

em causa, não podendo o legislador ordinário eliminar o dever em termos de precluir o conhecimento pelo particular das razões do acto que toque os seus direitos fundamentais, nem restringi-lo nesses casos fora do quadro previsto no artigo 18.º da Constituição” (cf. José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.* 213), ou seja, apenas fora do núcleo essencial exigido pela garantia dos direitos fundamentais dos administrados, o legislador ordinário “pode optar por soluções diversas das já estabelecidas”.

Nesta perspectiva, pode concluir-se não existir, em geral, um direito fundamental à fundamentação, ou, sequer, um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (cf. José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, pp. 202 e 204), mas poder ele vir a ser permeado com as exigências dos direitos fundamentais, pelo menos, naqueles casos em que a fundamentação seja condição indispensável da realização ou garantia dos direitos fundamentais.

No caso em apreço, o dever de fundamentação toca-se com dois direitos fundamentais: o direito de acesso aos tribunais, na dimensão de direito ao recurso contencioso contra actos administrativos lesivos de direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (artigos 20.º, n.º 1, e 268.º, n.º 4, da CRP) e o alegado direito análogo a direito fundamental, da iniciativa privada (artigo 61.º, n.º 1, da CRP).

Pensa-se, todavia, como no referido Acórdão n.º 150/85, que “a fundamentação dos actos administrativos não constitui pressuposto juridicamente necessário, ou condição insuperável, do exercício do direito de recurso contencioso, mas unicamente condição ou factor da uma sua maior viabilidade prática”.

A fundamentação constitui um instrumento institucional administrativo cuja existência potencia o conhecimento dos pressupostos de facto ou de direito, com base nos quais se praticou o acto ou deliberação administrativas, com certo conteúdo ou disposição constitutiva — a motivação e a justificação do acto (cf. Acórdão n.º 53/92, disponível em www.tribunalconstitucional.pt) —, e, conseqüentemente, das possíveis causas da sua invalidade.

Ora, o direito de acção ou de recurso contencioso tem por conteúdo a garantia da possibilidade do acesso aos tribunais para a defesa desses direitos e interesses legalmente protegidos, afectados ou violados por actos administrativos.

A fundamentação, apenas, propicia, na perspectiva de um eventual exercício desse direito ou garantia fundamental e da sua efectividade, a obtenção do material de facto e de direito cujo conhecimento poderá facilitar ao administrado, de modo mais ou menos determinante e decisivo, a interposição da concreta acção e o seu êxito, através da qual se pretende obter a tutela dos concretos direitos ou interesses legalmente protegidos cuja ofensa é imputada ao concreto acto e deliberação.

Por mor da sujeição da administração ao princípio da legalidade administrativa e através desse instituto, o cidadão terá à mão, porventura, mais facilmente do que acontece nas relações privadas, onde lhe caberá desenvolver a actividade investigatória que tenha por pertinente, os elementos de facto e de direito com bases nos quais se pode determinar, pelo recurso aos tribunais, configurar os concretos termos da causa e apetrechar-se dos meios de prova, para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

O dever de fundamentação não tem, pois, uma relação de necessidade com o direito de acesso aos tribunais, existindo este sem aquele.

Nesta perspectiva, pode concluir-se que o dever de fundamentação não constitui uma condição indispensável da realização ou garantia do direito fundamental de recurso contencioso contra actos administrativos lesivos dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados.

Vejam, agora, se ele adquire a especial força normativa, atrás referida, em função do alegado direito análogo a direito fundamental, da iniciativa privada, previsto no artigo 61.º, n.º 1, da Constituição.

De acordo com o disposto neste preceito “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.

Consagrando, embora, o direito de liberdade de iniciativa económica privada, nas suas diversas significações (liberdade de criação de empresa, liberdade de investimento, liberdade de estabelecimento, por um lado, e liberdade de organização, gestão e actividade da empresa) (cf. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume I, p. 790; e Jorge Miranda-Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, p. 620), não deixa o preceito de reconhecer a existência de uma ampla margem para a delimitação ou configuração legislativa, ao dizer que esse direito só pode exercer-se “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei”.

Admite-se, deste modo, que, não obstante a regra seja a liberdade de iniciativa, possa ela ser objecto de limitações e restrições que terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade e ressaltar, sempre, o seu núcleo essencial.

Ora, a subordinação da liberdade de estabelecimento à obtenção de alvará sanitário e de licença administrativa de utilização, mesmo para estabelecimentos [de mercearia] já em funcionamento, nos termos do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 370/99, de 16 de Setembro, configura-se

como um condicionamento legislativo inteiramente justificado à luz do princípio da proporcionalidade, desde logo, até, para tutelar, também, outros bens constitucionais, como sejam os direitos dos consumidores (cf. artigo 60.º da CRP), em nada afectando o seu núcleo essencial.

Assim sendo, importa concluir que o dever de fundamentação não vê reforçada a sua força normativa por via da conexão com tal direito fundamental.

Decorrentemente, pode, também, distrair-se a conclusão de que a falta de fundamentação não demanda, no caso, a sanção da nulidade prevista pelo legislador ordinário para a ofensa do conteúdo essencial de direito fundamental [artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA].

Estabelecendo, embora, o dever da fundamentação, a referida norma constitucional não fixa, todavia, as conseqüências do seu incumprimento.

Como diz José Carlos Vieira de Andrade, caberá, por isso, à lei ordinária esclarecer, por exemplo, se o vício é (ou é sempre) causa de invalidade do acto administrativo, que tipo de invalidade lhe corresponderá, bem como em que condições serão admissíveis a sanação do vício ou o aproveitamento do acto.

Assim sendo, bem poderá, em princípio, o legislador ordinário, na sua discricionariedade constitutiva, sancionar a falta de fundamentação, apenas, com a anulabilidade, erigida a sanção-regra (artigo 135.º do CPA), e não com a nulidade, assumida, legislativamente, como sanção específica (artigo 133.º do CPA), bem como subordiná-las a diferentes prazos de arguição.

E, dizemos “em princípio”, porque a violação da ordem jurídica pode ser de tal gravidade que, para se manter o essencial da força jurídica da “garantia institucional” constitucional do dever de fundamentação, tenha a sanção para a sua falta de constituir na nulidade.

Serão situações especiais em que a falta de fundamentação assume, ou uma natureza própria de elemento essencial do acto, acabando por cair debaixo do critério legislativo constante do n.º 1 do artigo 133.º do CPA, ou uma natureza paralela à de ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental [artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA].

Tal “acontecerá sempre que, para além da imposição genérica da fundamentação, a lei prescrever, em casos determinados, uma declaração dos fundamentos da decisão em termos tais que se possa concluir que ela representa a garantia única ou essencial da salvaguarda de um valor fundamental da juridicidade, ou então da realização do interesse público específico servido pelo acto fundamentando” ou “quando se trate de actos administrativos que toquem o núcleo da esfera normativa protegida [pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais] e apenas quando a fundamentação possa ser considerada um meio insubstituível para assegurar uma protecção efectiva do direito liberdade e garantia” (cf. José Carlos Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 293).

No caso, como decorre do que vem sendo exposto, não estamos, nem perante uma situação em que haja ofensa do conteúdo essencial de direito fundamental, nem em face de qualquer destas duas situações especiais.

De tudo, resulta que o legislador ordinário, bem, poderá cominar a sanção da anulabilidade para a falta da fundamentação relativa ao acto administrativo resultante da aplicação do direito considerado ao caso concreto.

C — Decisão

10 — Destarte, atento tudo o exposto, o Tribunal Constitucional decide negar provimento ao recurso.

Custas pelo recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 25 UCs.

¹ Cf. por todos, acórdão do STA de 17-02-2004 (Rec. n.º 01572/02), com citação de outra jurisprudência do STA e doutrina, devendo realçar-se que a jurisprudência e doutrina não são unânimes quanto à consideração de que o conceito de elementos essenciais integre o conceito de acto administrativo contido no artigo 120.º do mesmo código.

² Segundo o qual “Os alvarás sanitários e as autorizações de funcionamento de supermercados emitidos, respectivamente, ao abrigo da Portaria n.º 6065, de 30 de Março de 1929, e da Portaria n.º 22970, de 20 de Outubro de 1967, e do Despacho Normativo n.º 148/83, de 25 de Junho, ou de legislação anterior, mantêm-se válidos, só sendo substituídos pela licença de utilização prevista no presente diploma, na sequência do licenciamento de obras de ampliação, reconstrução ou alteração”.

Lisboa, 10 de Dezembro de 2008. — *Benjamim Rodrigues — João Cura Mariano — Joaquim de Sousa Ribeiro — Mário José de Araújo Torres — Rui Manuel Moura Ramos.*

Acórdão n.º 595/2008

Proc. n.º 574/08

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional:

A — Relatório

1 — O Ministério Público recorre para o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto nos artigos 70.º, n.º 1, alínea a), 72.º, n.º 3, 75.º-A, n.º 1, alínea a), e 78.º, n.º 2 da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, na

sua actual versão (LTC), da sentença proferida, no processo comum, com intervenção do tribunal singular, em que é arguido Paulo Jorge da Silva Santos, pelo Juiz do 1.º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Esposende que recusou, com fundamento na sua inconstitucionalidade, a aplicação do artigo 86.º, n.º 1, alínea a), do Regime Jurídico das Armas e Munições, aprovado pela Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro.

2 — O juízo de inconstitucionalidade da sentença recorrida abonou-se nas seguintes considerações:

«A subsunção jurídico-penal por que se conclui implica o sancionamento da conduta do arguido com uma moldura penal de 2 a 8 anos de prisão, o que sem qualquer hesitação qualificaremos como chocantemente desproporcional em face da gravidade dos factos.

Com a redacção actual da norma em questão são ainda possíveis enquadramentos ainda mais desproporcionais, pois a mera detenção de uma “bomba de Carnaval”, que num passado não muito longínquo era vendida a crianças em tabacarias, implica o sancionamento pela mesma moldura penal.

É claro que não é qualquer reparo aos excessos, falta de prudência, ou mesmo pura incompetência do legislador ordinário que permite a afirmação de uma desconformidade constitucional. É preciso ir mais longe.

Qualquer restrição a direitos fundamentais constante em legislação ordinária deve respeitar o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP), nos termos do qual a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Ora a liberdade ambulatoria que é restringida por qualquer pena de prisão é indiscutivelmente a primacial liberdade fundamental, como resulta do artigo 27.º, da CRP, que pode ser limitada pelas condenações criminais, como resulta também do n.º 2 de tal norma constitucional.

No entanto, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito “significa que os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa «justa medida», impedindo-se a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos”¹.

É claro que a criminalização de uma mera detenção de explosivos tem justificação nomeadamente na salvaguarda da vida e integridade física de terceiros que a capacidade agressiva de tais objectos coloca em risco.

No entanto, no conceito jurídico usado pela lei de engenho explosivo cabem sem dúvida engenhos extremamente perigosos e com capacidade agressiva muito elevada, que justificariam a moldura penal em questão e o seu limite mínimo, mas cabem também engenhos de capacidade agressiva baixa ou insignificante.

O não estabelecimento de limites de perigosidade ou de potência para enquadrar a relevância penal do engenho explosivo sujeito a uma moldura de 2 a 8 anos de prisão abre a porta a sancionamentos em frontal violação do princípio da proporcionalidade, como seria o presente.

Basta recordar os crimes com moldura equivalente: exposição ao abandono agravada, nos termos do artigo 138.º, n.º 3, alínea a), do CP, violência doméstica agravada, nos termos do artigo 152.º, n.ºs 1 e 3, alínea a), do CP, maus tratos agravados, nos termos do artigo 152.º-A, n.ºs 1 e 2, alínea a), do CP, rapto, nos termos do artigo 161.º, n.º 1, do CP, abusos sexuais de pessoas indefesas, internadas, ou de menores, nos termos dos artigos 165.º, 166.º, e 171.º, do CP, roubo, nos termos do artigo 210.º, n.º 1, do CP, e outros, para já não falar aqui dos crimes com sancionamento inferior.

Acrescenta-se ainda que a explosão do artefacto nas mãos do arguido levou a resultado lesionais apenas enquadráveis no artigo 143.º, n.º 1, do CP, punível com prisão até três anos ou multa, no caso de terem sido causados intencionalmente em terceiros. Ou seja, a concretização do dano que inspira esta tutela penal ao nível do mero perigo, de uma forma apta a maximizar as consequências das capacidades lesionais do engenho em questão, leva a um sancionamento consideravelmente inferior ao que é aplicável à mera detenção do engenho.

A desproporção atinge níveis tão manifestos, que a conclusão pela inconstitucionalidade é forçosa.

Assim sendo, o tribunal recusará a aplicação desta norma penal por inconstitucionalidade, por não limitar a subsunção a tão grave moldura penal em função da potência ou perigosidade do engenho explosivo em causa, por violação do princípio da proporcionalidade».

3 — Alegando, no Tribunal Constitucional, o recorrente defendeu o provimento do recurso, concluindo do seguinte jeito a sua argumentação:

«1.º

A norma do artigo 86.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro na parte em que fixa uma pena de prisão de 2 a 8 anos, não viola o princípio de proporcionalidade constante do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, não sendo, por isso, inconstitucional.

2.º

Termos em que deverá proceder o presente recurso».

4 — O recorrido não contra-alegou.

B — Fundamentação

5 — Como resulta do relatado, a decisão recorrida recusou a aplicação do artigo 86.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro (Regime Jurídico das Armas e Munições), com o fundamento de que a pena cominada para o ilícito penal, nele tipificado, violava o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, dada a diminuta perigosidade do material explosivo que havia sido apreendido ao arguido, no tocante à restrição nele imposta ao direito da liberdade pessoal, garantida no artigo 27.º do diploma fundamental.

Antes de mais, cumpre anotar que não cabe ao Tribunal Constitucional apreciar a correcção do juízo interpretativo levado a cabo, pela decisão recorrida, sobre a norma penal considerada aplicável ao caso, ou seja, sobre a determinação dos elementos constitutivos do crime que foi imputado ao arguido e qual o seu significado normativo, bem como da subsunção dos factos dados como provados ao quadro normativo pré-determinado.

A única questão que lhe cumpre apreciar e decidir é a de saber se a norma, cuja aplicação se recusou, padece ou não do invocado (ou de outro) vício de inconstitucionalidade que a torne inválida como critério de decisão jurídica.

A norma em causa — o artigo 86.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, diploma este que aprovou o Regime Jurídico das Armas e Munições — dispõe do seguinte jeito:

“Artigo 86.º

Detenção de arma proibida

1 — Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, detiver, transportar, importar, guardar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio ou obtiver por fabrico, transformação, importação ou exportação, usar ou trazer consigo:

a) Equipamentos, meios militares e material de guerra, arma biológica, arma química, arma radioactiva ou susceptível de explosão nuclear, arma de fogo automática, engenho explosivo civil, ou engenho explosivo ou incendiário improvisado é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;

b)
c)
d)

2 —

A definição de crimes, penas e medidas de segurança acarreta, inelutavelmente, uma restrição ao direito à liberdade, reconhecido como direito fundamental, pessoal, no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição.

Por isso, o Tribunal Constitucional tem, reiteradamente, reconhecido que a regulação dessa matéria deve obediência estrita aos pressupostos materiais, que legitimam, constitucionalmente, as restrições de direitos, liberdades e garantias fundamentais, constantes do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição: exigência de previsão constitucional expressa da respectiva restrição; vinculação da restrição à necessidade de salvaguardar um outro direito, liberdade e garantia fundamental; subordinação das leis restritivas a um princípio da proporcionalidade, o qual postula, num sentido estrito, que os meios legais restritivos devem situar-se numa justa medida e não poderão ser desproporcionados ou excessivos em relação aos fins que se pretende obter (cf. Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, Coimbra, 4.ª edição, págs. 391-393).

Discorrendo sobre esta temática, em termos que correspondem a uma leitura, constantemente repetida pelo Tribunal, dos parâmetros constitucionais e que aqui se renova (cf., a título de exemplo os Acórdãos abaixo identificados e, muito recentemente, o Acórdão n.º 165/2008, sobre questão algo semelhante com a dos autos, por respeitar a um crime de perigo relacionado com a detenção de material de guerra), diz-se lapidarmente no Acórdão n.º 108/99, disponível em www.tribunalconstitucional.pt:

«4.4.3.1. O direito penal, enquanto direito de protecção, cumpre uma função de ultima ratio. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos — e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais. É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há-de limitar-se à defesa das perturbações graves da ordem social e à protecção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim, pelo princípio

da subsidiariedade, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para protecção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão-de constituir sempre o último recurso.

A necessidade social apresenta-se, deste modo, como critério decisivo da intervenção do direito penal. No dizer de SAX (citado por Eduardo Correia, loc. cit.), a necessidade da pena surge “como o caminho mais humano para proteger certos bens jurídicos”. (Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, cf. o citado acórdão n.º 83/95, publicado *Diário da República* 2.ª série, de 16 de Junho de 1995).

Este princípio da necessidade — que, no dizer de Eduardo Correia (“Estudos sobre a reforma do direito penal depois de 1974, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 119.º, página 6), marca o “limite do âmbito do direito penal” — decorre do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição. Neste preceito constitucional dispõe-se, com efeito, que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Mas então, como adverte Figueiredo Dias (“O sistema sancionatório no direito penal português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, I, Boletim da Faculdade de Direito, número especial, Coimbra, 1984, página 823), há-de observar-se “uma estrita analogia entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais”, ficando toda a intervenção penal subordinada “a um estrito princípio de necessidade”. “Só por razões de prevenção geral, nomeadamente de prevenção geral de integração — sublinha-se — pode justificar a aplicação de reacções criminais”.

Idêntico é o pensamento de José de Sousa e Brito (“A lei penal na Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, volume 2.º, Lisboa, 1978, página 218), que escreve: “Entende-se que as sanções penais só se justificam quando forem necessárias, isto é, indispensáveis, tanto na sua existência, como na sua medida, à conservação e à paz da sociedade civil”.

Simplesmente, o juízo sobre a necessidade de lançar mão desta ou daquela reacção penal cabe, obviamente, em primeira linha, ao legislador, em cuja sabedoria tem de confiar-se, reconhecendo-se-lhe uma larga margem de discricionariedade.

A limitação da liberdade de conformação legislativa, neste domínio, só pode ocorrer, quando a sanção se apresente como manifestamente excessiva (cf. o citado acórdão n.º 83/95 e, bem assim, os acórdãos n.ºs 634/93 e 480/98, o primeiro, publicado no *Diário da República* 2.ª série, de 31 de Março de 1994, e o segundo, por publicar em que, tocantemente à decisão criminalização de certas condutas, se afirmou idêntica doutrina).

Quando, pois, se não se esteja em presença de uma situação de excesso — ou, pelo menos, não seja manifesto que tal aconteça — a norma incriminadora não pode ser censurada sub specie constitutionis, em nome do princípio da proporcionalidade.»

Poucas foram as vezes em que o Tribunal Constitucional censurou o juízo de mérito feito pelo legislador acerca da definição de crimes, de penas ou de medidas de segurança.

Mas, quando o fez, o certo é que associou, geralmente, a violação do princípio da proporcionalidade ao desrespeito de outros princípios constitucionais.

Assim, nos casos julgados nos Acórdãos n.ºs 634/93, 650/93, 141/95 e 527/95, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, sendo o último de generalização do julgamento levado a cabo pelos demais, o juízo de inconstitucionalidade — relativo ao “artigo 132.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio” — fundamentou-se em a norma, “ao não respeitar o princípio da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena, viola[r] os princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade decorrentes da ideia de Estado de direito democrático (artigos 18.º, n.º 2, e 2.º da Constituição)”.

Também o Acórdão n.º 211/95, disponível no mesmo sítio, julgou “inconstitucional a norma resultante da conjugação dos artigos 132.º e 133.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252 de 20 de Novembro de 1943, na parte em que dela resulta a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio (e não desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio) e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, por violação dos princípios da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição)”.

Por seu lado, os Acórdãos n.ºs 370/94, 958/96, 329/97 e 201/98, disponíveis, igualmente, em www.tribunalconstitucional.pt, chegaram a um juízo de inconstitucionalidade sobre as normas, respectivamente,

dos artigos 204.º, alínea c) (burla), 203.º, alínea a) (abuso de confiança), 193.º, n.º 1, alínea c) e 193.º, n.º 1, alínea b) (peculato), todos do Código de Justiça Militar, com base numa articulação do princípio da proporcionalidade com o princípio da igualdade, constituindo o referente as penas previstas para os mesmos tipos de crime no Código Penal.

Não vem posta em dúvida pela sentença recorrida, nem a mesma se afigura pertinente, a ponderação levada a cabo pelo legislador sobre a necessidade de criminalização de “uma mera detenção de explosivos”, pois ela tem justificação, segundo a linguagem da própria decisão, “nomeadamente na salvaguarda da vida e integridade física de terceiros que a capacidade agressiva de tais objectos coloca em risco”, sendo que, ainda, se pode convocar a necessidade de tutela de outros bens jurídicos, como sejam a segurança das pessoas e da comunidade em geral e até do direito de propriedade, todos com indiscutível relevo e tutela constitucional (cf. artigos 24.º, 25.º, 27.º e 61.º).

É claro que o tipo legal de crime, aqui em causa, se configura como um crime de perigo comum (abstracto) e não como um crime de dano. O desvalor da acção respeita ao perigo, representado como uma adequada possibilidade de poder sobrevir, associada à acção, a lesão dos referidos bens jurídicos.

A propósito do artigo 275.º do Código Penal, que acautelava, anteriormente, os bens jurídico-criminais, cuja protecção é agora levada a cabo pelo artigo 86.º da Lei n.º 5/2006, escreve Paula Ribeiro de Faria (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, p.891):

“Com este tipo legal o legislador pretendeu evitar toda a actividade idónea a perturbar a convivência social pacífica e garantir através da punição destes comportamentos potencialmente perigosos, a defesa da ordem e segurança pública contra o cometimento de crimes, em particular contra a vida e a integridade física (cf. Trabucchi, *Comentário breve al Código Penale* 695; Antolisei 112; Carlo Mosca, *EncG, Armi II Armi e Munizione* — *Dir. Pen.* 1). O bem jurídico protegido é por conseguinte a segurança da comunidade face aos riscos (em última instância para bens jurídicos individuais), da livre circulação e detenção de armas proibidas, engenhos e matérias explosivas. Aprofundadas investigações sobre a matéria elaboradas com base em dados estatísticos têm comprovado que existe uma relação directa entre as manifestações de violência criminal (política ou comum), e a detenção incontrolada de armas e explosivos, enquanto que a intervenção legislativa, administrativa, e penal, respeitando embora os direitos e garantias constitucionalmente consagrados, se revelou de particular eficácia na contenção deste fenómeno”.

É evidente que, estando-se perante um tipo de crime de perigo comum, não se apresenta como sendo de solução fácil, para o legislador, a determinação do ponto de equilíbrio entre o desvalor ou gravidade da acção a se e a pena, pois aquele, desligado do valor do resultado, pode apresentar-se como sendo, “em geral, de pequena monta” (Manuel Lopes Rocha, *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983, p. 371).

Foi, aliás, a visão da questão, por este ângulo, que justificou a leitura feita pela decisão recorrida, quando nota que “no conceito jurídico usado pela lei de engenho explosivo cabem, sem dúvida, engenhos extremamente perigosos e com capacidade agressiva muito elevada, que justificariam a moldura penal em questão e o seu limite mínimo, mas cabem, também, engenhos de capacidade agressiva baixa ou insignificante” e que “a concretização do dano que inspira esta tutela penal ao nível do mero perigo, de uma forma apta a maximizar as consequência das capacidades lesionais do engenho em questão, leva a um sancionamento consideravelmente inferior ao que é aplicável à mera detenção do engenho”.

Todavia, já o desvalor do resultado, adequadamente associado ao perigo corporizado nas acções consideradas ilícitas, pode atingir dimensões, verdadeiramente, catastróficas e a reclamar, por isso, a previsão de uma pena que cumpra, eficazmente, a função de prevenção geral, de dissuasão de tais condutas.

É, de resto, essa dificuldade que explica a revogação daquele artigo 275.º do Código Penal, que foi levada a cabo pelo artigo 118.º, alínea o), da referida Lei n.º 5/2006.

Na verdade, tal preceito era objecto de forte crítica social, por a pena nele prevista ser considerada como branda, até em face da crescente gravidade e da frequência que as condutas tipificadas tinham vindo a adquirir, tendo o legislador acabado por encontrar o ponto de convergência dentro de uma moldura penal mais dura.

Pese, embora, a dificuldade, ela poderá, todavia, ser resolvida, quer através da amplitude dada à moldura penal, quer através da previsão de instrumentos legais de adequação da pena às específicas circunstâncias do caso concreto de que o juiz possa lançar mão.

Ora, na situação em apreço, essa moldura é suficientemente elástica para permitir a adequação da pena em face das específicas circunstâncias do caso, pois varia entre 2 e 8 anos de prisão.

Por outro lado, ainda, mesmo relativamente a este limite mínimo de pena, pode ocorrer a aplicação dos mecanismos previstos no Código Penal, no que respeita à atenuação especial da pena (artigo 72.º), à suspensão de pena (artigo 50.º) e à substituição da pena de prisão por multa

ou por outra pena não privativa da liberdade (art. 43.º) etc., havendo, assim, a possibilidade de, através desses modos, ser a pena ajustada, entre o mais, à concreta gravidade do ilícito penal imputado ao arguido e ao grau da sua culpa.

Assim sendo, não pode considerar-se, manifestamente, desproporcionada a restrição ao direito fundamental da liberdade a cominação da pena estabelecida na norma criminal aqui impugnada, em termos de o Tribunal Constitucional a poder censurar.

A haver, porém, algumas dúvidas sobre a bondade do ponto de equilíbrio achado pela lei, elas não poderão deixar de ser resolvidas em favor do critério seguido pelo legislador.

Temos, portanto, de concluir que o recurso merece provimento.

C — Decisão

6 — Destarte, atento tudo o exposto, o Tribunal Constitucional decide:

a) Não julgar inconstitucional a norma constante do artigo 86.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro;

b) Consequentemente, conceder provimento ao recurso e ordenar a reforma da decisão recorrida, em função do precedente juízo efectuado sobre a questão de constitucionalidade.

Sem custas.

¹ J.J. Gomes Canotilho e Vítor Moreira, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, p. 393.

Lisboa, 10 de Dezembro de 2008. — *Benjamim Rodrigues — João Cura Mariano — Joaquim de Sousa Ribeiro — Mário José de Araújo Torres — Rui Manuel Moura Ramos.*

Acórdão n.º 597/2008

Processo n.º 192/08

Acordam na 2.ª Secção do Tribunal Constitucional

I. Relatório

1 — Nos presentes autos, vindos do Tribunal da Relação do Porto, em que é recorrente a Câmara Municipal de Estarreja e recorridos Maria do Rosário Viana e Outros, foi interposto recurso, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), para apreciação da inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 26.º, n.º 12, do Código das Expropriações.

2 — Convidada a aperfeiçoar o requerimento de interposição do recurso, a recorrente veio dizer o seguinte:

«1º

Salvo o devido respeito a recorrente no seu requerimento de interposição de recurso apresentado junto do Tribunal da Relação forneceu os elementos solicitados no despacho em causa.

2º

No artigo 4.º de tal requerimento escreveu-se:

“... quer a sentença da 1.ª instância quer o douto acórdão desta Relação fazem uma interpretação e aplicação do n.º 12 do art.º 26.º do CE que viola o princípio da justa indemnização consagrado no art.º 62.º-2 da CRP e ainda viola o princípio da igualdade contido no art.º 13.º da CRP.

Acrescentando-se no artigo 5.º:

“Assim pretende-se que o Tribunal Constitucional aprecie a ilegalidade, por violação dos artigos 62.º-2 e 13.º da CRP, da interpretação dada ao artigo 26.º-12 do CE quando é interpretado nos termos em que o foi nestes autos pelas decisões já citadas.

A interpretação dada a tal preceito encontra-se nas decisões em causa e a interpretação que entendemos por correcta sob pena de serem violados os citados preceitos constitucionais está expandida nos nosso articulados nomeadamente no ponto ‘r’ das alegações que apresentámos nesta Relação e que aqui damos por reproduzidas (nesse ponto).”

3.º

Pretende pois a recorrente que seja apreciada pelo TC a interpretação dada ao artigo 26.º-12 do Código das Expropriações por violadora dos princípios da justa indemnização e da igualdade consagrados nos artigos 62.º-2 e 13.º da CRP.

A interpretação dada pelo Tribunal da 1.ª instância e da Relação é no sentido que deve ser avaliado um terreno nos termos do n.º 12 do artigo 26.º do CE desde que o mesmo se situe em zona verde, independentemente de a parcela deter ou não características que a possam classificar como solo apto para a construção.

O que defendemos, em consonância já com outras decisões deste Tribunal sobre este assunto é que para que um prédio expropriado possa ser considerado como solo apto para construção com base no n.º 12 do artigo 26.º têm de se verificar os requisitos que o Código das Expropriações “faz depender a inclusão nesta categoria, acrescentando-se por vezes, ser necessário haver uma expectativa forte de ser possível construir nos mesmos”, sob pena de se violar os citados princípios da igualdade e da justa indemnização.

A questão colocada a este Tribunal é a mesma que a abordada no acórdão 417/2006 deste Tribunal no processo 538/2005.»

3 — O presente recurso emerge de processo de expropriação, em que foi declarada, pela Assembleia Municipal de Estarreja, a utilidade pública de duas parcelas de terreno para a construção do Parque Municipal de Antuã, classificadas, na carta de zonamento do Plano Geral de Urbanização de Estarreja, como zona verde, e adquiridas, pelos recorridos, antes dessa classificação.

A expropriante, não concordando com as decisões arbitrais relativas àquelas duas parcelas, delas recorreu para o Tribunal Judicial da Comarca de Estarreja, alegando, nomeadamente, que as parcelas não poderiam ser classificadas como solo apto para construção e, mesmo que assim fosse, deveria ter sido levado em consideração situarem-se em zona frequentemente inundada, sujeitas às restrições do Decreto-Lei n.º 364/98, de 21 de Novembro. Mais alegou terem sido inadequadamente dados por preenchidos os pressupostos do artigo 26.º, n.º 12, do Código das Expropriações.

Tendo os recursos sido autuados como processos autónomos, para cada uma das parcelas, foram proferidas sentenças pelo Tribunal Judicial da Comarca de Estarreja, julgando os recursos totalmente improcedentes.

Destas decisões a expropriante interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto que, por acórdão de 05.11.2007, julgou improcedentes as apelações, confirmando as sentenças proferidas.

Ainda inconformada, a expropriante pediu a esclarecimento deste acórdão, que foi decidida por acórdão de 07.01.2008.

É destes dois acórdãos do Tribunal da Relação do Porto que vem interposto o presente recurso de constitucionalidade.

4 — A recorrente apresentou alegações, onde conclui o seguinte:

«1 — Numa expropriação a indemnização a atribuir ao expropriado deve ressarcir-lo da efectiva perda do bem expropriado não devendo o seu valor ser influenciado por valores especulativos ou ficcionados.

2 — Para se apurar o valor do bem expropriado deve atender-se às suas reais características, como se fosse posto à venda no mercado.

3 — Pelas características que resultaram provadas das parcelas expropriadas constata-se que são terrenos interiores, sem acesso à via pública, com potencialidades agro/florestais, em zona sujeita a cheias do rio e inserido em zona verde de acordo com o Plano Geral de Urbanização. Não obstante, face a tais características, a decisão em apreciação ter concluído pela classificação de solo apto para outros fins entendeu ser de aplicar o n.º 12 do artigo 26.º do Código das Expropriações e considerar o seu valor como terreno apto para a construção.

4 — Ficcionou a construção de um edifício para o local não obstante dar por assente que não seria aí possível de construir. Sendo certo que no perímetro de 300 metros encontramos terrenos em que é possível de se construir também encontramos terrenos em que o não é nomeadamente por estarem inseridos em RAN e REN.

5 — Decidir-se por uma indemnização como se de terreno para construção se tratasse, é violador do princípio da igualdade, nomeadamente relativamente a todos os terrenos situados em tal perímetro e nos quais não é possível a construção.

6 — É também violador do princípio da justa indemnização pois os expropriados recebem um valor nunca alcançável no mercado.

7 — O direito de propriedade constitucionalmente consagrado não tem como elemento necessário e natural o direito à edificação. Como tal a inclusão de um terreno em zona verde não determina que, em caso de expropriação, sejam então os expropriados ressarcidos de tal alegada restrição.

8 — Para se alcançar a justa indemnização é necessário, mesmo aplicando o n.º 12 do artigo 26.º do CE, atender a objectiva aptidão edificativa do terreno expropriado de acordo com os elementos definidos no n.º 2 do artigo 25.º do mesmo código.

9 — Se o terreno expropriado não tem as características enunciadas no n.º 2 do artigo 25.º não pode, na expropriação, ser-lhe atribuído um valor como se de terreno apto para construção se tratasse.