectos apreendidos não exceda 50 000\$.

Artigo 73.º

(Processo extraordinário de impugnação)

1 — A requerimento do interessado, será admissível a impugnação extraordinária da decisão de apreensão após o seu trânsito em julgado, quando o requerente sustente que:

- a) Ao tempo do trânsito em julgado da decisão era titular de um direito sobre o objecto que foi atingido ou extinto pela apreensão;
- b) Não pôde, sem que tal se possa imputar a culpa sua, participar ou ter conhecimento no processo que antecedeu a respectiva decisão.

2 — O requerente deverá ser apresentado perante a autoridade administrativa que decidiu a apreensão no prazo de quinze dias após o conhecimento do trânsito em julgado e nunca um ano depois do trânsito em julgado.

3 — A decisão será da competência do tribunal da comarca em cuja área tem a sua sede a autoridade que ordenou a apreensão, aplicando-se o disposto no artigo 53.º.

4 — Antes da decisão poderá o tribunal, com a concordância do representante do Ministério Público, revogar a ordem de apreensão sempre que se afigure que os custos do processo possam ser claramente desproporcionados.

5 — Da decisão do tribunal cabe recurso para a relação, segundo os termos da presente lei, quando o valor do objecto exceda 50 000\$.

Artigo 74.º

(Processo relativo a pessoas colectivas ou equiparadas)

1 — As pessoas colectivas ou associações serão representadas no processo por quem legal ou estatutariamente as deva representar.

2 — Nos processos a que se refere o número anterior será também competente para a aplicação da coima a autoridade administrativa em cuja área a pessoa colectiva ou a associação tem a sua sede.

CAPÍTULO VII

Da execução

Artigo 75.º

(Pagamento da coima)

1 — O trânsito em julgado da decisão de aplicação da coima torna a decisão exequível, não podendo contudo promover-se a execução antes de decorridas duas semanas sobre o trânsito em julgado.

2— O pagamento deverá ser feito durante aquelas duas semanas na Caixa Geral de Depósitos contra recibo, cujo duplicado será entregue à autoridade administrativa ou tribunal que tiver proferido a decisão que torna exigível o pagamento da coima.

3— Em caso de pagamento parcial, e salvo indicação em contrário do arguido, o pagamento será, por ordem de prioridades, levado à conta da coima, das sanções acessórias e, por último, das custas.

4— Quando a coima ultrapasse 2000\$, poderá a autoridade administrativa ou o tribunal autorizar o seu pagamento em prestações, que se tornam todas imediatamente exigíveis em caso de não pagamento tempestivo de uma delas.

5— Quando a coima exceder o limite fixado no número anterior, poderão ainda as autoridades administrativas ou o tribunal fixar um prazo de pagamento diferente do previsto neste artigo, nunca superior a meio ano.

6 — As autoridades competentes poderão posteriormente alterar as facilidades de pagamento previstas nos n.ºs 4 e 5, só podendo, contudo, fazê-lo dentro do prazo previsto e nunca em desfavor do arguido, a não ser na base de factos novos ou de novos meios de prova.

Artigo 76.º

(Da execução)

1 — O não pagamento em conformidade com o disposto no artigo anterior dará lugar à execução, que será promovida perante o tribunal competente segundo o artigo 52.º,

salvo quando a decisão que dá lugar à execução tiver sido proferida pela relação, caso em que a execução poderá também promover-se perante o tribunal da comarca do domicílio do executado.

2 — A execução será promovida pelo representante do Ministério Público junto do tribunal competente e obedecerá aos termos da execução por custas, aplicando-se, devidamente adaptado, o disposto no artigo 640.º do Código de Processo Penal.

3 — Quando a execução tiver por base uma decisão da autoridade administrativa, esta remeterá os autos ao representante do Ministério Público competente para promover a execução.

4 — O disposto neste artigo aplica-se, com as devidas adaptações, à sanção pecuniária prevista no artigo 45.º, n.º 2, bem como às sanções acessórias que obriguem ao pagamento de uma importância pecuniária.

Artigo 77.º (Tramitação)

1 — O tribunal perante o qual se promove a execução será competente para decidir sobre todos os incidentes e questões suscitados na execução, nomeadamente:

- a) A admissibilidade da execução;
- b) As decisões tomadas pelas autoridades administrativas em matéria de facilidades de pagamento.

2 — Admite-se, todavia, recurso para a relação nos seguintes casos:

- a) Admissibilidade de execução de coima aplicada por via judicial;
- b) Nos casos referidos na alínea b) do número anterior, quando as decisões forem da competência do tribunal da comarca.

3 — As decisões referidas nos n.ºs 1 e 2 serão tomadas sem necessidade de audiência oral, assegurando-se ao arguido ou ao Ministério Público a possibilidade de justificarem, por requerimento escrito, as suas pretensões.

CAPITULO VIII **Das custas**

Artigo 78.º (Princípios gerais)

1 — Se o contrário não resultar desta lei, as custas em processo de contra-ordenação regular-se-ão pelo disposto nos artigos 171.º e seguintes do Código das Custas Judiciais.

2 — As decisões das autoridades administrativas que decidam sobre a matéria do processo deverão fixar o montante das custas e determinar quem as deve suportar.

3 — As custas abrangem, nos termos normais, o imposto de justiça, os horários dos defensores oficiosos, os emolumentos a pagar aos peritos e os demais encargos resultantes do processo.

Artigo 79.º (Do imposto de justiça)

1 — O processo de contra-ordenação que corre perante as autoridades administrativas não dará lugar ao pagamento de imposto de justiça.

2 — Está também isenta de impostos de justiça a impugnação judicial de qualquer decisão das autoridades administrativas.

3 — Darão lugar ao pagamento de imposto de justiça todas as decisões judiciais desfavoráveis ao arguido.

4 — O imposto de justiça não será inferior a 100\$ nem superior a 50 000\$, devendo o seu montante ser fixado em razão da situação económica do infractor, bem como da complexidade do processo.

5 — O seguimento de qualquer recurso para o tribunal da relação dependerá do pagamento de imposto de justiça, que será de 200\$ e deverá ser liquidado até quarenta e oito

horas após a apresentação do recurso.

Artigo 80.º
(Das custas)

1— Os honorários dos defensores oficiosos e os emolumentos devidos aos peritos obedecerão às tabelas do Código das Custas Judiciais.

2 — As custas deverão, entre outras, cobrir as despesas efectuadas com:

- a) O transporte dos defensores e peritos;
- b) As comunicações telefónicas, telegráficas ou postais, nomeadamente as que se relacionam com as notificações;
- c) O transporte de bens apreendidos;
- d) A indemnização das testemunhas.

3 — As custas serão suportadas pelo arguido em caso de aplicação de uma coima pela autoridade administrativa, de desistência ou rejeição da impugnação judicial ou dos recursos de despacho ou sentença condenatórios.

4 — As custas serão suportadas pelo erário público nos demais casos.

Artigo 81.º
(Impugnação das custas)

1 — O arguido poderá, nos termos normais, impugnar a decisão da autoridade administrativa relativa às custas, devendo a impugnação ser apresentada no prazo de quarenta e oito horas, a partir do conhecimento da decisão a impugnar.

2 — Da decisão do tribunal da comarca só há recurso para a relação quando as custas excederem os 100 000\$.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 6 de Junho de 1979. — Carlos Alberto da Mota Pinto — Eduardo Henriques da Silva Correia.

Promulgado em 2 de Julho de 1979. Publique-se.

O Presidente da República, ANTÓNIO RAMALHO EANES.

(Diário da República, 1.ª série, n.º 169, de 24 de Julho de 1979.)

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 5/81

Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Criação de impostos — Autorização legislativa — Conceito fiscal de rendimento do trabalho — Princípio da igualdade — Declaração de inconstitucionalidade — Retroactividade das normas tributárias.

1. Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Presidente da Assembleia da República solicitou ao Conselho da Revolução que se pronunciasse sobre a constitucionalidade das normas constantes da alínea j) do artigo 17.º da Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio, da alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional, aditada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho, e ainda da que se contém no artigo 3.º deste Decreto-Lei n.º 183-D/80.

Quanto à primeira norma — a da alínea j) do artigo 17.º citado — apenas se pretende vê-la analisada na parte em que concede autorização legislativa ao Governo para considerar rendimentos de trabalho, e como tal sujeitos ao imposto profissional, as importâncias, qualquer que seja a sua natureza, recebidas pelos empregados por conta de outrem, no exercício da sua actividade, ainda que não atribuídas pela respectiva entidade patronal.

Nos termos do preceituado na alínea o) do artigo 284.º da Constituição e na alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, o Conselho da Revolução solicitou a esta Comissão Constitucional o competente parecer.

2. O pedido que foi feito encontra-se instruído com um requerimento dirigido ao Presidente da Assembleia da República pelo Sindicato dos Empregados das Salas de Jogos dos Casinos, no qual estes sustentam a inconstitucionalidade das normas acima apontadas.

Em tal requerimento é referido que a questão suscitada constitui agora o 3.º pedido de declaração de inconstitucionalidade, sendo os anteriores referentes a normas dos anos transactos, mas de idênticas natureza e propósito.

O primeiro pedido, que respeitava à constitucionalidade da norma da alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 138/78 de 12 de Junho, deu lugar ao parecer n.º 3/79, de 1 de Fevereiro, da Comissão Constitucional, e à Resolução do Conselho da Revolução n.º 62/79, de 3 de Março (*Pareceres da Comissão Constitucional*, 7.º vol., pp. 203 e segs.).

O pedido que se lhe seguiu — que queria se apreciasse a inconstitucionalidade das normas constantes do Decreto-Lei n.º 297/79, de 17 de Agosto, que alterou a redacção dos artigos 1.º, 3.º, 5.º e 55.º do Código do Imposto Profissional — provocou o parecer n.º 5/80, da Comissão Constitucional, de 26 de Fevereiro, ainda não publicado, e a Resolução do Conselho da Revolução n.º 116/80, de 25 de Março (*Diário da República*, n.º 80, de 5 de Abril, 1.ª série).

Ambos os pareceres e as resoluções aos mesmos respeitantes concluíram pela inconstitucionalidade das normas que foram apreciadas, mas em nenhum deles se chegou a abordar e a tratar o aspecto que verdadeiramente interessa ao Sindicato dos Empregados das Salas de Jogos dos Casinos — o de as normas em causa violarem o disposto no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, uma vez que se estabelece um regime mais gravoso em relação a determinados cidadãos em função exclusiva da sua profissão.

E embora invoque outros fundamentos para a inconstitucionalidade pretendida, este é o aspecto fundamental cujo esclarecimento permitirá ao Sindicato acautelarem devidamente os direitos dos trabalhadores que representa.

3. Em cumprimento do disposto no n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, foram notificados o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro, mas só aquele respondeu limitando-se, todavia a oferecer o merecimento que eventualmente possa assistir à solicitação feita.

4. Na petição que o Sindicato dos Empregados das Salas de Jogos dos Casinos endereçou ao Presidente da Assembleia da República e que instruiu o pedido feito por este ao Conselho da Revolução, sustenta-se que as inconstitucionalidades que se pretende ver apreciadas e declaradas surgiram porque o Governo não dispunha de qualquer autorização legislativa válida que lhe permitisse legislar sobre a definição da matéria colectável para

efeitos de imposto profissional. Para além disso a norma da alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional, aditada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho, é também inconstitucional por desrespeitar o disposto no n.º 2 da Lei Fundamental e ainda por sujeitar os rendimentos provenientes de gorjetas ou gratificações a dupla tributação.

Finalmente, sustenta-se ali que é desconforme à Lei Fundamental a aplicação do Decreto-Lei n.º 183-D/80 (artigo 3.º) aos rendimentos auferidos em todo o ano de 1980, na medida em que se retira, retroactivamente e com referência a Janeiro de 1980, os efeitos à Resolução n.º 116/80, do Conselho da Revolução, violando-se dessa forma o disposto nos artigos 280.º e 281.º da Constituição.

5. Em 26 de Maio de 1980 foi aprovada na Assembleia da República a Lei do Orçamento para o mesmo ano — Lei n.º 8-A/80.

Através desta lei e relativamente ao imposto profissional, foi concedida autorização ao Governo para «rever as regras de incidência do imposto, por forma a abranger todos os rendimentos do trabalho ou com este relacionados» e «caracterizar certos tipos de subsídios e outros benefícios ou regalias sociais considerados rendimentos do trabalho» — alíneas f) e l) do artigo 17.º

Na sequência desta Lei do Orçamento surgiu o Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho, que, no seu artigo 1.º, veio alterar vários preceitos do Código do Imposto Profissional. Assim foi acrescentada a alínea e) ao § 2.º do artigo 1.º, que ficou com a seguinte redacção:

Artigo 1.º...

§ 2.º Para efeitos do disposto neste artigo consideram-se também rendimentos do trabalho:

e) As importâncias, qualquer que seja a sua natureza, recebidas pelos empregados por conta de outrem no exercício da sua actividade, ainda que não atribuídas pela respectiva entidade patronal.

O artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, por sua vez, prescreveu o seguinte:

1 — As disposições constantes dos artigos 1.º, 3.º, 5.º e 10.º — excepto as alíneas l) e m) do n.º 1 do corpo do artigo — e 21.º do Código do Imposto Profissional, segundo a redacção dada pelo artigo 1.º do presente Decreto-Lei e, bem assim, a tabela das actividades exercidas por conta própria, a que se refere o artigo anterior, são aplicáveis às remunerações ou rendimentos recebidos ou postos à disposição dos seus titulares nos anos de 1980 e seguintes.

2 — ...

6. O imposto que está em causa é o imposto profissional que foi criado pela reforma fiscal de 1929 — Decreto n.º 16 731, de 13 de Abril desse ano.

Este imposto — que tem por incidência os rendimentos do trabalho, quer os auferidos em actividades por conta de outrem, quer os auferidos em actividades por conta própria — foi inicialmente englobado na contribuição industrial e só na data acima apontada foi autonomizado.

O parecer desta Comissão n.º 3/79, que resultou do primeiro pedido feito pelo Sindicato dos Empregados das Salas de Jogos dos Casinos, abordou aspectos vários do imposto profissional, designadamente a sua caracterização, a sua evolução e as relações com outros impostos.

Não vamos, agora, aqui, voltar a referir tais pontos, pois isso representaria actividade desnecessária, limitando-nos a remeter para esse referido parecer e para as várias citações que nele se contêm.

Mas interessa-nos atentar nas normas referentes à incidência do imposto, pois aí tem de se procurar a solução do problema que nos ocupa.

E é à incidência real — a definição do pressuposto de facto e da matéria colectável do imposto (artigo 1.º do Código do Imposto Profissional) — que principalmente devemos atender, mais do que à incidência pessoal, isto é, à definição do obrigado tributário (artigo 2.º do mesmo Código).

Na realidade, o que está em causa é justamente o saber se aquelas gratificações que os empregados das Salas dos Jogos dos Casinos recebem, mas que não lhes são atribuídas pela entidade patronal, constituem ou não matéria colectável para efeitos de im-

posto profissional.

7. O artigo 1.º do Código do Imposto Profissional prescreve que «o imposto profissional incide sobre os rendimentos do trabalho em dinheiro ou espécie, de natureza contratual ou não, periódicos ou ocasionais, fixos ou variáveis, seja qual for a sua proveniência ou o local, moeda e forma estipulada para o seu cálculo e pagamento».

E o § 1.º estabelece que «constituem rendimentos do trabalho todas as respectivas remunerações, quer percebidas a título de ordenados, vencimentos, salários, soldadas ou honorários, quer a título de avenças, senhas de presença, gratificações, luvas, percentagens, comissões, correctagens, participações, subsídios, prémios ou a qualquer outro».

E no § 2º continua-se a enumeração que consta do § 1.º, sendo precisamente aqui que foram acrescentadas 2 alíneas — a e) e a f) — pelo Decreto-Lei n.º 183-D/80, em consequência da autorização contida na Lei n.º 8-A/80, aquela que aprovou as linhas gerais do Orçamento Geral do Estado para 1980.

Com efeito, como vimos, a alínea j) do artigo 17.º desta lei autorizou o Governo a «rever as regras de incidência do imposto por forma a abranger todos os rendimentos do trabalho ou com estes relacionados».

O resultado desta autorização, no que concerne ao imposto profissional, foi o passar a considerar-se também como rendimentos do trabalho, «as importâncias, qualquer que seja a sua natureza, recebidas pelos empregados por conta de outrem no exercício da sua actividade, ainda que não atribuídas pela respectiva entidade patronal» — alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional.

8. Uma das características do Estado de Direito é o princípio da legalidade do imposto, por força do qual deve ser a lei — e só ela — a determinar a existência de impostos e a fixar-lhes e definir-lhes os seus elementos essenciais.

Por isso, sendo o Estado Português um Estado de Direito, não podia a nossa Lei Fundamental deixar de receber o princípio da legalidade tributária — artigos 106.º, 164.º, alínea g), e 167.º, alínea o) — que julgamos não deixarem dúvidas quanto à sua consagração.

E assim, todos e quaisquer impostos devem ser criados por lei, que terá também de os definir, determinando os elementos essenciais de cada um (incidência, taxa, benefícios fiscais e garantias concedidas aos contribuintes).

Assim, quando o n.º 2 do artigo 106.º da Constituição fala em lei é à lei da Assembleia da República que se refere ou, mediante autorização desta, ao decreto-lei do Governo.

9. Chegados aqui, é a altura de apreciarmos, então, as pretendidas inconstitucionalidades.

Começamos pela da alínea j) do artigo 17.º da Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio que, relativamente ao imposto profissional, autorizou o Governo a «*rever as regras de incidência do imposto por forma a abranger todos os rendimentos do trabalho ou com ele relacionados*».

Ora, quando o Governo, no uso desta autorização, fez publicar o Decreto-Lei n.º 183-D/80 e, através dele, acrescentou ao § 1.º do Código do Imposto Profissional uma alínea — a e) — ele excedeu ou não a autorização legislativa que lhe fora concedida?

Julgamos que não.

Como resulta do § 1.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional, as gorjetas ou gratificações concedidas pela entidade patronal, a título de prémio ou recompensa, mas com ligação com o trabalho prestado ou a prestar pelo beneficiário, estão sujeitos ao imposto profissional, sendo consideradas rendimentos do trabalho por conta de outrem.

Porém, sobre as gorjetas que não são atribuídas pela entidade patronal, não tem incidido o imposto profissional, por se ter entendido que elas se encontravam fora do conceito legal de rendimento do trabalho por conta de outrem e cremos que também por impossibilidade prática de fazer a sua tributação.

Com o Decreto-Lei n.º 138/78, de 12 de Junho, quis tributar-se, pela primeira vez, as gorjetas não atribuídas pela entidade patronal, criando-se um novo caso de incidência real para o imposto profissional, mas a inconstitucionalidade da norma que assim dispôs, veio a ser a declarada, com força obrigatória geral, pelo Conselho da Revolução³¹⁶, na

³¹⁶ Resolução n.º 62/79, no *Diário da República*, n.º 52, de 3 de Março de 1979.

sequência do referido parecer n.º 3/79.

As razões, porém, que levaram a essa declaração de inconstitucionalidade não se verificam, desta vez, relativamente à nova tentativa do Governo para tributar as gorjetas ou gratificações referidas. A Lei n.º 8-A/80 caracterizou perfeitamente o objecto da autorização, de modo que o Governo, ao legislar como legislou, conhecia com exactidão o que lhe era permitido e até onde podia ir; e não excedeu os limites que lhe foram fixados.

Assim, não se verifica, agora, qualquer violação do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 106.º e alínea o) do artigo 167.º da Constituição e não há, por isso, nesta parte, qualquer inconstitucionalidade.

Só assim não seria se se defendesse que as gorjetas em causa não podem ser consideradas rendimentos do trabalho ou com este relacionados.

Mas julgamos que uma tal posição não corresponde à verdade, sobretudo se tivermos em conta que o conceito de rendimentos do trabalho para efeitos fiscais, é mais amplo que para quaisquer outros.

E parece que nada obsta a que as gorjetas sejam consideradas como rendimentos dessa natureza.

Quem as dá, dá-as por sua livre vontade, podendo os motivos para isso ser o mais variado possível. No caso concreto do jogo nos casinos, por exemplo, podemos admitir que as esportule aquele que foi feliz e em regozijo por isso; mas também as pode dar, ao invés, aquele que, perseguido pela pouca sorte, promete ali mesmo desistir e não voltar ao jogo.

Mas o que parece inegável é que há, aqui, sempre um carácter de contrapartida a qualquer coisa que veio da parte daquele que foi contemplado com a gorjeta, muito embora os serviços que as originam, e no que se refere àquele que as dá, não constituam para ele fonte de quaisquer obrigações.

E não interessa estar a discutir se a gorjeta reveste ou não a natureza de doação, designadamente de doação remuneratória, porquanto o Código Civil diz hoje claramente que «não há doação nos donativos conformes aos usos sociais» — n.º 2 do artigo 940.º

Ora, a gorjeta é isso mesmo — um donativo conforme aos usos sociais.

Haverá, então, alguma razão para que estas liberalidades não sejam tributadas como rendimentos do trabalho?

Julgamos que não. E não se estranhe que isso se faça, pois não seria, agora, que, pela primeira vez, se procurava a tributação de liberalidades, pois, desde sempre, as doações — e essas são liberalidades nítidas e perfeitamente caracterizadas — o foram e isso não levantou quaisquer obstáculos.

Pretende-se, agora, incluir as gorjetas referidas nos rendimentos do trabalho e sujeitá-las, por conseguinte, ao imposto profissional.

Ora, parece que nada há, na Lei Fundamental, que impeça que assim se proceda. Posto é que as coisas sejam feitas por forma a evitar indevidas duplicações de colecta.

Importa, portanto, concluir que a alínea j) do artigo 17.º da Lei n.º 8-A/80, ao conceder ao Governo a referida autorização legislativa não desrespeitou o disposto na Constituição ou os seus princípios, assim como também há que aceitar que o Governo, ao legislar como legislou, não excedeu os limites que lhe foram fixados.

10. Prossigamos, então, debruçando-nos, agora, sobre a norma que se contém na alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional, aditada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho.

Pretende-se que esta norma é inconstitucional, dado que estabelece um regime mais gravoso em relação a determinados cidadãos em função exclusiva da sua profissão. Violar-se-ia, assim, o disposto no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição.

Será assim?

O princípio da igualdade, no terreno dos impostos, encontra-se formulado na Constituição, resultando do disposto no referido artigo 13.º, em conjugação com o preceituado nos artigos 105.º, 106.º e 107.º

E na base deste princípio da igualdade tributária está o conteúdo material do Estado de Direito, tendendo para a proibição do tratamento desigual que se não funde em razões objectivas.

Deste modo, o princípio da igualdade comporta um duplo conteúdo: um que é negativo — que se traduz no princípio da generalidade — e um outro que é positivo — que se traduz no *princípio da capacidade contributiva*.

Esta igualdade é, contudo, necessariamente relativa e não impede que o

legislador escolha e trate livremente as situações da vida que considere como factos tributáveis.

O mais que deverá é atender, na selecção que venha a fazer, a que a situação escolhida seja reveladora de capacidade contributiva. A isto ele não deverá fugir e sempre há-de ter em conta tal capacidade na definição dos critérios da medida do tributo³¹⁷.

Ora bem.

Ao acrescentar a alínea e) ao § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional, o legislador estabeleceu um regime mais gravoso em relação aos empregados das salas de jogos dos casinos, tributando-os de modo diferente relativamente a outros trabalhadores que porventura se encontrem na mesma situação?

Não vemos que isso resulte da norma acrescentada, pois nenhuma prova, nenhum elemento, há que nos mostre que, embora com a aparência de aplicação a todos os contemplados com determinadas gorjetas, só se queria verdadeiramente tributar os empregados da banca dos casinos.

Pelo contrário a norma revela-se com todas as características da generalidade — o tal conteúdo negativo do princípio da igualdade — não se estabelecendo a exclusão de tal tributo de quem quer que seja.

Obrigados tributários são todos aqueles que receberem gorjetas e não só os empregados de banca dos casinos. De modo algum se vê que apenas estes sejam definidos como obrigados tributários e o que se verificou, foi um alargamento da incidência real do imposto, por forma a abranger as gratificações e gorjetas de que tratamos.

É certo que na generalidade dos casos é praticamente impossível controlar as pessoas que recebem as gorjetas e o montante das mesmas.

Não sucede isso com os empregados de banca dos casinos, pois quanto a estes o regime criado para a sua distribuição entre todos os beneficiários possibilita ao fisco poder saber exactamente aquilo que cada um recebeu de tal proveniência (artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 41 812, de 9 de Agosto de 1958, com a redacção do Decreto n.º 43 044, de 2 de Junho de 1960).

Mas isto não quer dizer que todos aqueles que recebem gorjetas ou gratificações de terceiros em razão de serviços prestados não estejam também contemplados na alínea e) do § 2.º do Código do Imposto Profissional e não sejam igualmente obrigados tributários.

Simplemente, na grande maioria das situações, não há a mínima possibilidade de identificar quais os contemplados e fazer a respectiva contabilização.

Ora, isto juntamente com a proibição existente de se tributar à base de presunções de rendimentos mínimos, torna a norma em causa inoperante, na quase totalidade das situações. E mesmo que se fosse para o sistema da declaração do contribuinte, só com muito optimismo se poderia admitir que a norma pudesse funcionar com alguma amplitude.

Mas a verdade é que ela está de pé e, em princípio, para funcionar. E não se vê que por ela seja criada qualquer discriminação em prejuízo dos empregados da banca dos casinos e se estes são tributados pelas gorjetas que recebem de terceiros e outros o não são, isso não se deve ao disposto na alínea e) do § 2.º do artigo 1.º citado.

Se as suas queixas têm fundamento, elas não podem ser consequência da disposição que apreciamos; e, quando muito, pode dizer-se que a aparente desigualdade deriva daquelas normas que criam para os empregados dos jogos dos casinos um regime especial de distribuição das gorjetas por todos os beneficiários fornecendo-se desse modo, ao fisco, a maneira de este os identificar e de poder apurar quanto cada um deles recebeu.

Não há, por conseguinte, também a apontada inconstitucionalidade da alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional.

³¹⁷ Veja-se Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, vol. 1, 1974, pp. 105 e segs.

Sobre as dificuldades de caracterização do princípio da igualdade em matéria de impostos, pode ver-se Maurice Duverger, *Finances Publiques*, pp. 111 e segs. e Teixeira Ribeiro, *Lições de Finanças Públicas*, pp. 268 e segs.

11. Resta, finalmente, contemplar a alegada inconstitucionalidade do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho, que manda aplicar as novas redacções de vários preceitos do Código do Imposto Profissional às remunerações ou rendimentos recebidos ou postos à disposição dos seus titulares nos anos de 1980 e seguintes.

Em fundamento desta pretendida inconstitucionalidade diz-se na exposição do Sindicato dos Empregados das Salas de Jogos dos Casinos que a aplicação daquelas novas disposições do Código do Imposto Profissional com efeitos a partir de Janeiro de 1980 tira todo o conteúdo e alcance à declaração de inconstitucionalidade constante da Resolução n.º 116/80, de 5 de Abril, do Conselho da Revolução.

Violar-se-iam, assim, os artigos 280.º e 281.º da Lei Fundamental. Mas não tem razão.

Em primeiro lugar, porque a referida Resolução do Conselho da Revolução fez assentar a inconstitucionalidade do diploma em causa na falta de referenda, o que determinaria a sua inexistência jurídica — artigos 141.º, n.º 1, e 137.º, n.º 1, alínea b), da Lei Fundamental.

Em segundo lugar, porque uma declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de qualquer norma, seja ela emanada dos órgãos de soberania, seja-o dos órgãos do poder regional ou local, não impede que aquele que a elaborou venha, depois daquela declaração, publicar nova norma procurando afastar as razões que ditaram a declaração de inconstitucionalidade.

Aliás, no caso concreto nem se põe, agora, qualquer questão sobre a problemática da referenda. O que se volta é a insistir na tributação das gratificações ou gorjetas recebidas pelos empregados por conta de outrem, no exercício da sua actividade, ainda que não atribuídas pela respectiva entidade patronal, matéria sobre que ainda não recaiu qualquer juízo de constitucionalidade por parte do Conselho da Revolução, não obstante as duas tentativas já feitas nesse sentido, anteriormente.

De resto, uma declaração de inconstitucionalidade de uma norma, com força obrigatória geral, respeita essencialmente ao seu campo de aplicação. Na realidade, as normas inconstitucionais de direito interno não podem ser aplicadas pelos tribunais, seja qual for o tipo de inconstitucionalidade que as inquine — artigo 280.º

Mas uma tal declaração já não pode funcionar, nos mesmos termos, relativamente ao campo de elaboração das normas legais. É evidente que a declaração de inconstitucionalidade não é indiferente, até para que a nova norma não venha a padecer do mesmo vício da anterior. Mas ela não pode impedir que se legisle, de novo, sobre matéria que já foi considerada, em algumas das suas implicações, desconforme à Constituição.

O que, no caso concreto, se pode pôr, sim, é, antes, um problema de retroactividade das normas tributárias, problema altamente discutido e controverso até porque, no caso português, a nossa Lei Fundamental, contrariamente ao que fez para a matéria penal (artigo 29.º, n.º 1), parece não conhecer qualquer cláusula constitucional genérica de não retroactividade.

Mas julgamos que nem, aqui, o preceito de que tratamos se revela em oposição ao disposto no texto constitucional.

É que as alterações ao Código do Imposto Profissional resultaram da Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio, que aprovou o Orçamento para o mesmo ano.

Ora, em condições normais, entre nós, o Orçamento entra em vigor em 1 de Janeiro e principia a preparar-se antes de 30 de Junho, data até à qual os serviços de cada departamento ou Ministério devem enviar os projectos de orçamento das suas despesas à respectiva delegação da Direcção-Geral da Contabilidade Pública — artigo 7.º do Decreto n.º 25 538, de 26 de Junho de 1935.

Até 15 de Setembro o Governo tem de apresentar à Assembleia da República a proposta de lei do Orçamento; mas enquanto não são reformadas a gestão orçamental e a contabilidade pública pode fazê-lo até 15 de Outubro (Lei n.º 64/77, de 26 de Agosto).

Por sua vez, a Assembleia da República deve votar a Lei do Orçamento até 15 de Dezembro. Uma vez este elaborado ele é posto em execução pelo Governo e deve sê-lo de modo a entrar em vigor no início do ano económico, isto é, em 1 de Janeiro (Lei n.º 64/77, artigos 11.º, 13.º, n.º 1, e 14.º, n.º 1).

Isto porque, no nosso país funciona a regra da anualidade orçamental, n.º 1, do artigo 108.º, da Constituição. Deste modo, o período financeiro é de 1 ano e começa em 1 de Janeiro para terminar em 31 de Dezembro, coincidindo com o ano civil.

Pois bem.

Se todos estes prazos tivessem sido cumpridos, não era possível admitir poder haver qualquer problema de retroactividade, quanto à aplicação do artigo 3.º do Decreto-Lei

n.º 183-D/80, de 9 de Junho. Este preceito teria surgido por forma a que estivesse em vigor no dia 1 de Janeiro, para valer daí para a frente.

Como, porém, por razões várias, ele só serviu mais tarde, a regra da anualidade orçamental leva todavia, a que se considere que tudo se passa como se ele tivesse começado a produzir efeitos no primeiro dia do período financeiro.

E não poderá aceitar-se também que tal norma é de natureza interpretativa? E se assim for . . . não haverá retroactividade.

Não pode esquecer-se igualmente que se está no campo de um imposto que incide sobre rendimentos do trabalho e que as alterações nas remunerações e rendimentos a ele sujeitos, que implicam mudança de taxa e, conseqüentemente, do imposto devido, serão atendidas na medida do possível durante o último trimestre do ano, mediante as respectivas compensações.

Sempre haveria, pois, a possibilidade de se fazer um cálculo a abranger o ano todo.

Parece, assim, que o problema posto não configura uma situação de retroactividade.

Mas para quem assim não entenda as coisas, ainda aí haveria que concluir pela mesma forma, isto é, pela não desconformidade do artigo 3.º em causa com a Lei Fundamental.

Por um lado, nada há nesta que consagre, em matéria fiscal, a não retroactividade, como foi feito para a matéria penal³¹⁸.

Por outro lado, no caso concreto, a retroactividade não assume, como sempre deveria exigir-se para ser inconstitucional, o carácter de clara violação do princípio do Estado de Direito.

Por todo o exposto, esta Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade da alínea j) do artigo 17.º da Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio, da alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional e do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho.

Lisboa e Comissão Constitucional, 19 de Março de 1981. — *Afonso Cabral de Andrade* — *Rui de Alarcão* — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* — *Fernando Amâncio Ferreira* — *Armando Ribeiro Mendes* — *Hernâni de Lencastre* — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

³¹⁸ Sobre a retroactividade das leis fiscais e o ser ela ou não regra constitucional, podem ver-se Giannini, *Instituzione*, p. 39, e Berliri, *Corso*, I, p. 21. Pode também ver-se a *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 107.º, p. 283.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 72/81

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da Assembleia da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade da alínea j) do artigo 17.º da Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio, da alínea e) do § 2.º do artigo 1.º do Código do Imposto Profissional e do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho.

Aprovada em Conselho da Revolução em 25 de Março de 1981.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 84, de 10 de Abril de 1981.)

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio

.....
Artigo 17.º

(Imposto profissional)

Relativamente ao imposto profissional, é concedida ao Governo autorização
para:

- a) Rever a tributação das pessoas singulares que, trabalhando por sua conta, recebam comissões por angariação de seguros, alterando, em conformidade, o § 1.º do artigo 2.º do respectivo Código;
- b) Integrar no artigo 4.º do Código do Imposto Profissional a isenção concedida pelo n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 9/79, de 19 de Março;
- c) Actualizar os limites dos escalões dos rendimentos, aumentando-os em 50 %, por forma a aliviar a carga fiscal dos rendimentos do trabalho;
- d) Rever as isenções previstas nas alíneas a), b) e c) do artigo 4.º do Código do Imposto Profissional, no sentido de abranger apenas as pessoas que auferam rendimentos-base em conformidade com os estabelecidos para as correspondentes categorias da tabela de vencimentos da função pública;
- e) Elevar para 105 000\$ o limite de isenção referido no artigo 5.º do respectivo Código;
- f) Alterar o regime tributário dos rendimentos plurianuais percebidos globalmente pelos profissionais por conta própria, permitindo o reporte dos mesmos rendimentos ao ano ou anos durante os quais foi prestado o trabalho, mas de modo que este regime se não aplique para além dos três anos anteriores ao da sua percepção;
- g) Rever os encargos inerentes ao exercício das actividades profissionais de conta própria que devam ser deduzidos ao rendimento ilíquido para efeitos da determinação da matéria colectável, desde que devidamente documentados e aceites pela administração fiscal, segundo critérios de razoabilidade;
- h) Actualizar o montante das deduções constantes da tabela anexa ao Código do Imposto Profissional e rever a lista das actividades nela abrangidas;
- i) Corrigir o regime previsto no n.º 1.º do § 1.º e no § 2.º do artigo 10.º, por forma a evitar situações de dupla dedução e excluir do rendimento ilíquido anual as importâncias cobradas a título de provisão ou adiantamento, a que se refere a alínea b) do § 4.º do artigo 8.º do Código do Imposto Profissional;
- j) Rever as regras de incidência do imposto, por forma a abranger todos os rendimentos do trabalho ou com este relacionados;
- k) Caracterizar certos tipos de subsídios e outros benefícios ou regalias sociais considerados rendimentos de trabalho;
- l) Fixar a data a partir da qual se contarão os prazos de reclamação e impugnação a que se refere o artigo 55.º do Código, nos casos em que, feito o apuramento do rendimento colectável, não haja lugar a liquidação ou anulação nos termos dos artigos 32.º e 33.º do mesmo diploma.

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DO PLANO

Decreto-Lei n.º 183 D/80, de 9 de Junho

Artigo 1.º Os artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º-A, 7.º-B, 8.º, 10.º, 21.º, 55.º e 59.º do Código do Imposto Profissional passam a ter a seguinte redacção:

Artigo 1.º
§ 1.º
§ 2.º

- a) As importâncias, qualquer que seja a sua natureza, recebidas pelos empregados por conta de outrem no exercício da sua actividade, ainda que não atribuídas pela respectiva entidade patronal;
- b) Os subsídios e outros benefícios ou regalias sociais auferidos no exercício ou em razão do exercício da actividade profissional.

§ 3.º

Artigo 3.º — 1 — As disposições constantes dos artigos 1.º, 3.º, 5.º, 10.º [excepto as alíneas l) e m) do n.º 1 do corpo do artigo] e 21.º do Código do Imposto Profissional, segundo a redacção dada pelo artigo 1.º do presente decreto-lei, e, bem assim, a tabela das actividades exercidas por conta própria, a que se refere o artigo anterior, são aplicáveis às remunerações ou rendimentos recebidos ou postos à disposição dos seus titulares nos anos de 1980 e seguintes.

2— As disposições constantes dos artigos 4.º, § 1.º, 7.º-B, alínea b), e 10.º, alíneas i) e m) do seu n.º 1.º, do referido Código são aplicáveis às remunerações ou rendimentos recebidos ou postos à disposição dos seus titulares nos anos de 1981 e seguintes.

3 — As importâncias que, por virtude das alterações referidas no n.º 1 deste artigo, se considerem a mais ou a menos deduzidas e entregues nos cofres do Estado nos termos dos artigos 26.º, 27.º e 29.º do Código serão compensadas, sempre que possível, nas importâncias a deduzir às remunerações ou rendimentos a pagar ou a atribuir até ao fim do ano em curso.

4 — As importâncias que não possam ser compensadas de conformidade com o número anterior serão objecto de liquidação ou restituição, nos termos dos artigos 32.º ou 33.º do Código.

.....

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 6/81

Possibilidade e condições de ingresso dos magistrados oriundos do quadro do ultramar nos quadros da magistratura metropolitana — Princípio da igualdade.

1. Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Provedor de Justiça solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração da inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 196.º da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro (Estatuto dos Magistrados Judiciais).

De harmonia com o disposto na alínea a) do artigo 284.º da Constituição e na alínea a) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 503-F/ 76, de 30 de Junho, foi esta Comissão chamada a emitir parecer.

2. Considera o Provedor de Justiça na sua solicitação que o Decreto-Lei n.º 402/75, de 25 de Julho, no seu artigo 2.º, n.º 4, veio impor o respeito pela ordem de antiguidade dos magistrados de 2.ª instância do ultramar, à data da sua entrada em vigor. Tal princípio foi também estendido aos juizes de direito do ultramar por força do artigo 3.º, n.º 2, do mesmo diploma.

Com a publicação da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro, teria, na opinião do Provedor de Justiça, vindo a ser afastado tal princípio pelo legislador.

Com efeito, o artigo 190.º desta lei estabelece, no seu n.º 1, que «a antiguidade dos magistrados judiciais compreende o tempo de serviço prestado na magistratura do Ministério Público, nomeadamente para efeito do disposto no n.º 3 do artigo 27.º». O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que «são ressalvadas as posições relativas constantes de listas definitivas de antiguidade elaboradas ao abrigo de legislação anterior à entrada em vigor do presente diploma».

No dizer do Provedor de Justiça, a ressalva do n.º 2 do artigo 190.º traduziu a preocupação do legislador da Lei n.º 85/77 «de respeitar a posição que os magistrados judiciais ocupavam na lista definitiva de antiguidade já publicada à data da criação dessa lei», o que seria perfeitamente compreensível, na opinião do mesmo Provedor, dado que a Lei n.º 85/77 «veio instituir um regime de ingresso no cargo de juiz de direito completamente diverso do que existia até então», na medida em que à aprovação em concurso se veio a substituir o aproveitamento em curso ou estágio de ingresso (artigo 40.º deste diploma).

E continua a escrever-se no pedido a que nos referimos:

Ora, este novo regime, aliado ao facto de a antiguidade dos magistrados passar a compreender o tempo de serviço prestado na magistratura do Ministério Público (ver artigo 190.º, n.º 1, atrás transcrito) podia conduzir, se não tivesse sido introduzida a ressalva formulada no n.º 2 do mesmo artigo 190.º, a uma alteração das posições relativas dos magistrados na lista definitiva de antiguidade vigente à data daquela lei e elaborada de harmonia com as classificações obtidas em concurso.

Assim, com essa ressalva não foram afectados os direitos adquiridos dos magistrados judiciais.

Sucedem, porém, segundo o Provedor de Justiça, que o legislador excluiu idêntica regra de salvaguarda dos direitos adquiridos dos magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar, fazendo expressamente incluir no articulado da lei a norma do n.º 3 do artigo 196.º

Conclui, assim, no sentido de haver uma disparidade de tratamento na protecção de direitos adquiridos entre o comum dos magistrados e os magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar, a qual viola o disposto no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, «na medida em que traduz para os últimos um prejuízo em razão do território, não propriamente de origem mas da ex-residência» (a fls. 4 dos autos de parecer n.º 38/80).

3. De harmonia com o preceituado no n.º 3 do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 503-F/76, o Presidente da Comissão Constitucional notificou o Presidente da Assembleia da República para se pronunciar, querendo, sobre a questão, tendo recebido resposta no sentido de que este último não desejava pronunciar-se sobre o assunto (ofício n.º 2910/SAP/80, de 24 de Outubro do ano transacto, a fls. 9 destes autos de parecer).

4. Cumpra, pois, analisar a questão de inconstitucionalidade suscitada.

Liminarmente, procurar-se-á situar a problemática em causa no quadro das sequelas do processo de descolonização iniciado em 1974.

Na verdade, existiam anteriormente a 1974 dois espaços jurídicos distintos englobados no espaço jurídico português: o metropolitano e o ultramarino. Cada um destes espaços possuía, à face da anterior Constituição, um sistema diverso de fontes de direito, uma organização política e administrativa diferenciada, podendo falar-se, em certos aspectos concretos, de verdadeiras situações de especialidade do direito ultramarino, face ao direito vigente na metrópole (por exemplo, estatutos pessoais distintos entre colonizadores e colonizados, regime específico de apropriação de terras, sistema de direito laboral específico para o trabalho rural, etc.)^{319e320}.

No que toca especificamente à organização judiciária, previa a última Lei Orgânica do Ultramar Português (Lei n.º 5/72, de 23 de Junho), nas bases XVII e XVIII, disposições integradas em capítulo subordinado à epígrafe «Órgãos de soberania da República»:

Base XVII (Princípios gerais):

³¹⁹Cf., por todos, Prof. Gonçalves Pereira, *Administração e Direito Ultramarino*, curso policopiado, 1971-1972, I, pp. 357 e segs.; Prof. Jorge Miranda, *Decreto*, 1974, separata, pp. 42 e segs. (sobre os decretos para o ultramar); Dr. Luís Ferreira Leite, *Introdução ao Direito da Cooperação*, 1978, pp. 37 e segs.

³²⁰ Dispunha a base VI da última Lei Orgânica do Ultramar, sob a epígrafe «especialidade da legislação»: «As províncias ultramarinas reger-se-ão, em regra, por legislação especial, em harmonia com as necessidades regionais do desenvolvimento económico, cultural e social.»

1 — A função jurisdicional é exercida por tribunais ordinários e especiais.

2 — São tribunais ordinários o Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais de 1.^a e 2.^a instâncias, que terão a competência territorial e material fixada na lei.

3— Não é permitida a criação de tribunais especiais com competência exclusiva para julgamento de determinada ou determinadas categorias de crimes, excepto sendo estes fiscais, sociais ou contra a segurança do Estado.

4— Podem ser criados por lei julgados municipais como subdivisão das comarcas.

5— Nas províncias em que vigorem estatutos especiais de direito privado, o julgamento das questões decorrentes da sua aplicação compete ao juiz municipal, na forma definida por lei.

Base XVIII (Ministério Público):

1— As províncias ultramarinas serão representadas nos tribunais pelo Ministério Público.

2— Os procuradores da República e seus delegados receberão as instruções que, para defesa dos direitos e interesses das províncias ultramarinas, lhes forem transmitidas por escrito pelos respectivos governadores, salvo no respeitante à técnica jurídica.

E as bases LXV e LXVI, integradas no capítulo VIII respeitante à administração da justiça, versaram as matérias de tribunais administrativos do ultramar e fiscalização da constitucionalidade³²¹.

Ora, salvo no que toca ao tribunal de cúpula, o Supremo Tribunal de Justiça, com jurisdição sobre todo o território nacional, incluindo as então províncias ultramarinas³²² existiam nos anos em que se operou a descolonização (1974-1975) organizações judiciárias diversificadas na metrópole e no ultramar. A organização judiciária da metrópole constava do Estatuto Judiciário. A organização judiciária do ultramar constava de diversos diplomas, entre os quais se contavam a Lei Orgânica do Ultramar Português, a Organização Judiciária das Colónias, aprovada pelo Decreto n.º 14 453, de 20 de Outubro de 1927, com numerosas alterações posteriores, e o Decreto n.º 43 898, de 6 de Setembro de 1961 (Organização dos julgados municipais).

5. Do preâmbulo do Decreto n.º 14 453 consta que a Organização Judiciária das Colónias visava refundir o anacrónico Regimento de Administração de Justiça, de 20 de Fevereiro de 1894, diploma que iniciou o movimento de uniformização judiciária e processual no ultramar, implicando a revogação da multiplicidade de diplomas com a

³²¹ Na base LXVII, integrada no referido capítulo, era regulada a matéria de crimes, penas e medidas de segurança. Cf. artigos 123.º e 124.º da Constituição Política de 1933.

³²² Artigo 1.º do Estatuto Judiciário de 1962, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 278, de 14 de Abril de 1962: «Para efeitos judiciais, todo o território de Portugal é sujeito à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça, com sede em Lisboa.»

aplicação delimitada em função de cada território³²³. Este diploma de 1894 criou «o distrito judicial da relação de Moçambique e dividiu as províncias de Angola, S. Tomé e Príncipe, Moçambique, Índia, Macau e Timor em três distritos judiciais com a sede nas cidades de S. Paulo de Luanda, Moçambique e Panjim, havendo em cada um deles uma relação; e subdividiu os distritos judiciais em comarcas, presididas por juízes de direito, estas em julgados municipais, presididos por juízes municipais, e os julgados municipais em uma ou mais freguesias presididas por um juiz popular»³²⁴.

Ora a Organização Judiciária das Colónias, de 1927, além do trabalho de reforma de legislação desactualizada, deu «à organização judiciária das colónias uma estrutura disciplinada por um órgão central superior — o Conselho Superior Judiciário das Colónias, expressão máxima da sua unidade» (preâmbulo do diploma), adoptando um novo regime de recrutamento e selecção de magistrados que, na opinião do legislador, só seria de temer «por aqueles para quem o valor pessoal nada conta em suas ambições de triunfo».

Convirá recordar que a Organização Judiciária das Colónias fora precedida alguns meses antes da publicação, pelo Ministro da Justiça da ditadura militar, Prof. Manuel Rodrigues, do primeiro Estatuto Judiciário Metropolitano (Decreto n.º 13 809, de 22 de Junho de 1927).

Deve referir-se que este diploma mantinha a tradição anterior em matéria de organização judiciária, considerando as comarcas das províncias ultramarinas de Cabo Verde e Guiné, para todos os efeitos de administração de justiça, pertencentes ao distrito judicial de Lisboa, sendo, «porém, os respectivos magistrados e empregados judiciais considerados como fazendo parte da organização judicial do ultramar e sujeitos à acção disciplinadora do Conselho Superior Judiciário das Colónias, sem prejuízo da sua subordinação hierárquica ao presidente da Relação de Lisboa e ao Procurador da República junto dela» (artigo 5.º).

6. Ora desde há cerca de um século que se previa na nossa legislação judiciária a possibilidade de ingresso dos magistrados judiciais das colónias na magistratura metropolitana³²⁵. A orientação liberal na matéria fora, porém, fortemente restringida após a

³²³ «Antes de estabelecido o regime liberal não havia nas províncias ultramarinas divisão judicial regular e uniforme» — Manuel de Oliveira Chaves e Castro, *«A Organização e Competência dos Tribunais de Justiça Portugueses»*, Coimbra, 1910, p. 241. Ai se referem as particularíssimas soluções vigentes nos séculos XVII e XVIII. Após a instauração do regime liberal, sucederam-se os decretos de 7 de Agosto de 1835, de 29 de Novembro de 1836, de 7 de Dezembro de 1836 e de 16 de Janeiro de 1837. Após 1852, foram publicados novos diplomas de uniformização do sistema judiciário ultramarino.

³²⁴ Chaves e Castro, *ob. cit.*, p. 248.

³²⁵ O ingresso dos magistrados judiciais das colónias na magistratura da metrópole regeu-se durante quase um século por um critério uniforme.

Assim, por decreto de 7 de Dezembro de 1836, os juízes ultramarinos podiam passar, a seu pedido, para a 1.ª instância da metrópole, desde que tivessem seis anos de efectivo serviço judicial e à 2.ª instância com quinze anos do referido serviço, sendo certo que no ultramar existia então apenas a Relação de Goa. Ao ser criada a Relação de Luanda, em 1852, foi-lhe estendido o regime daquela primeira relação ultramarina.

Genericamente, a possibilidade de ingresso dos magistrados ultramarinos passou a constar do artigo 149.º do Regimento de 1 de Dezembro de 1866 e do artigo 133.º do Regimento de 20 de Fevereiro de 1894. Passou a exigir-se que aqueles magistrados tivessem seis anos de efectivo serviço, «contando-se, para o efeito daquela colocação, o tempo de serviço desde a data da posse do primeiro cargo de magistratura judicial

proclamação da República, pela Lei de 14 de Junho de 1913. Na verdade, começaram a agravar-se no início do nosso século os conflitos de interesses entre magistrados metropolitanos e ultramarinos, acontecendo que os segundos tinham muito maiores possibilidades de ascender às relações metropolitanas do que os seus colegas do continente e ilhas, chegando aí normalmente com idade muito inferior à destes últimos ³²⁶.

«As alterações vieram em 1913; a lentidão que então se dava no movimento da magistratura da metrópole e a circunstância de à 2.^a instância desta magistratura passarem juizes das colónias que muitas vezes vinham encontrar ainda na 1.^a instância os magistrados metropolitanos entrados para a carreira na mesma época que esses juizes das colónias, estes factos foram os principais motivos da reacção operada em 1913, pela lei de 14 de Junho do mesmo ano»³²⁷.

Assim, a partir de 1913 passou a exigir-se um número mais elevado de anos de serviço no ultramar para o ingresso nos quadros metropolitanos: em comarcas de 3.^a classe, três anos; de 2.^a classe, oito anos; de 1.^a classe, doze anos; e, nas relações, dezoito anos, com três anos, pelo menos, na 2.^a instância. Desta última disposição, exceptuou esta lei de 1913 os juizes das colónias que já então se encontravam na 2.^a instância, aos quais reconheceu um direito de opção entre o novo sistema e o anterior (apenas quinze anos). Este regime de opção acabou por ser alargado em 1919 aos juizes de 1.^a instância que já tivessem sido nomeados à data da lei de 1913, mas tivessem transitado dos quadros coloniais.

Aconteceu, porém, que em 1921 se tornou obrigatório o ingresso na magistratura metropolitana para os juizes de 2.^a instância ultramarinos ³²⁸. A partir de então passou a haver um regime de ingresso voluntário a pedido dos magistrados coloniais, e um regime de ingresso obrigatório para os juizes das relações ultramarinas.

que o requerente tenha exercido em qualquer das províncias ultramarinas, e considerando-se também de serviço efectivo o tempo em que o juiz estiver impedido por doença, legalmente comprovada, se residir na respectiva província ultramarina, o tempo de licença com vencimento, concedida pelo governador da província durante trinta dias em cada ano, o que decorrer desde a sua saída do lugar, por nomeação, promoção ou transferência, para outro, até à posse deste novo lugar, se esta for tomada dentro do prazo legal» (Chaves e Castro, ob. cit., pp. 298-299). Cf., também o preâmbulo do Decreto n.º 21 275, de 21 de Maio de 1932.

³²⁶ Em 1913, num quadro de quarenta e oito juizes da 2.^a instância metropolitana, vinte e um juizes provinham dos quadros coloniais, sendo certo que apenas havia na altura trinta e dois juizes em efectividade de funções nas diferentes províncias ultramarinas. Por outro lado, dos duzentos e dezasseis juizes metropolitanos, apenas vinte e nove chegaram à 2.^a instância. A proporção com que o ultramar fornecia juizes de 2.^a instância era sete vezes maior do que a metrópole. Por outro lado, em 1929, no Supremo Tribunal de Justiça, havia um quadro de vinte e nove conselheiros, sendo quinze oriundos dos quadros metropolitanos e catorze dos quadros ultramarinos. Estes dados constavam de um parecer do Conselho Superior Judiciário que é referido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 22 779, de 29 de Junho de 1933. A explicação oferecida para a rápida ascensão ao Supremo constava do referido preâmbulo: Tratava-se da «circunstância de os juizes vindos do ultramar chegarem novos ao Supremo Tribunal de Justiça, enquanto os do continente chegavam ali numa idade tão avançada que ou eram em breve atingidos pelo limite de idade ou se retiravam impossibilitados de trabalhar» (n.º 4).

³²⁷ Do preâmbulo do Decreto n.º 21 275, de 21 de Maio de 1932.

³²⁸ Através do Decreto n.º 7925, de 15 de Dezembro de 1921. Esta solução foi mantida pela organização judiciária das colónias de 1927, mas veio a ser alterada pelo Decreto n.º 21 275, de 21 de Maio de 1932. Ao regime de 1921 tece fortes críticas o Prof. Manuel Rodrigues, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 22 779, de 29 de Junho de 1933 (Reforma do Estatuto Judiciário).

7. Regressando, pois, ao Estatuto Judiciário de 1927, passou a matéria de ingresso voluntário a constar dos artigos 29.º a 35.º deste diploma.
Disponha o artigo 29.º

Os magistrados judiciais das colónias poderão requerer o seu ingresso na magistratura judicial da metrópole quando nelas tiverem prestado, pelo menos, o seguinte tempo de serviço judicial efectivo: para ingressar na 3.ª classe, três anos; na 2.ª classe, oito anos; na 1.ª classe, doze anos; e nas relações, dezoito anos, sendo três na 2.ª instância.

Por outro lado, os artigos 33.º e 34.º dispunham respectivamente:

Artigo 33.º O ingresso na magistratura judicial da metrópole será feito na proporção de um por cada quatro vagas que ocorrerem em cada categoria ou classe dos tribunais do continente e ilhas adjacentes.

§ único. Havendo ao mesmo tempo vários juizes da mesma classe ou categoria a graduar para o ingresso na magistratura da metrópole, a sua colocação far-se-á pela ordem que for indicada pelo Conselho Superior Judiciário das Colónias.

Artigo 34.º Os juizes que estiverem em condições de passar à 2.ª instância da metrópole serão logo colocados, independentemente de vaga, nas relações do continente onde as necessidades do serviço o aconselharem, e providos definitivamente na proporção de um para cada quatro vagas que se derem nos mesmos tribunais após a sua colocação na situação de agregados³²⁹.

Como veremos à frente, este regime foi sendo reproduzido com maiores ou menores alterações na legislação posterior, variando as soluções legislativas consoante as preferências por um mais fácil ingresso na magistratura metropolitana dos juizes das colónias ou por uma maior tutela das expectativas dos magistrados metropolitanos na sua promoção e acesso aos tribunais superiores.

8. A Organização Judiciária das Colónias limitou-se praticamente a reproduzir o regime dos artigos 29.º a 35.º do primeiro Estatuto Judiciário, aditando esclarecimentos ou regulando mais pormenorizadamente certas matérias de natureza administrativa (artigos 165.º a 174.º)³³⁰.

³²⁹ O artigo 30.º dispunha acerca da forma de contagem de antiguidade dos juizes ultramarinos para efeito de ingresso na magistratura metropolitana. O artigo 31.º estabelecia o processo de liquidação do tempo de serviço, exigindo sempre a confirmação do Ministro da Justiça, sob consulta ao Conselho Superior Judiciário, mas prevendo um processo de apuramento da contagem, em caso de divergência dos dois ministros (decisão do Supremo Tribunal de Justiça, em pleno). O artigo 32.º impunha a prévia classificação de serviço dos candidatos a ingresso, pelo Conselho Superior Judiciário das Colónias. O artigo 35.º versava a matéria de posse do cargo na metrópole.

³³⁰ O Decreto n.º 14 453 que aprovou a Organização Judiciária das Colónias atribuía competência ao Ministro das Colónias para alterar este último diploma (artigo 3.º, corpo). Significativamente dispunha o § 1.º que «a alteração das disposições que regulam o ingresso dos magistrados judiciais das colónias na magistratura da metrópole só poderá fazer-se de comum acordo entre os Ministros da Justiça e das Colónias».

Também o segundo Estatuto Judiciário de 1928 (Decreto n.º 15 344, de 10 de Abril deste ano) mantém substancialmente em vigor as soluções de 1927, limitando-se a explicitar melhor a regulamentação e a ter em conta os aditamentos introduzidos pela Organização Judiciária das Colónias (artigos 29.º a 35.º). Esta matéria não é alterada em 1930, por ocasião da revisão do Estatuto Judiciário (operada pelo Decreto n.º 17 955, de 12 de Fevereiro de 1930).

9. Em 1932, é revisto o sistema de ingresso dos magistrados ultramarinos na magistratura metropolitana (Decreto n.º 21 275, de 21 de Maio deste ano), numa altura em que o Prof. Manuel Rodrigues estava afastado do Governo.

Reconhece então o legislador, que a regulamentação de 1913, mantida em 1927-1928, é demasiado restritiva quanto aos juizes de 1.ª instância e que, mesmo quanto aos juizes de 2.ª instância, houve necessidade de suavizar a regulamentação em 1919. Reputa, por isso, de inconveniente a regulamentação vigente, a qual possibilita que um juiz de 1.ª instância da metrópole possa ascender à Relação com doze anos de serviço, enquanto que um juiz ultramarino com igual tempo de serviço, apenas pode ingressar na 1.ª classe da magistratura metropolitana de 1.ª instância, ficando à esquerda dos mais juizes da mesma classe, podendo ainda dar-se a circunstância de demorar a obtenção de vaga.

E escreve-se no mesmo preâmbulo:

No espírito mais harmónico deve o assunto ser considerado quanto a uma e outra magistratura, reduzindo-se os embaraços existentes, pois a faculdade de ingresso na magistratura metropolitana é o melhor estímulo da magistratura das colónias, da qual saíram nomes cujo alto valor na judicatura da metrópole se tornou bem conhecido; em tais condições há também que atender à necessidade de voltar a ser facultativa a passagem à metrópole, tanto na 1.ª como na 2.ª instância, dando-se desta forma satisfação a reclamações por parte da magistratura metropolitana.

Assim, passam a ser reduzidos os períodos mínimos de serviço nas colónias, para ingresso facultativo ou voluntário na magistratura metropolitana: dois anos para a 3.ª classe, seis anos para a 2.ª classe, dez anos para a 1.ª classe e dezasseis anos para as relações, sendo dois na 2.ª instância (artigo 1.º do Decreto n.º 21 275). São mantidas as proporções no preenchimento de vagas. Limita-se o número de agregados junto das relações metropolitanas, qualidade em que ficam investidos os juizes das relações ultramarinas que estiverem em condições de passar a 2.ª instância da metrópole, enquanto aguardarem a abertura de vaga.

10. Mas logo em 1932, o Prof. Manuel Rodrigues regressa à pasta da Justiça e introduz novas modificações no Estatuto Judiciário de 1928. É modificada a matéria de ingresso dos juizes ultramarinos, explicando-se com detalhe no preâmbulo os conflitos de interesses entre ambas as magistraturas, fazendo-se a história recente das alterações legislativas ocorridas; e refere-se o risco de os tribunais metropolitanos serem dominados pelos juizes oriundos das colónias, normalmente mais bem classificados que os seus colegas metropolitanos, em virtude dos diferentes graus de exigência das respectivas inspecções (veja-se o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 22 779, de 29 de Junho de 1933).

Embora mantendo os limites mínimos de antiguidade estabelecidos em 1932, impõe-se como inovação «a necessidade de a classificação dos juizes coloniais, para o efeito de passagem à magistratura da metrópole (função que, por igual, interessa às duas magistraturas), passar a ser feita em sessão conjunta dos respectivos conselhos superiores judiciários». E igualmente se consagra uma regra «sobre a necessidade de pôr termo ao princípio de se contar como prestado nas colónias o serviço prestado na metrópole, sem limitação de tempo» (do preâmbulo, n.º 14).

11. Esta orientação veio a perdurar, embora com alterações, até ao Estatuto Judiciário de 1944, da iniciativa do ministro da Justiça

Prof. Vaz Serra (Decreto-Lei n.º 33 547, de 23 de Fevereiro deste ano).

Neste Estatuto de 1944, mantêm-se as exigências dos mesmos períodos mínimos de prestação de serviço nas comarcas coloniais (artigo 259.º), bem como a proporção de preenchimento de vagas. Na sequência de uma alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 31 667, de 22 de Novembro de 1941³³¹, continuam a formular-se maiores exigências em matéria de classificação quanto ao ingresso dos magistrados coloniais (artigo 262.º).

No preâmbulo deste diploma, dá-se conta o legislador do «problema particularmente delicado da organização judiciária portuguesa» que é constituído pela determinação das condições de ingresso dos juizes coloniais na magistratura da metrópole.

Aí se escreve:

A questão, portanto, não é, neste momento, de admissão ou não admissão do ingresso; é sim de determinação das condições deste. A delicadeza do problema está na necessidade de bem se conciliarem os interesses das duas partes em presença — juizes das colónias e juizes da metrópole —, não se adoptando soluções que redundem em benefício de uma e conseqüente detrimento de outra.

Depois de muitas vicissitudes chegou-se ao sistema vigente à data do presente Estatuto.

Este sistema não é ainda inteiramente satisfatório, porque, não estando os juizes das colónias sujeitos a inspecções idênticas às da metrópole, *são possíveis diferenças de apreciação, que impedem a igualdade de tratamento a que devem sujeitar-se todos os candidatos à mesma magistratura.*

O problema só encontrará uma solução tanto quanto possível perfeita se os serviços judiciais das colónias forem integrados no Ministério da Justiça e se subordinarem às mesmas regras e organismos que no continente vigoram e superintendem (n.º 12, os itálicos são nossos).

Daí que surja como novidade na nossa legislação, a possibilidade de unificação dos serviços judiciais da metrópole e das colónias (artigo 258.º). Reafirma-se o princípio de paridade de número de vogais de ambos os conselhos superiores judiciários quando houver

³³¹ § 8.º do artigo 517.º do Estatuto Judiciário: «Só poderão passar à magistratura judicial da metrópole os juizes das colónias que, nos termos do artigo 33.º, forem classificados, pelo menos, de *bom* os da 1.ª instância e de *muito bom* os da Relação».

que resolver litígios no apuramento da antiguidade (artigo 261.º, § único), acaba a categoria dos agregados às Relações metropolitanas e, para suprir a falta de inspecções nas colónias análogas às metropolitanas, prescreve-se que na avaliação do mérito do juiz se tenham em conta trabalhos e informações, «*a fim de evitar, na medida do possível, que os juizes das colónias obtenham tratamento mais benévolo do que os da metrópole*» (do preâmbulo, n.º 12; veja-se igualmente o artigo 262.º, § único).

Este regime iria vigorar até ao Estatuto de 1962, não tendo sido alterado durante as reformas do ministro Cavaleiro de Ferreira.

12. O último Estatuto Judiciário antes do movimento de descolonização (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 278, de 14 de Abril de 1962) não traz praticamente novidades relativamente à regulamentação de 1944. Não são alterados os períodos mínimos de serviço efectivo exigidos desde 1932, nem as exigências de classificação introduzidas em 1941. Continuam a ser ambos os Conselhos Superiores Judiciários, em sessão conjunta e com paridade de membros, a apreciar «o merecimento profissional e qualidades morais dos juizes», procedendo depois à sua classificação, a qual «é baseada no exame de todos os elementos a que se referem os artigos 428.º e 429.º, podendo o número de trabalhos jurídicos apresentados ser superior a dez» (artigo 163.º).

13. A detalhada referência que se acaba de fazer nos números anteriores teve por finalidade demonstrar que no último século se sucederam diferentes regulamentações na legislação judiciária no que respeita à possibilidade e condições de ingresso dos juizes ultramarinos nos quadros da magistratura metropolitana, sendo abertamente reconhecido pelos legisladores que existia um problema muito delicado de conciliação de interesses contrapostos, problema que só teria presumivelmente solução definitiva no dia em que fossem unificadas ambas as magistraturas.

Por outro lado, a análise feita revela a preocupação de se assegurar uma igualdade de facto entre os magistrados metropolitanos e os candidatos a ingressar nos quadros metropolitanos, oriundos dos quadros coloniais.

Assim, reconhece-se abertamente a existência de um diverso grau de exigência na apreciação profissional dos magistrados em cada um dos quadros, procurando-se, por outro lado, liquidar com um rigor compreensível os períodos de tempo de serviço efectivo dos juizes ultramarinos, resultando dos mecanismos de resolução de divergências sucessivamente ensaiados a preocupação do legislador em evitar transferências em massa dos juizes ultramarinos para os quadros metropolitanos, nomeadamente para os tribunais de 2.ª instância, com uma subsequente ascensão muito mais célere até ao Supremo Tribunal de Justiça, em detrimento das razoáveis expectativas dos juizes da metrópole, tanto mais que as promoções nos quadros ultramarinos eram comparativamente mais rápidas.

14. Após o Movimento de 25 de Abril de 1974, iniciou-se o movimento de descolonização das antigas províncias ultramarinas, apenas ficando excluído o território de Macau³³².

Em 10 de Agosto de 1974, tornava-se independente a Guiné. Em 11 de Novembro de 1975, acedia à independência a última província ultramarina, Angola.

³³² Timor ficou também em situação especial, anexado pela Indonésia. Sobre este período, cf. Dr. L. Ferreira Leite, *ob. cit.*, pp. 90 a 92.

Como se torna evidente, os quadros da magistratura ultramarina tinham perdido todo o sentido e havia que legislar na matéria, operando-se a extinção dos mesmos.

Surgiu assim, durante o IV Governo Provisório, o Decreto-Lei n.º 402/75, de 25 de Julho, que procurou resolver o problema de ingresso colectivo dos magistrados ultramarinos nos quadros metropolitanos. Dizia-se no preâmbulo do diploma:

Ora o circunstancialismo actual exige que os magistrados possam ingressar desde já nos quadros do Ministério da Justiça, mas segundo um mecanismo diferente³³³. Por outro lado, deverá ressalvar-se a possibilidade de todos ou muitos deles continuarem a exercer funções nos países de expressão portuguesa.

E o legislador aludia de imediato ao problema de conciliação de interesses e expectativas de ambos os grupos de magistrados, agora agravado pela entrada em bloco dos antigos magistrados ultramarinos:

Na regulamentação da matéria, importa acautelar as legítimas aspirações de acesso à 2.ª instância por parte dos actuais magistrados judiciais do quadro do Ministério da Justiça. De contrário as vagas que ocorressem nas Relações destinarse-iam, na quase totalidade, a magistrados do quadro ultramarino, cujas promoções se verificavam, em regra, mais rapidamente.

Há, pois, que conciliar os interesses de todos, atribuindo aos magistrados dos quadros ultramarinos a categoria que já possuem, mas sem que com isso se estabeleça uma desigualdade que repugnava aos princípios do tempo e da classificação de serviço, em que assentam as promoções (n.º 2 do preâmbulo, os *itálicos* são nossos).

A solução encontrada foi, em resumo, a seguinte:

Reconhecimento genérico do direito de ingresso no quadro da magistratura metropolitana, dos magistrados judiciais do ultramar que o requeressem até certa data (artigo 1.º);

Os magistrados judiciais de 2.ª instância do ultramar ingressariam na sua categoria, ficando, porém na situação de além do quadro até que pela antiguidade, nele pudessem ingressar (para efeitos de promoção, só seria contada a antiguidade na categoria, a partir da promoção à 2.ª instância dos juizes de direito do quadro do Ministério da

Justiça que, no momento do seu ingresso, tivessem igual ou superior tempo de serviço) (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2);

Os magistrados judiciais de 1.ª instância do ultramar ingressariam na classe que competisse aos juizes metropolitanos com o tempo de serviço igual ou superior nos cargos de juizes e delegados do Procurador da República, ficando colocados à sua esquerda (artigo 3.º, n.º 1);

O regime dos juizes de direito era mandado aplicar com adaptação aos

³³³ Referência aos artigos 159.º e segs. do Estatuto Judiciário, normas que assentavam «no pressuposto de que o ingresso é feito isoladamente e que o magistrado vem logo de seguida exercer as suas funções».

delegados do Ministério Público (artigo 7.º, n.º 1);

Os magistrados dos tribunais de trabalho poderiam ingressar nos quadros da magistratura do Ministério Público (artigo 7.º, n.º 2);

A ordem de antiguidade dos magistrados de 2.ª instância do ultramar seria sempre respeitada, motivo por que àqueles que tivessem mais tempo de serviço, contado nos termos deste diploma, só seria contada antiguidade quando fosse contada aos mais antigos na categoria (artigo 2.º, n.º 4);

Na contagem de tempo de serviço da actividade no quadro, levar-se-ia em conta mesmo as comissões de serviço, de harmonia com a legislação ultramarina aplicável (artigo 4.º);

O ingresso nos quadros far-se-ia independentemente de vagas (artigo 8.º, n.º 1), sem diminuição de remunerações e regalias (artigo 8.º, n.º 2);

Previa-se um regime especial para as comissões de serviço de magistrados nos países recém-independentes (artigo 9.º);

Eram revogados os artigos 159.º a 166.º do Estatuto Judiciário (artigo 11.º).

15. Já após a vigência da Constituição de 1976, veio o I Governo Constitucional, ao abrigo de uma autorização legislativa, a introduzir alterações de limitado significado na situação dos magistrados dos quadros metropolitanos e no estatuto dos magistrados oriundos do quadro ultramarino.

Reconhecia-se a existência de «uma distorsão relativamente à contagem de tempo, como interinos, dos delegados do Procurador da República do continente e ilhas, em confronto com os seus pares oriundos dos extintos quadros ultramarinos» (do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 205/77, de 25 de Maio). Daí a norma do artigo 1.º deste novo decreto-lei.

Por outro lado, alargava-se o prazo de ingresso nos quadros metropolitanos previsto no diploma de 1975.

Dispunha o artigo 3.º deste diploma:

1 — Os magistrados mencionados no n.º 1 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 402/75, de 25 de Julho, enquanto não forem providos em lugares dos quadros, serão sempre colocados, além do quadro, nos tribunais correspondentes à sua categoria, salvo por razões disciplinares, nos casos previstos na lei.

2 — Os magistrados abrangidos pelo número anterior têm todos os deveres, direitos, garantias e regalias de que gozam magistrados de idêntica categoria colocados nos lugares dos quadros, exceptuado, para efeitos de ingresso nos lugares dos quadros das relações, o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 402/75, só se lhes podendo dar por findas as suas funções nos termos aplicáveis aos magistrados dos quadros.

16. Chegamos agora ao momento de analisar o problema de inconstitucionalidade suscitado pelo Provedor de Justiça, a propósito da solução de carácter definitivo introduzida nesta matéria pelo Estatuto dos Magistrados Judiciais de 1977 (Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro).

Liminarmente, dever-se-á deixar referido *que em 1977 já só existia um quadro de magistrados judiciais*, achando-se extinto o anterior quadro ultramarino (veja-se tal

referência expressa no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 205/77).

Ficou consagrado logo no artigo 1.º que os juizes dos tribunais judiciais «formam um corpo único e regem-se por este Estatuto» dando-se assim cumprimento ao imperativo constitucional (artigo 220.º da Lei Fundamental).

É no capítulo XII, «Disposições finais e transitórias», que surgem contempladas várias situações específicas sobre recrutamento e formação de magistrados, ingresso na magistratura judicial dos delegados do Ministério Público, condições de transferência, antiguidade, especialidades quanto aos juizes dos tribunais de trabalho, extinção do lugar de inspector contador, magistrados oriundos do quadro do ultramar e providências orçamentais para execução da lei (artigos 187.º a 197.º). O artigo 198.º determina a *vacatio legis* do diploma.

Ora, quanto aos magistrados judiciais em geral, estabelece o artigo 190.º, subordinado à epígrafe «Antiguidade»:

1 — A antiguidade dos magistrados judiciais compreende o tempo de serviço prestado na Magistratura do Ministério Público, nomeadamente para efeito do disposto no n.º 3 do artigo 27.º

2 — São ressalvadas as posições relativas constantes das listas definitivas de antiguidade elaboradas ao abrigo da legislação anterior à entrada em vigor do presente diploma.

No que toca ao artigo 196.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, dispõe-se, sob a epígrafe «Magistrados oriundos do quadro do ultramar»:

1 — A antiguidade relativa dos magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar e dos demais magistrados judiciais conta-se desde a data do ingresso na magistratura, quer se tenha realizado na magistratura judicial, quer na do Ministério Público, ficando os primeiros à esquerda dos magistrados não provenientes daquele quadro que tenham igual ou superior antiguidade e não hajam sofrido preterição de promoção.

2 — Os magistrados judiciais de 2.ª instância do extinto quadro do ultramar podem ser nomeados para o Supremo Tribunal de Justiça a partir do seu ingresso nos quadros das relações.

3 — Não é aplicável aos magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar o disposto no n.º 2 do artigo 190.º

4 — Ficam revogadas as disposições constantes dos n.ºs 2 a 5 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 402/75, de 25 de Julho.

5 — Na parte não contrariada pelo presente diploma mantém-se em vigor o disposto nos Decretos-Leis n.ºs 402/75, de 25 de Junho, e 205/77, de 25 de Maio.

Ora analisando a regulamentação introduzida, nota-se que o legislador veio agora a manifestar a sua preferência pelo critério de antiguidade em função do tempo de serviço efectivo para comparar e regular as relações entre os magistrados judiciais e os magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar: a antiguidade relativa conta-se para todos «desde a data do ingresso na magistratura» (quer o ingresso tenha ocorrido logo na

judicial ou, como era usual, na do Ministério Público), ficando os juízes ultramarinos à esquerda³³⁴ dos magistrados dos quadros metropolitanos «que tenham igual ou superior antiguidade e não hajam sofrido preterição de promoção».

Altera-se assim para o futuro o critério seguido em 1975, em que a integração se ia fazendo segundo a ordem de antiguidade resultante dos quadros ultramarinos entretanto extintos. Daí que o legislador haja expressamente revogado os n.ºs 2 a 5 do artigo 2.º e o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 402/75 (n.º 4 do artigo 196.º).

E, em conformidade com tal resolução, é excluída a aplicação aos magistrados do extinto quadro do ultramar do princípio do respeito pelos direitos adquiridos às posições relativas constantes das listas efectivas de antiguidade elaboradas ao abrigo da legislação anterior, diferentemente do que se fizera para os magistrados oriundos dos quadros da metrópole (artigo 190.º n.º 2).

Poder-se-á dizer que esta diferença de tratamento é discriminatória, achando-se violado o princípio de igualdade preceituado na Constituição?³³⁵

17. Recordar-se que o Provedor de Justiça veio solicitar a declaração de inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 196.º da Lei n.º 85/77, baseando-se no raciocínio por força do qual a «disparidade de protecção em matéria de direitos adquiridos, verificada entre os magistrados judiciais originariamente provenientes do quadro do Ministério da

³³⁴ A expressão ficar além do quadro «à esquerda» dos juízes da mesma classe é tradicional e aparecia, por exemplo, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 21 275, de 21 de Maio de 1932.

³³⁵ Os Drs. J. Aragão Seia e Messias Bento, magistrados, autores de uma edição anotada da *Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais. Estatuto dos Magistrados Judiciais*, Athena Editora, 1978, ao anotarem criticamente o artigo 196.º da Lei n.º 85/77, suscitam o problema de saber se o n.º 1 deste mesmo artigo terá ou não eficácia retroactiva e, em caso afirmativo, se tal retroactividade será inconstitucional. Fazem notar estes autores que «a anterior legislação sobre a integração dos magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar preceituava que eles ficavam colocados à esquerda dos magistrados não provenientes daquele quadro que tivessem igual ou superior antiguidade, independentemente de estes terem ou não sofrido preterição de promoção». Referem depois que as listas de antiguidade já se haviam organizado definitivamente, havendo um direito adquirido a uma antiguidade relativa, por referência aos magistrados do mesmo quadro. Todavia, admitem os mesmos autores que a norma do n.º 1 apenas venha a vigorar para o futuro, para as integrações que se vierem a fazer, solução que se harmonizaria com o preceituado no n.º 3 «já que tais integrações poderão implicar desrespeito pelas posições relativas entre os magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar» (ob. cit., p. 160).

Estes autores não fazem qualquer alusão à especial circunstância de os magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar não estarem integrados ainda no quadro metropolitano.

Dos termos da referida anotação, pode concluir-se que os comentadores hesitam entre atribuir ao referido n.º 1 do artigo 196.º uma mera eficácia para o futuro, isto é, para as integrações que ainda se viessem a fazer porventura após a entrada em vigor desta lei, mas sentem que tal «interpretação restritiva (se não mesmo correctiva)» pode não corresponder à finalidade visada pelo legislador. Vêm depois a pronunciar-se pela natureza constitucional de uma eventual aplicação retroactiva do n.º 1 do artigo 196.º, fazendo notar que não existe um princípio geral de proibição de retroactividade da lei ordinária, salvo em matéria penal, nem um princípio constitucional não escrito de tutela da confiança, muito embora a aplicação de uma lei retroactiva possa ser inconstitucional (por exemplo, se violar o princípio de segurança de emprego) ou injusta.

Acabam mesmo por concluir, face à ideologia recebida na Constituição de 1976, que «as flutuações político-legislativas são, com efeito, parte essencial da dinâmica de uma sociedade em mutação estrutural.» (ob. cit., p. 161), pelo que não deveria falar-se de retroactividade inconstitucional neste caso.

Justiça e os que pertenceram ao quadro do ultramar» era tida como susceptível de violar o disposto no artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, por se traduzir para os últimos num «prejuízo em razão do território, não propriamente de origem mas da ex-residência (ver Constituição da República Portuguesa Anotada, de Canotilho, p. 70)» (ofício a fls. 4 e 5 destes autos de parecer).

E acrescenta ainda o Provedor de Justiça:

E que não existe uma razão que possa justificar essa divergência de tratamento confirma-o o facto de tanto o Conselho Superior da Magistratura como a Assembleia da República, ao serem auscultados sobre a respectiva *ratio legis*, nos terem informado que não dispunham de qualquer elemento sobre o assunto.

Afiguram-se-nos não decisivas para julgar acerca da alegada inconstitucionalidade as atitudes do Conselho Superior da Magistratura e da própria Assembleia da República, ao declararem ao Provedor de Justiça que não dispunham de qualquer elemento respeitante à génese da norma do n.º 3 do artigo 196.º, uma vez que não é exigível a tais entidades que conheçam a vontade psicológica do legislador parlamentar ou mesmo a história detalhada dos trabalhos preparatórios que estão na base dos preceitos legislativos posteriormente aprovados, mormente quando tal sucede como no presente caso, em virtude de alterações introduzidas em comissão especializada na proposta originalmente apresentada pelo Governo, proposta apresentada aliás por imperativo constitucional³³⁶.

³³⁶ A Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro resultou da aprovação parlamentar da proposta de lei n.º 75/I (in *Diário da Assembleia da República*, 1.ª legislatura, 1.ª sessão, 2.º suplemento ao n.º 118, de 8 de Junho de 1977). Nesta última proposta, não surgiam as normas correspondentes aos actuais artigos 190.º e 196.º A solução da proposta ia no sentido de ressaltar pura e simplesmente as disposições previstas nos Decretos-Leis n.ºs 402/75, de 25 de Julho e 205/77, de 25 de Maio, na parte em que não contrariassem o Estatuto (artigo 193.º da proposta). O Relatório da Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias sobre as propostas de legislação judiciária não esclarece nada sobre a origem das futuras alterações [in *Diário*, suplemento ao n.º 140, de 11 de Agosto de 1977, pp. 5184 (6) a 5814 (8)]. O debate parlamentar da apreciação na generalidade não tocou nesta questão (*Diário da Assembleia da República*, n.ºs 141 e 142, de 7 e 8 de Outubro de 1977, pp. 5187 e segs. e 5217 e segs.). A votação foi feita na generalidade em 7 de Outubro e na especialidade, de forma global na sessão de 14 de Outubro de 1977 (*Diário* n.º 143 de 15 de Outubro de 1977, pp. 5268 e 5269). Os textos correspondentes aos actuais artigos 190.º e 196.º foram introduzidos por proposta do Partido Socialista e foram aprovados por unanimidade (cf. texto do «Relatório da Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias sobre a discussão e votação na especialidade das propostas de lei n.º 74/I e 75/I», in *Diário da Assembleia da República*, n.º 143, de 15 de Outubro de 1977, pp. 5274 e 5275 e articulado anexo, artigos 187.º e 193.º, na p. 5305 do mesmo número do *Diário*).

Parece, assim, que nada autorizava o Provedor de Justiça a extrair desse comportamento omissivo qualquer conclusão para a presente matéria, tanto mais que a actividade deste último se dirige em primeira linha à fiscalização informal da actividade administrativa do Estado, escapando-lhe um controlo rigoroso sobre o próprio processo legislativo. Da consulta dos trabalhos preparatórios deste Estatuto resulta apenas que as normas dos artigos 187.º e 196.º foram introduzidas e aprovadas durante a discussão e votação na especialidade no interior da Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias, não estando publicadas actas eventualmente elaboradas referentes aos trabalhos parlamentares, havendo mesmo circunstâncias que levam a pensar que não teriam sido elaboradas quaisquer actas, dada a grande rapidez com que se processaram esses debates em escassos dias, em virtude da urgência decorrente do prazo do artigo 301.º da Constituição. Alcança-se porém, do relatório publicado no jornal da Assembleia acerca da discussão e votação na especialidade que, nos trabalhos realizados ao nível de comissão, participaram não só os deputados que desta faziam parte como também o próprio Ministro da Justiça e outros representantes do seu Gabinete, não sendo crível, por isso, que tal solução haja sido introduzida como fruto de mero acaso.

A pouca luz fornecida pelas circunstâncias respeitantes à introdução do preceito em causa não pode levar, porém, a concluir no sentido apontado pelo Provedor de Justiça.

18. É forçoso nesta altura inquirir se a norma do artigo 196.º, n.º 3 da Lei n.º 85/77 viola efectivamente o princípio da igualdade³³⁷ entre os magistrados judiciais.

A resposta a tal pergunta não é fácil.

O artigo 13.º da Constituição dispõe, sob a epígrafe «Princípio da igualdade»:

1— Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2 — Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

Que existe uma diferença de tratamento entre os magistrados oriundos de cada um dos quadros, metropolitano e ultramarino, é patente, sabendo-se que tal diferença não constava da proposta de lei n.º 75/1. Resta averiguar se tal diferença é ou não constitucionalmente lícita, apenas se sabendo que as correspondentes normas foram aprovadas por unanimidade no seio da comissão parlamentar especializada, antes de o serem globalmente no plenário da assembleia.

³³⁷ Sobre o princípio da igualdade, teve ocasião esta Comissão de versar em diferentes ocasiões o seu âmbito. Vejam-se, entre outros, os Pareceres n.ºs 1/76, 12/77, 14/78, 8/79 e 28/79, publicados nos *Pareceres da Comissão Constitucional*, vols. 1.º, p. 5; 2.º, p. 25; 4.º, p. 221; 5.º, p. 105; 7.º, p. 345; 9.º, p. 205, respectivamente; e ainda os pareceres até agora inéditos n.ºs 2/80, 14/80 e 2/81. Consultem-se também os acórdãos n.ºs 95 e 149, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 277-97 e segs. e 285-135 e segs.

No que toca à directiva contida no princípio da igualdade e dirigida ao legislador, resulta da mesma que, no dizer dos Drs. Gomes Canotilho e Vital Moreira, deve ser tratado «por igual aquilo que é essencialmente igual e desigualmente aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação das várias situações como iguais ou desiguais depende do carácter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais. Do que se trata, desde logo, é de uma proibição do arbítrio legislativo, ou seja, de uma inequívoca falta objectiva de apoio material-constitucional para a diferenciação ou não diferenciação efectuada pela medida legislativa»³³⁸.

Quer dizer, o legislador, embora vinculado pela directiva constitucional, mantém uma liberdade de conformação material das normas que cria, de tal forma que não basta a demonstração «de que também outros critérios poderiam ter sido escolhidos para melhores conseguir a finalidade tida em vista pelo legislador» para se concluir fatalmente pela produção de uma violação do princípio da igualdade³³⁹.

Procurando aplicar ao caso concreto que se tem vindo a analisar os critérios de delimitação do princípio da igualdade, pode dizer-se de novo que não constituem elementos probatórios de que houve violação de tal princípio nem a declaração de desconhecimento da *ratio legis* do n.º 3 do artigo 196.º da Lei n.º 85/77, feita pela Assembleia da República e pelo Conselho Superior da Magistratura (cf. referência do próprio Provedor de Justiça), nem o reconhecimento de que o legislador podia ter acolhido outro critério, nomeadamente o da legislação anterior que chegou até a ser reproduzido na proposta 75/I do Governo.

Poder-se-á então pretender, como faz o Provedor de Justiça, que a solução do n.º 3 do artigo 196.º corporiza uma discriminação negativa ou prejuízo decorrente da diferença de territórios de origem ou de residência dos magistrados metropolitanos e ultramarinos, em violação do n.º 2 do 13.º da Constituição?

É-se do parecer que tal pergunta deve obter resposta negativa, como se dirá de seguida.

19. Antes de tudo, dever-se-á repetir que não está em causa saber se a solução de 1975 ou a do Estatuto de 1977 são em si boas ou más ou sequer se, de um ponto de vista de política legislativa, alguma delas é preferível à outra. No domínio da fiscalização da constitucionalidade, não é possível traçar juízos sobre a bondade ou oportunidade das medidas legislativas anteriormente publicadas.

A perspectiva tem de ser outra: a de saber se o legislador agiu dentro dos parâmetros constitucionais ao criar regulamentações diversificadas para dois grupos de magistrados ou se, pelo contrário, violou o princípio da igualdade ao conformar de forma intoleravelmente discriminatória ou arbitrária certa disciplina legal, visando fins desrazoáveis face a situações de facto substancialmente semelhantes.

³³⁸ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 68. Cf., também, Livio Paladin, «Eguaglianza (diritto costituzionale)», in *Enciclopédia del Diritto*.XIV, 1965, pp. 523 e segs.

³³⁹ Drs. G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição*, p. 69. Cf., também, Livio Paladin: «Qualquer lei de derrogação ou ruptura é naturalmente em certo sentido injusta e em certo sentido adequada às relações que por ela são reguladas, nem que seja porque a abstracção comporta por definição uma certa distância da norma jurídica à realidade disciplinada» (artigo citado, p. 531).

A descrição com certa minúcia da sucessão de soluções legislativas em matéria de ingresso de magistrados ultramarinos nos quadros da magistratura metropolitana serviu para demonstrar que não foram nunca reputadas como iguais ou semelhantes as situações dos magistrados pertencentes a cada um dos quadros durante o período de colonização e de existência de territórios ultramarinos geograficamente descontínuos relativamente à metrópole: Assim sendo, parece razoável afirmar que tal dissemelhança de situações resultou agravada em virtude de um brusco movimento de descolonização que teve como consequência o abandono em massa dos colonos portugueses e o regresso mais ou menos precipitado dos funcionários públicos que prestavam serviço nesses territórios, de tal forma que tiveram de ser criadas formas de acolhimento e prestação de auxílio aos retornados nacionais, formas diversificadas de integração do funcionalismo ultramarino num Quadro Geral de Adidos criado para o efeito, e normas de regulamentação de um ingresso colectivo dos magistrados ultramarinos nos quadros da metrópole, ingresso que teria de ter em conta as expectativas de promoção e acesso aos Tribunais Superiores dos dois grupos em presença.

Ora, como esta Comissão Constitucional teve já ocasião de afirmar, o princípio da igualdade não impõe «decerto o tratamento igual de todos em todas as circunstâncias e situações, mas já requer que seja regulado igualmente o que for substancialmente igual»³⁴⁰. Seria inconstitucional regular de forma arbitrariamente diversa as situações dos magistrados dentro de cada um dos quadros. Já é, pelo contrário, aceitável que o legislador possa conformar livremente, embora não discriminatoriamente, as regulamentações aplicáveis, por um lado, aos magistrados pertencentes ao quadro metropolitano à data da descolonização (sendo certo que havia nos quadros metropolitanos magistrados que tinham pertencido anteriormente ao quadro ultramarino, mas que entretanto haviam individualmente ingressado naqueles, com observância do disposto nos sucessivos Estatutos Judiciários) e, por outro, aos magistrados oriundos do extinto quadro ultramarino que a própria descolonização obrigou à sua integração em massa nos únicos quadros subsistentes.

Parece, por isso, improcedente a alegação do Provedor de Justiça de que o desrespeito pelos direitos adquiridos dos magistrados do extinto quadro do ultramar traduziu uma discriminação em função do território de origem ou de ex-residência. É que, por um lado, os magistrados metropolitanos pertenciam a um quadro que se manteve até ao presente, tendo sentido falar em direitos adquiridos às posições relativas constantes das listas definitivas publicadas em 1977 pelo Conselho Superior da Magistratura³⁴¹. Já no que toca aos magistrados ultramarinos oriundos do extinto quadro, não se poderia, em rigor, falar de respeito pelas suas antigas posições relativas, pois deixara de existir o quadro relativamente ao qual tinha sentido possuir um certo posicionamento no interior do mesmo e com referência apenas aos restantes magistrados nele integrados. O problema que se punha em 1975 era de opção entre a criação de um quadro próprio paralelo ou a integração no único quadro subsistente. Vimos que o legislador optou por esta última solução, vindo

³⁴⁰ Parecer n.º 8/79, in *Pareceres*, 7.º, p. 356. Ver, também, o acórdão n.º 95 da Comissão, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 277, pp. 100-101.

³⁴¹ A lista definitiva dos magistrados do Supremo, de 2.ª e de 1.ª instância dos quadros do Ministério da Justiça, organizada pelo Conselho Superior da Magistratura e referente a 1977, acha-se publicada no *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano XXXVII, 2.ª série, n.º 76, pp. 504 a 532. Aparece na p. 509 uma lista de juizes desembargadores além do quadro, com indicação da sua ordem segundo o extinto quadro do ultramar. Esta lista diverge da organizada no ano seguinte. Cf. *Boletim*, XXMX, n.º 78, p. 572.

sucessivamente a criar dois regimes de ingresso diversos, um respeitando, para efeitos de integração, as posições relativas do extinto quadro, outro afastando tal princípio. Criticável embora a flutuação de critérios de política legislativa, não configura de forma alguma uma violação do princípio da igualdade. Repare-se, aliás, que tal diversidade de regimes não teve qualquer influência sobre remunerações ou outras regalias do estatuto funcional próprio dos magistrados (Decretos-Leis n.ºs 402/75, artigo 8.º, 205/77, artigo 3.º, disposições ressalvadas pelo n.º 5 do artigo 196.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais).

Se bem atentarmos na solução seguida pelo Estatuto de 1977, verificamos que é possível detectar duas ideias-chave que presidiram à solução que acabou por vingar:

Consideração de que já não existe um quadro de magistrados do ultramar, pelo que as posições relativas entre os magistrados oriundos desse extinto quadro não têm de ser respeitadas por si próprias;

Consideração de que a medida ou padrão que permite comparar as situações diversas dos magistrados do quadro metropolitano e do extinto quadro é a antiguidade relativa, a qual se conta desde a data do ingresso na magistratura judicial ou do ministério público, motivo pelo qual, para efeito de preenchimento de vagas, os magistrados oriundos do extinto quadro ficam à esquerda daqueles que tenham igual ou superior antiguidade e não hajam sofrido preterição de promoção³⁴².

Ora, discutível embora de *jure constituendo*, a solução material encontrada não se afigura ofensiva do princípio geral da igualdade, entendido como «proibição de arbítrio, isto é, de uma proibição de medidas manifestamente desproporcionadas ou inadequadas, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica que se pretende regular ou ao problema que se deseja decidir»³⁴³, uma vez que não se vislumbra que o legislador haja ultrapassado «a margem livre de apreciação que lhe fica para além desse mínimo» nem que a actuação se traduza em «impulsos momentâneos ou caprichosos, sem sentido e consequência»^{344e345}.

20. Nos termos expostos, entende a Comissão Constitucional que o Conselho da Revolução não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade material do n.º 3 do artigo

³⁴² Esta solução parece que se destinou a levar em conta as situações existentes de magistrados que não hajam sofrido preterição de promoção nos quadros metropolitanos, nomeadamente os que tivessem transitado antes de 1975 dos então existentes quadros ultramarinos, tendo sido para o efeito liquidado o seu tempo de serviço no ultramar e sujeitos a classificação específica pelos dois conselhos superiores judiciais, nos termos da legislação então em vigor.

³⁴³ Formulação do Prof. Figueiredo Dias, no voto de vencido junto ao parecer n.º 2/81, ainda inédito. Cf., também, o parecer n.º 8/79, in *Pareceres*, 7.º, pp. 356-357.

³⁴⁴ Formulação do parecer n.º 14/78, in *Pareceres*, 5.º, p. 109.

³⁴⁵ Abstém-se esta Comissão de averiguar a questão da eventual retroactividade no n.º 1 do artigo 196.º da Lei n.º 85/77, em virtude de não ter sido suscitado tal problema pelo Provedor de Justiça, muito embora se afigure perfunctoriamente que não terá havido retroactividade nesse caso, mas tão só sucessão no tempo de normas diversas acerca do critério de ingresso dos magistrados do extinto quadro do ultramar a aguardar vaga. O ponto, porém, não carece de obter tratamento neste contexto.

196.º da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro (Estatuto dos Magistrados Judiciais), por entender que a mesma norma não viola o artigo 13.º da Constituição.

Lisboa e Comissão Constitucional, 24 de Março de 1981. — *Armindo Ribeiro Mendes — Hernâni de Lencastre — Jorge de Figueiredo Dias — Afonso Cabral de Andrade — Rui de Alarcão — Joaquim Costa Aroso — José Manuel Cardoso da Costa — Fernando Amâncio Ferreira — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 82/81

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Provedor de Justiça, e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu não dever pronunciar-se pela inconstitucionalidade material do n.º 3 do artigo 196.º da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro — Estatuto dos Magistrados Judiciais —, por entender que a mesma norma não viola o artigo 13.º da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 1 de Abril de 1981.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 93, de 22 de Abril de 1981.)

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Lei n.º 85/77 de 13 de Dezembro

ESTATUTO DOS MAGISTRADOS JUDICIAIS

.....
.....

Artigo 190.º
(Antiguidade)

1 — A antiguidade dos magistrados judiciais compreende o tempo de serviço prestado na magistratura do Ministério Público, nomeadamente para efeito do disposto no n.º 3 do artigo 27.º

2 — São ressalvadas as posições relativas constantes de listas definitivas de antiguidade elaboradas ao abrigo de legislação anterior à entrada em vigor do presente diploma.

.....

Artigo 196.º
(Magistrados oriundos do quadro do ultramar)

1 — A antiguidade relativa dos magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar e dos demais magistrados judiciais conta-se desde a data do ingresso na magistratura, quer se tenha realizado na magistratura judicial, quer na do Ministério Público, ficando os primeiros à esquerda dos magistrados não provenientes daquele quadro que tenham igual ou superior antiguidade e não hajam sofrido preterição de promoção.

2 — Os magistrados judiciais de 2.ª instância do extinto quadro do ultramar podem ser nomeados para o Supremo Tribunal de Justiça a partir do seu ingresso nos quadros das relações.

3 — Não é aplicável aos magistrados oriundos do extinto quadro do ultramar o disposto no n.º 2 do artigo 190.º

4 — Ficam revogadas as disposições constantes dos n.ºs 2 a 5 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 402/75, de 25 de Julho.

5 — Na parte não contrariada pelo presente diploma mantém-se em vigor o disposto nos Decretos-Leis n.ºs 402/75, de 25 de Julho, e 205/77, de 25 de Maio.

ÍNDICE

Parecer n.º 30/80 da Comissão Constitucional — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Definição de penas — Competência dos Tribunais — Direito penal de justiça e direito penal de mera ordenação — Natureza da pena de multa — Direito de audiência e defesa — Defesa dos direitos.

Resolução n.º 374/80 do Conselho da Revolução.

Decreto registado sob o n.º 262-G/80, do Ministério das Finanças e do Plano — Estabelece medidas relativas ao controlo da actividade financeira dos serviços e fundos autónomos e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social.

Parecer n.º 31/80 da Comissão Constitucional — *Contrato de gestão — Livre revogação do contrato de gestão por parte do Estado — Proibição de despedimentos sem justa causa — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Reserva de competência dos Tribunais.*

Resolução n.º 375/80 do Conselho da Revolução.

Decreto registado sob o n.º 366-G/80, da Presidência do Conselho de Ministros — Introduce diversas alterações ao Estatuto do Gestor Público.

Parecer n.º 32/80 da Comissão Constitucional — *Princípio da proporcionalidade das sanções criminais — Princípio «nullum crimen sine lege» — Instituto da custódia — Direito à liberdade e segurança — Prisão preventiva.*

Resolução n.º 389/80 do Conselho da Revolução.

Decreto registado sob o n.º 486-G/80, do Ministério da Justiça — Introduce diversas alterações à lei penal e à lei processual penal.

Parecer n.º 33/80 da Comissão Constitucional — *Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Estatuto dos magistrados judiciais — Remunerações dos magistrados judiciais — Competência legislativa das regiões autónomas — «Matérias de interesse específico para as regiões» — Princípios da reserva de soberania.*

Resolução n.º 410/80 do Conselho da Revolução.

Decreto Regional n.º 23/79/A, da Região Autónoma dos Açores — Estabelece um subsídio excepcional a atribuir a magistrados judiciais.

Parecer n.º 1/81 da Comissão Constitucional — *Conversão da multa em prisão — Conversão da pena disciplinar de multa em prisão — Reserva de competência dos Tribunais — Direito à liberdade — Segurança — Relações especiais de poder.*

Resolução n.º 8/81 do Conselho da Revolução.

Artigo 116.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante — Conversão

em prisão da pena disciplinar de multa.

Parecer n.º 2/81 da Comissão Constitucional — *Princípio da igualdade — Direito de acesso às funções públicas — Princípio da não discriminação — Serviço militar — Objecção de consciência.*

Resolução n.º 21/81 do Conselho da Revolução.

Artigo 52.º da Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968 (Lei do Serviço Militar) — Estabelece a preferência, em igualdade de classificação ou graduação, para provimento por concurso em cargos públicos, aos que cumpriram serviço militar.

Parecer n.º 3/81 da Comissão Constitucional — *Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Regime dos direitos, liberdades e garantias — Direito à intimidade — Utilização da informática — Criação de impostos e sistema fiscal — Direito à retribuição do trabalho.*

Resolução n.º 56/81 do Conselho da Revolução.

Decreto-Lei n.º 463/79, de 30 de Novembro — Institui o número fiscal do contribuinte.

Parecer n.º 4/81 da Comissão Constitucional — *Constitucionalidade de diploma aprovado por um Governo e promulgado e publicado após a exoneração desse Governo e antes da nomeação de novo Primeiro-Ministro — Exoneração e demissão do Governo — Apreciação da constitucionalidade de normas revogadas — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Definição de crimes, penas e medidas de segurança — Contravenções — Crimes — Ilícito de mera ordenação social — Princípio da culpa — Responsabilidade das pessoas colectivas pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos — Administrativização do processo das contra-ordenações — Defesa dos direitos — Direito a recurso contencioso de actos administrativos — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Organização e competência dos Tribunais — Direito à liberdade e segurança.*

Resolução n.º 71/81 do Conselho da Revolução.

Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho — Institui o ilícito de mera ordenação social.

Parecer n.º 5/81 da Comissão Constitucional — *Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Criação de impostos — Autorização legislativa — Conceito fiscal de rendimento do trabalho — Princípio da igualdade — Declaração de inconstitucionalidade — Retroactividade das normas tributárias.*

Resolução n.º 72/81 do Conselho da Revolução.

Artigo 17.º da Lei n.º 8-A/80, de 26 de Maio — Autoriza o Governo a alterar várias normas do Código do Imposto Profissional 324 Artigos 1.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 183-D/80, de 9 de Junho — Alterações ao Código do Imposto Profissional .

Parecer n.º 6/81 da Comissão Constitucional — *Possibilidade e condições de ingresso dos magistrados oriundos do quadro do ultramar nos quadros da magistratura metropolitana — Princípio da igualdade.*

Resolução n.º 82/81 do Conselho da Revolução .

Artigos 190.º e 196.º da Lei n.º 85/77, de 13 de Dezembro (Estatuto dos Magistrados Judiciais) — Antiguidade dos magistrados oriundos do quadro do ultramar.