

Acórdãos STA

Processo:

0388/15

Data do Acordão:

18-05-2016

Tribunal:

2 SECÇÃO

Relator:

ANA PAULA LOBO

Descriptores:

CONSTITUCIONALIDADE**DIPLOMA LEGISLATIVO**

Sumário:

I - Na nossa ordem jurídica a Constituição da República Portuguesa consagrou um controlo concentrado e abstracto de normas dirigido à fiscalização e decisão com força obrigatória e geral da validade formal ou material de uma norma jurídica seja ele preventivo, antes do diploma entrar em vigor ou sucessivo quando, independentemente de um caso concreto se aferir da conformidade de uma norma com a Constituição, art.º 281.º da Constituição da República Portuguesa.

II - O Tribunal Constitucional tem competência exclusiva para proceder ao controlo abstracto da constitucionalidade das normas, a solicitação das entidades mencionadas no art.º 281.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa num processo de carácter não contraditório a que é atribuída legitimidade processual passiva ao órgão que editou ou aprovou o acto de onde consta a norma sujeita a fiscalização.

III - Os demais Tribunais apenas têm competência para fiscalizar, quer por iniciativa das partes, quer oficiosamente a constitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto que é submetido ao seu julgamento, nos termos consagrados nos art.º 204.º e 280.º da Constituição da República Portuguesa.

Nº Convencional:

JSTA000P20539

Nº do Documento:

SA2201605180388

Data de Entrada:

31-03-2016

Recorrente:

A...

Recorrido 1:

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OUTROS.

Votação:

UNANIMIDADE

Aditamento:

 **Texto Integral**

Texto Integral:

Recurso Jurisdicional

Decisão recorrida – Tribunal Administrativo e Fiscal de Loulé

. 12 de Janeiro de 2015

Declarou a incompetência material do Tribunal.

Acordam nesta Secção do Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo:

A....., Autora, no processo nº 2/15.2BELLE, Acção para Reconhecimento de um Direito ou Interesse Legítimo em Matéria Tributária que deduziu contra o Ministério das Finanças e da Administração Pública, o

Ministério da Saúde e o Ministério da Presidência e dos Assuntos Parlamentares, pedindo a declaração de ilegalidade e recusa de aplicação do regime previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de Julho, e o reconhecimento de que o regime de regalias e isenções fiscais previstas na Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro, em especial a isenção concretizada no artigo 10.º do Código do IRC, não pode ser aplicável à actividade comercial, desenvolvida fora do fim estatutário das entidades do sector social da economia titulares dos alvarás, das farmácias sociais, veio interpôr o presente recurso da sentença supra mencionada, tendo, para esse efeito formulado, a final da sua alegação, as seguintes conclusões:

1. Em 12 de Janeiro de 2015, foi proferida a sentença recorrida, nos termos da qual se considerou o Tribunal a quo materialmente incompetente para decidir a pretensão da Recorrente, de acordo com a motivação que, para maior facilidade, resumidamente se passa a citar:

“(...) os tribunais de primeira instância apenas podem proceder à fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade de normas legislativas quando, para permitir a decisão do litígio submetido a julgamento, se pronunciam no caso concreto, sob a conformidade, ou desconformidade, da norma aplicável à Constituição – cfr. os artigos 204.º e 280.º, n.º 1, da Constituição da República.

Estando expressamente «excluída da jurisdição administrativa e fiscal, a apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de actos praticados no exercício da função política e legislativa» - artigo 4.º, n.º 2, alínea a) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. (...”).

2. Entende a Recorrente que a Sentença recorrida labora em erro de julgamento quanto ao objecto da acção e, consequentemente, nula por omissão de pronúncia quanto aos pedidos concretamente formulados na petição inicial de reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária.

3. A Sentença recorrida é, ainda, nula por omissão de pronúncia por não ter conhecido do segundo pedido formulado pela Recorrente, sendo que o não conhecimento do primeiro dos pedidos não prejudicava o conhecimento do pedido subsequente, por não se tratar de pedidos dependentes.

4. No que concerne ao objecto da acção, desconsiderou o douto Tribunal a quo que a presente acção visa garantir aos administrados um meio processual excepcional que lhes permitam, em todas as situações, ter acesso aos tribunais para assegurar os direitos ou interesses legítimos em matéria tributária.

5. Assim, o objectivo da presente acção é garantir uma tutela judicial dos direitos ou interesses legítimos.

6. No caso em análise, e como resulta da argumentação exaustivamente apresentada, é inequívoco que o único meio processual disponível à tutela do direito da Recorrente ao princípio constitucional da capacidade contributiva, materializado na igualdade dos contribuintes, isto é, que o pagamento de impostos implique um sacrifício igual para cada um dos contribuintes, é precisamente a acção para reconhecimento de um direito.

7. Assim, e sendo o presente Recurso norteado pela natureza da acção intentada pela Recorrente, e as suas especificidades, concluir-se-á que a Recorrente não pretende uma fiscalização, sucessiva e abstracta, da constitucionalidade das normas constantes dos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei nº 307/2007, de 31 de Agosto (na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 109/2014, de 10 de Julho), mas apenas, o reconhecimento de que, no caso concreto, o conjunto de benefícios fiscais reconhecidos às denominadas Farmácias Sociais, lesa, de modo evidente, o direito constitucional supra exposto.

8. Como referido supra, a consequência imediata do erro na apreciação dos fundamentos da presente acção, foi o não conhecimento dos pedidos de desaplicação das seguintes normas:

i. A recusa da aplicação do regime previsto nos nºs 2 e 3 do artigo 59º-A do Decreto-Lei nº 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 109/2014, de 10 de Julho; (ii) e a recusa de aplicação do regime de regalias e isenções fiscais previstas na Lei nº 151/99, de 14 de Setembro, em especial a isenção concretizada no artigo 10º do Código de IRC.

ii. Sendo que, caso o Tribunal a quo tivesse apreciado os pedidos

formulados pela Recorrente nos moldes melhor expostos supra, em total respeito pelos limites definidos no artigo 4.º, n.º 2 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (adiante ETAF), certamente que os presentes autos teriam protegido o direito da Recorrente à tutela judicial efectiva.

9. Ora, o conhecimento destes pedidos de recusa de aplicação não implicam uma análise constitucional que extravase o âmbito dos poderes do Tribunal a quo.

10. Nessa medida, com vista a garantir a tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses dos cidadãos, a que alude o artigo 268.º, n.º 4 da CRP, deverá ser conhecida nos termos melhor formulados supra a nulidade da decisão recorrida, por omissão de pronúncia sobre os referidos dois pedidos de recusa de aplicação de normas, suscitadas pela Recorrente.

11. Impõe-se, portanto, do ponto de vista da Recorrente, que, em cumprimento daquele comando constitucional, seja declarada a nulidade da sentença proferida, promovendo a emanação de outra decisão que contemple a apreciação de todos os pedidos deduzidos pela Recorrente, nomeadamente os pedidos referentes à recusa de aplicação de normas.

12. Mais entende a Recorrente que o Tribunal a quo omitiu o dever de convite ao aperfeiçoamento do pedido, previsto no artigo 590.º do CPC aplicável ex vi alínea e) do artigo 2.º do CPPT.

13. Na verdade, e em linha do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Administrativo, sempre se invoca que o despacho de indeferimento liminar, dada a sua natureza “radical”, na medida em que coarcta à partida toda e qualquer expectativa de o autor ver a sua pretensão apreciada e julgada, encontrando a sua justificação em motivos de economia processual, deve ser cautelosamente decretado.

14. Neste sentido, entre muitos outros, os seguintes acórdãos da Secção do Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo:

15. - Acórdão de 9 de Outubro de 2002, proferido no processo com o n.º 26482;
16. - Acórdão de 4 de Março de 2009, proferido no processo com o n.º 786/07;
17. - Acórdão de 24 de Fevereiro de 2011, proferido no processo com o n.º 765/10.

18. Impõe-se, assim, a declaração de nulidade da sentença proferida, promovendo a emanação de outra decisão que

contemple a apreciação de todos os fundamentos de suscitados pela Recorrente.

19. Assim, uma vez mais, é possível concluir que, se o Mmº. Juiz a quo tivesse considerado as circunstâncias excepcionais em que a presente acção foi apresentada, certamente teria notificado a Recorrente para vir esclarecer os pedidos por si formulados, evitando-se desse modo, a negação imediata da tutela judicial efectiva que se procurou alcançar.

20. No que respeita aos erros de direito que entende a Recorrente existir na Sentença recorrida, sublinhe-se o seguinte:

21. Na acção intentada pela Recorrente, estavam em causa, precisamente, pedidos que devem ser reconduzidos a pedidos de fiscalização sucessiva concreta pelo que deveria o Tribunal a quo ter conhecido dos mesmos.

22. Com efeito, os pedidos foram formulados por referência a direito ou interesse legítimo da própria Autora, ora Recorrente, e não por referência a uma situação abstracta e geral.

23. Por outras palavras, os pedidos formulados na petição inicial não consubstanciam pedidos correspondentes a pedidos de fiscalização abstracta, com força obrigatória geral, de constitucionalidade, mas antes com efeitos limitados à esfera jurídica da ora Recorrente, através do reconhecimento do seu direito ou interesse legítimo em matéria tributária, ainda que a causa de pedir seja a existência de normas inconstitucionais e de disposições legais violadoras do Direito da União Europeia.

Desde logo, contrariamente e pelo prisma defendido pelo Tribunal a quo, não se verifica uma qualquer violação do artigo 204.º, 280.º, n.º 1 e 281.º, todos da CRP, ou do artigo 4.º, n.º 2, alínea a) do ETAF.

24. Ora, a sentença recorrida padece de erros de direito ao ter levado a cabo uma interpretação do artigo 145.º do CPPT violadora do princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º e artigo 268.º, n.º 4, ambos da CRP), assim como do artigo 204.º da Lei Fundamental.

25. O que a ora Recorrente procurou, através da sua acção de reconhecimento de direito ou interesse legítimo em matéria tributária, correspondente a um meio de plena jurisdição, foi o reconhecimento da sua situação jurídica individualizada.

26. O artigo 268.º n.º 4 da CRP garante aos administrados a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.

27. Uma das vertentes do princípio da tutela jurisdicional efectiva

corresponde, nomeadamente, à forma do reconhecimento desses direitos ou interesses. A nível legal, no âmbito do direito processual tributário, o referido meio encontra-se consagrado no já mencionado artigo 145.º do CPPT.

28. Este meio, aquando da sua consagração foi encarado pela doutrina como traduzindo “*um notável reforço das garantias dos particulares*”, sendo que se justifica a sua mobilização, nomeadamente, quando os restantes meios não assegurem a efectiva tutela jurisdicional do direito ou interesse em causa.

29. Tendo em conta que no contencioso tributário está consagrado o princípio da tutela jurisdicional efectiva, tal implica, necessariamente, que deve tratar-se de uma tutela plena, efectiva e em tempo útil, sendo sob este prisma que deve ser interpretada a mobilização do meio processual previsto no artigo 145.º do CPPT.

30. A interpretação subjacente à sentença recorrida – isto é, que mesmo no âmbito de uma acção para reconhecimento de direito ou interesse legítimo em matéria tributária, nos termos e para os efeitos do artigo 145.º do CPPT, quando a Recorrente não dispõe de outro meio processual ao seu alcance (por exemplo, um acto tributário impugnável) não pode pedir que seja reconhecida a ilegalidade ou, pelo menos, ver reconhecido o seu direito (e não com carácter geral e abstracto) a ser recusada a aplicação de determinado regime legal, por violação de princípios constitucionais materiais – mostra-se violadora do respectivo direito à tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º e artigo 268.º, n.º 4, ambos da CRP, artigo 2.º, n.º 2 do CPTA), do princípio *pro actione* (artigo 7.º do CPTA) e do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (adiante CEDH).

31. De resto, noutro prisma, a sentença recorrida participa de uma inaceitável interpretação dos artigos 145.º do CPPT e dos artigos 2.º, n.º 2 e 7.º do CPTA, que leva a uma restrição inconstitucional ao direito fundamental de tutela jurisdicional efectiva da ora Recorrente, o qual visa garantir a efectivação dos restantes direitos fundamentais.

32. É assim porque a ora Recorrente ficaria totalmente privada de aceder ao sistema de justiça para efeitos de tutela dos seus direitos e interesses legítimos.

33. Ora, no caso em concreto, após uma ponderação concreta (e não abstracta), na sequência de uma apreciação casuística, sempre haveria que concluir pela necessidade de usar o referido meio processual, constante do artigo 145.º do CPPT, assim como pela admissibilidade dos respectivos pedidos formulados pela Autora, ora Recorrente.

34. Por outro lado, haverá que atentar que o Tribunal a quo incorreu em erro de direito por violação do disposto no artigo 204.º da CRP, o qual permite que os tribunais administrativos possam desaplicar preceitos legais que tenham de mobilizar, desde que tais normativos *“infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”*.

35. Nessa óptica, também o artigo 1.º, n.º 2 do ETAF, mutatis mutandis, o seguinte:

“Nos feitos submetidos a julgamento, os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados.”

36. Ora, o referido artigo 204.º da CRP, no âmbito de uma acção de reconhecimento ou interesse legítimo tributário, não pode ser interpretado restritivamente como podendo apenas ser mobilizado em termos incidentais, quando existe um acto administrativo de “permeio”, que tenha aplicado um regime inconstitucional. Com efeito, tal interpretação, na linha da constante na sentença recorrida, redunda, também por esta via, numa violação do princípio constitucional da tutela jurisdicional efectiva.

37. Em conclusão, a sentença recorrida padece de erros de direito por violação do artigo 145.º do CPPT, por participar de uma interpretação desconforme com os mencionados artigos 20.º, 204.º e 268.º, n.º 4, todos da CRP, dos artigo 2.º, n.º 2 e 7.º do CPTA, assim como do artigo 6.º da CEDH.

38. No que respeita ao direito aplicável ao caso sub judice, sumariamente, o artigo 59.º-A do Decreto-Lei nº 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 109/2014, de 10 de Julho, consagra um regime especial de isenção fiscal para as entidades do sector social da economia.

39. Entende a Recorrente que as entidades do sector social da economia proprietárias de farmácias, nomeadamente todas as atrás indicadas, actuam no mercado em concorrência com a generalidade das proprietárias das demais farmácias beneficiando do respectivo regime fiscal previsto na já mencionada Lei nº 151/99, de 14 de Setembro.

40. Ou seja, está perante uma situação de desigualdade fiscal.

41. Sendo este entendimento sido reconhecido pelo, afirmando no preâmbulo do Decreto-Lei nº 307/2007, de 31 de Agosto, que *“de facto, com o presente diploma impõe-se a alteração da propriedade das farmácias que actualmente são detidas, designadamente, por instituições particulares de solidariedade*

social. No futuro, estas terão de constituir sociedades comerciais, em ordem a garantir a igualdade fiscal com as demais farmácias”.

42. Ou seja, o legislador ordinário reconheceu ab initio a excepcionalidade da situação e estabeleceu um prazo dilatório de cinco anos para que as adaptações necessárias fossem introduzidas em ordem, nomeadamente, a garantir a igualdade fiscal de todos os operadores do mercado.

43. Porém, por duas vezes, prorrogou aquele prazo.

44. E, sem que nada o fizesse prever, arrepiou caminho e passou a aceitar a manutenção sine die de uma situação de objectiva desigualdade fiscal entre as “farmácias sociais” e a generalidade das restantes farmácias.

45. Ora, o Estado-legislador não pode deixar de cumprir os imperativos da constituição económica mesmo em relação às empresas do sector público empresarial. De resto, no estrito plano das regras de concorrência, torna-se tão relevante o desvalor das medidas legislativas que atribuam exclusivos ou privilégios às empresas públicas que actuem em economia de mercado, como, inversamente, o daquelas que imponham encargos ou sujeições às empresas públicas que se tornem susceptíveis de distorcer o funcionamento do mercado.

46. Isso mesmo encontra-se consagrado no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 133/2013 (que, neste particular, não inovou substancialmente relativamente ao que dispunha o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 558/99, desde a sua redacção originária):

“1 – As empresas públicas desenvolvem a sua actividade nas mesmas condições e termos aplicáveis a qualquer empresa privada, e estão sujeitas às regras gerais da concorrência, nacionais e de direito da União Europeia.

2 – As relações estabelecidas entre as entidades públicas titulares do capital social ou estatutário e as empresas públicas detidas ou participadas processa-se em termos que assegurem a total observância das regras da concorrência, abstendo-se aquelas entidades de praticar, directa ou indirectamente, todo e qualquer acto que restrinja, falseie ou impeça a aplicação destas regras”.

47. Por ser assim, as empresas públicas também estão submetidas à Lei da Concorrência, tal como as empresas participadas ou as demais empresas privadas, não lhes podendo ser atribuídos auxílios públicos indevidos (artigos 2.º, 4.º, n.º 1, e 65.º da Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, e 14.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de Outubro).

48. O que se deixa invocado em relação às empresas do sector público empresarial é obviamente também aplicável, mutatis mutandis, às entidades do sector social da economia que operam no mercado.

49. Como se alegou, por força do regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de Julho, as entidades do sector social da economia proprietárias de farmácias actuam no mercado em concorrência com a generalidade das proprietárias das demais farmácias beneficiando de um regime fiscal muito mais favorável do que o regime fiscal aplicável às últimas, detidas por pessoas singulares ou sociedades comerciais e, portanto, sujeitas aos respectivos regimes tributários.

50. Sob esta perspectiva, a questão suscitada por aquelas normas é a de saber se a manutenção de uma situação de objectiva desigualdade fiscal entre as “farmácias sociais” e a generalidade das restantes farmácias, corresponde a um tratamento proporcionalmente diferenciador perante o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da CRP, na sua dimensão de “igualdade perante a repartição de encargos públicos”.

51. Ora, como uma leitura atenta evidencia, não pode considerar-se materialmente fundamentada a medida legislativa vertida no regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei nº 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de Julho, dando-se aqui por renovado e reproduzido tudo quanto se alegou neste articulado.

52. Como é ineludível, as denominadas entidades do sector social da economia não têm por objecto estatutário a propriedade de farmácias nem por finalidade a sua exploração comercial.

53. Inexiste assim, como é bom de ver, qualquer fundamento material atendível para a opção legislativa que aqui se contesta de manter uma situação de objectiva desigualdade fiscal entre as “farmácias sociais” e a generalidade das restantes farmácias.

54. E na falta desse fundamento material, prejudicada fica a possibilidade de aferir da sua eventual proporcionalidade face aos interesses em presença.

55. Dúvidas também não restam, pois, sobre a violação – que se julga igualmente ostensiva – do princípio constitucional da igualdade.

56. Por fim, O regime legal aqui contestado constitui claramente

um auxílio de Estado ilegal, nos termos e para os efeitos do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

57. Segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o conceito de auxílio de Estado é mais amplo do que o de subvenção, incluindo não apenas as prestações positivas, mas também as intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, de tal forma que, embora não sendo subvenções em termos estritos, têm a mesma natureza e idênticos efeitos.

58. Daqui decorre que as sucessivas medidas legislativas acima referidas através das quais o Estado Português atribuiu às entidades do sector social da economia proprietárias de “farmácias sociais” um regime fiscal mais favorável do que à generalidade das farmácias veio reduzir os encargos a que, de outra forma, estas ficariam sujeitas, em detrimento, na mesma medida, da correspondente receita fiscal que o Estado poderia arrecadar

59. As medidas legislativas acima descritas têm carácter selectivo, porquanto não aproveitam de forma indistinta ao conjunto das empresas situadas em território nacional proprietárias de farmácias, mas apenas algumas, a saber, as entidades do sector social da economia.

60. Nestes termos, estas medidas são susceptíveis de favorecer certas empresas relativamente a outras que se encontram numa situação factual e jurídica comparável.

61. Por outro lado, importa salientar que, uma vez que estas medidas não se aplicam à generalidade dos operadores económicos em situação semelhante, não pode a mesma ser considerada uma medida geral de política fiscal ou económica.

Requereu que seja dado provimento ao presente recurso e consequentemente revogada a sentença recorrida, por omissão de pronúncia e erro de julgamento, e, consequentemente, ser promovida a sua substituição por outra que determine a procedência da acção de reconhecimento de direito nos termos e com os fundamentos amplamente demonstrados.

A Presidência do Conselho de Ministros

apresentou contra-alegações que culminam com as seguintes conclusões:

1. A Recorrente não pretende que a Administração cumpra a norma que eventualmente tenha deixado de cumprir. Pretende precisamente o contrário, que a Administração não cumpra as normas existentes por entender que a prejudicam.
2. Não é defensável que a Recorrente esteja a exercer o direito ao reconhecimento de um interesse legítimo, nos termos do n.º 4 do artigo 268.º da CRP.
3. A Recorrente pretende por em causa as próprias normas que estabelecem um regime de regalias e isenções fiscais aplicável à atividade comercial das farmácias sociais, por entender que a prejudicam.
4. Não está em causa o simples reconhecimento de um interesse legítimo, mas antes a impugnação de normas emanadas pelo Governo, no exercício da sua competência legislativa, consagrada no artigo 198.º da CRP.
5. O segundo pedido formulado pela Recorrente (de reconhecimento de que o regime de regalias e isenções fiscais previsto na Lei n.º 151/99, de 14 de setembro, não pode ser aplicável à atividade comercial das farmácias sociais) reflete a intenção de se impugnar normas emanadas pela Assembleia da República, no exercício da sua função legislativa (artigos 112.º n.º 1 e 161.º da CRP).
6. O artigo 4.º n.º 2 alínea a) do ETAF vem excluir expressamente do âmbito da jurisdição administrativa a apreciação de litígios que tenham por objeto a impugnação de atos praticados no exercício da função legislativa, o que se afigura ser manifestamente o caso. As normas invocadas pela Recorrente foram emanadas no âmbito do exercício da competência legislativa do Governo e da Assembleia da República, e não pela Administração, no exercício da sua competência administrativa.
7. Não se identifica qualquer litígio entre a Recorrente e a ora Recorrida.
8. Não se encontra justificação legal para a propositura de uma ação para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo, já que não se identifica qualquer direito ou interesse legítimo da Recorrente e nem os pressupostos para a utilização deste meio processual se encontram preenchidos (artigo 145.º do CPPT).
9. A Recorrente pretende verdadeiramente que alegados direitos de terceiros sejam desaplicados ou não sejam reconhecidos.

10. A Recorrente procura a declaração de ilegalidade e/ou inconstitucionalidade das normas em questão, o que se afigura da competência do Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 281.º n.º 1 alíneas a) e b) da CRP.

11. Está em causa, única e exclusivamente, a declaração de inconstitucionalidade do regime legal dos benefícios e isenções atribuídos às Farmácias Sociais.

12. Inexiste, portanto, qualquer erro de julgamento quanto ao objeto da ação.

13. A dnota sentença recorrida não se pronunciou sobre os pedidos formulados pela Recorrente, na medida em que entendeu que não se enquadravam no âmbito da jurisdição dos tribunais administrativos e fiscais. O conhecimento dos pedidos não ficou prejudicado por qualquer erro na apreciação do objeto da ação e seus fundamentos.

14. Não se verifica qualquer nulidade da dnota sentença recorrida, por omissão de pronúncia sobre os referidos pedidos de recusa de aplicação de normas.

15. Caso se aceitasse a argumentação da Recorrente, estaria vedado aos tribunais o conhecimento oficioso da incompetência material ou, pelo menos, sem antes convidar a parte a “aperfeiçoar o pedido”.

16. Inexiste qualquer nulidade da sentença proferida, por omissão de apreciação dos fundamentos invocados pela Recorrente.

17. Verifica-se a incompetência absoluta do Tribunal a quo em razão da matéria, o que conduz à absolvição da instância, nos termos do artigo 16.º n.º 2 do CPPT, e dos artigos 576.º n.º 2, 577.º alínea a) e 278.º n.º 1 alínea a) do CPC aplicáveis ex vi artigo 2.º alínea e) do CPPT.

Nestes termos e nos mais de direito que V. Exas. doutamente suprirão, deve ser negado provimento ao presente recurso, por não provado, com a subsequente confirmação da dnota sentença recorrida.

O Magistrado do Ministério Público emitiu parecer no sentido da confirmação da sentença recorrida.

A Sentença recorrida não procedeu a qualquer

selecção de matéria de facto provada por se ter limitado à análise dos pedidos formulados na petição inicial que indeferiu liminarmente, a saber:

1. Declaração de ilegalidade e recusa de aplicação do regime previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de Julho, por violação dos princípios constitucionais da protecção da confiança e da igualdade e, ademais, por estabelecer em benefício de entidades do sector social da economia proprietárias de farmácias sociais uma forma de auxílio estatal proibida pelo direito da União Europeia.
2. Reconhecimento de que o regime de regalias e isenções fiscais previstas na Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro, em especial a isenção concretizada no artigo 10.º do Código do IRC, não pode ser aplicável à actividade comercial das farmácias sociais, desenvolvida fora do fim estatutário das entidades do sector social da economia titulares dos alvarás.

A sentença recorrida declarou a incompetência do Tribunal em razão da matéria para conhecer dos pedidos formulados que considerou demandarem a fiscalização abstracta da constitucionalidade de normas, com os seguintes fundamentos:

«OS Tribunais de 1.ª instância apenas podem proceder à fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade de normas legislativas quando, para permitir a decisão do litígio submetido a julgamento, se pronunciam, no caso concreto, sobre a conformidade, ou desconformidade, da norma aplicável à Constituição – cfr. os artigos 204.º e 280.º, n.º 1, da Constituição da República.

Estando expressamente “excluída do âmbito da jurisdição administrativa e fiscal, a apreciação de litígios que tenham por objecto a impugnação de actos praticados no exercício da função política e legislativa” – artigo 4.º, n.º 2, alínea a) do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.».

A recorrente considera que a sentença é nula por omissão de pronúncia «quanto aos pedidos concretamente formulados na petição inicial de reconhecimento de um direito ou interesse

legítimo em matéria tributária», e por «não ter conhecido do segundo pedido formulado pela Recorrente, sendo que o não conhecimento do primeiro dos pedidos não prejudicava o conhecimento do pedido subsequente, por não se tratar de pedidos dependentes», e enferma de erro de julgamento por não estar em causa qualquer fiscalização abstracta da constitucionalidade de normas, tendo a recorrente usado uma «acção visa garantir aos administrados um meio processual excepcional que lhes permitam, em todas as situações, ter acesso aos tribunais para assegurar os direitos ou interesses legítimos em matéria tributária».

Desde logo há um erro lógico neste raciocínio na medida em que um tribunal que se declara incompetente em razão da matéria para conhecer dos dois pedidos formulados não pode incorrer em omissão de pronúncia por os não ter conhecido.

A competência em razão da matéria é um pressuposto processual de verificação necessária e imprescindível para que o Tribunal não só possa, como deva, por imperativo legal, art.º 608.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, aqui aplicável por força do disposto no art.º 2.º do Código de Processo e Procedimento Tributário, conhecer de todos os pedidos que lhe forem presentes.

A competência em razão da matéria do tribunal visa definir quais as causas que são da competência dos diversos tribunais, seguindo as normas constitucionais e de organização judiciária a tal matéria atinentes.

Não há, pois, qualquer omissão de pronúncia face à decisão que declarou a incompetência do Tribunal em razão da matéria para conhecer da presente acção.

Passemos, pois, à análise da existência de apontado erro de julgamento.

Presentes os pedidos formulados nesta acção pela recorrente sabemos que não se apresentou ela perante a Administração Tributária a exigir a aplicação dos benefícios fiscais que diz são concedidos às farmácias sociais, entidades que em situação de concorrência de mercado exercem o mesmo tipo de actividade económica da recorrente. Não há um acto administrativo, ainda que negatório da aplicação de um benefício fiscal à recorrente. A relação material controvertida, tal como configurada pela recorrente na petição inicial parte do exercício da mesma actividade económica e do decréscimo dos lucros da recorrente que esta atribuiu a uma situação «*de concorrência desleal*» de que é alvo por o estado ter produzido legislação que beneficia as farmácias sociais em termos fiscais dando causa ao aumento dos lucros destas em proporção similar ao decréscimo dos lucros da recorrente. A recuperação do equilíbrio deveria alcançar-se, na perspectiva da recorrente, pela desaplicação do desagravo da tributação de que beneficiam as farmácias sociais.

Com a publicação em 31 de Agosto de 2007 do Decreto-Lei n.º 307/2007 que estabeleceu o novo regime jurídico das farmácias de oficina, operou-se uma reforma total do sector farmacêutico, pondo fim às restrições à propriedade das farmácias e à respectiva transmissão que vigoravam desde 1960 e, entre outras medidas, foi anunciada a fixação de um regime da igualdade fiscal entre as farmácias privadas e as farmácias detidas por Instituições Particulares de Solidariedade Social «IPSS», que deveriam constituir-se em sociedades

comerciais, no prazo de 5 anos a contar do início de vigência do novo diploma, segundo o seu art.º 58.º. O preâmbulo do diploma refere expressamente:

«*De facto, com o presente diploma impõe-se a alteração da propriedade das farmácias que actualmente são detidas, designadamente, por instituições particulares de solidariedade social. No futuro, estas terão de constituir sociedades comerciais, em ordem a garantir a igualdade fiscal com as demais farmácias».*

Logo com a publicação deste diploma muitos entenderam que se tratava da atribuição de um regime fiscal próprio, sob a forma de benefícios fiscais, às IPSS detentoras de farmácias que dispensam medicamentos ao público, que mais não era que um auxílio de estado que distorce as regras e condições do mercado, que lhes permitia a isenção de IRC, art.º 10.º do CIRC, durante os referidos cinco anos.

Alvo de sucessivas alterações veio aquele diploma a sofrer em 2014 com o Decreto-Lei n.º 109/2014 de 10 de julho, uma alteração, nesta matéria significativa na medida em que abandonou a exigência de «*No futuro, estas (farmácias sociais) terão de constituir sociedades comerciais, em ordem a garantir a igualdade fiscal com as demais farmácias»*, com o confessado propósito de beneficiar estas em detrimento da igualdade fiscal, como se verifica do preâmbulo do diploma que consagra:

(...) *No âmbito do quadro global e de enquadramento do sector farmacêutico, o Decreto -Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto, estabeleceu o regime jurídico das farmácias de oficina e veio consagrar um novo regime de propriedade de farmácia de oficina, apenas permitindo que a ela acedam pessoas singulares ou sociedades comerciais. O mesmo diploma impunha às entidades do sector social da economia proprietárias de farmácia de venda ao público ao abrigo do regime jurídico anterior, designadamente, o dever de, em determinado prazo, que foi alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 171/2012, de 1 de agosto, e 167-D/2013, de 31 de dezembro, constituírem uma sociedade comercial e de adotarem o regime fiscal próprio das sociedades*

comerciais. No atual contexto socioeconómico do país, assume especial relevância o papel das entidades do sector social da economia na execução das políticas públicas no domínio social, nomeadamente na área da saúde. Reconhecendo a dimensão da intervenção das instituições particulares de solidariedade social, a Assembleia da República aprovou a Lei n.º 30/2013, de 8 de maio (Lei de Bases da Economia Social). A Lei de Bases da Economia Social constitui um quadro jurídico específico que promove e estimula o desenvolvimento da economia social e estabelece os princípios gerais do relacionamento do Estado com estas entidades, incumbindo-lhe expressamente apoiar a atividade das entidades da economia social. Este reconhecimento, que deriva de um imperativo constitucional, legitima a manutenção de um regime específico de que estas entidades são já detentoras mercê dos fins de solidariedade social que prosseguem. Considera-se assim que, à luz do princípio da proporcionalidade ínsito ao princípio do Estado de Direito, as entidades do sector social da economia não devem ser obrigadas a constituir sociedades comerciais e a alterar o respetivo regime de isenção fiscal para manterem a propriedade das farmácias de venda ao público de que já eram proprietárias à data da entrada em vigor do citado Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de agosto».

Ora é contra este regime legal que se insurge a recorrente, considerando-o violador do princípio da igualdade fiscal e do seu direito de exercer a sua actividade económica num mercado livre de ajudas de estado distorsoras da concorrência. Pretende, pois, a declaração de ilegalidade e recusa de aplicação do regime previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 59.º-A do Decreto-Lei n.º 307/2007, de 31 de Agosto, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 109/2014, de 10 de Julho. Em sentido próprio, fala-se de ilegalidade de normas quando elas se apresentem como violadoras de leis com valor reforçado, reservando-se a denominação inconstitucionalidade para a violação directa da norma primária de legislação, a constituição, sendo este verdadeiramente o vício que a recorrente aponta àquele art.º 59.º.

Mas o Tribunal não tem perante si um acto de

liquidação ou um outro acto administrativo em matéria tributária que haja efectuado a aplicação/desaplicação de tal legislação para, em concreto, declarar se tal aplicação enferma ou não de ilegalidade ou constitucionalidade ou se é violadora do direito comunitário. Tão pouco há qualquer acto administrativo que haja recusado a aplicação deste regime à recorrente, sendo certo que tal recusa sempre estaria legitimada, à primeira vista, pela letra da lei, porque se destina exclusivamente às farmácias sociais que a recorrente não é.

Alega a recorrente que esta legislação tem vindo a ser aplicada não a si, mas às farmácias sociais, o que lhe causa dano patrimonial, e que tal opção legislativa fere vários preceitos constitucionais e de direito comunitário.

Identificou como contraparte o Ministério das Finanças e da Administração Pública, o Ministério da Saúde e o Ministério da Presidência e dos Assuntos Parlamentares.

Também o segundo pedido se reporta a uma similar análise do mesmo regime jurídico: reconhecimento de que o regime de regalias e isenções fiscais previstas na Lei n.º 151/99, de 14 de Setembro, em especial a isenção concretizada no artigo 10.º do Código do IRC, não pode ser aplicável à actividade comercial, desenvolvida fora do fim estatutário das entidades do sector social da economia titulares dos alvarás, das farmácias sociais.

Não basta a identificação da recorrente como entidade prejudicada pelo regime jurídico em causa na medida em que outras entidades que não ela dele beneficiem, para que possamos passar do controlo abstracto da constitucionalidade das normas, da competência,

em razão da matéria, do Tribunal Constitucional invocadas para o controlo difuso e concreto da sua constitucionalidade, esta tarefa atribuída aos tribunais.

Na nossa ordem jurídica o controlo difuso e concreto é o controlo tradicional da constitucionalidade e a par dele consagrou a Constituição da República Portuguesa um controlo concentrado e abstracto de normas dirigido à fiscalização e decisão com força obrigatória e geral da validade formal ou material de uma norma jurídica seja ele preventivo, antes do diploma entrar em vigor ou sucessivo quando, independentemente de um caso concreto se afere da conformidade de uma norma com a Constituição, art.º 281.º da Constituição da República Portuguesa. O Tribunal Constitucional tem competência exclusiva para proceder ao controlo abstracto da constitucionalidade das normas, a solicitação das entidades mencionadas no art.º 281.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa num processo de carácter não contraditório a que é atribuída legitimidade processual passiva ao órgão que editou ou aprovou o acto de onde consta a norma sujeita a fiscalização.

Os demais Tribunais têm competência para fiscalizar, quer por iniciativa das partes, quer oficiosamente a constitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto que é submetido ao seu julgamento, nos termos consagrados nos art.º 204.º e 280.º da Constituição da República Portuguesa.

A recorrente discorda da opção legislativa de isentar de IRC as farmácias sociais e sente-se lesada por essa isenção, mas o nosso sistema jurídico não dispõe de uma acção de «queixa

constitucional» que permita aos cidadãos que se entendam lesados nos seus direitos fundamentais por uma lei verem apreciada a constitucionalidade da norma em abstracto, cautelarmente até, antes que da sua aplicação resultem efectivamente prejuízos individuais, contrariamente ao que ocorre com impugnação de normas regulamentares. Por isso a acção para reconhecimento de um direito ou interesse legítimo não é meio processual adequado para dar efectividade ao direito que a recorrente se arroga, que exige um controlo abstracto da constitucionalidade do identificado regime jurídico. A constitucionalidade ou ilegalidade de leis apenas pode ser aferida pelos tribunais na análise de um caso concreto em que a norma haja sido aplicada, o que aqui não ocorre.

Mesmo tratando-se de um despacho liminar não havia, na presente situação qualquer utilidade no convite à correcção da petição inicial, pois, a pretensão formulada pela recorrente não enferma de qualquer insuficiência ou obscuridade, apenas pretende a utilização de um meio processual não previsto no nosso ordenamento jurídico.

As questões suscitadas neste processo são matéria da competência do Tribunal Constitucional, ainda que se possam vir, depois, a suscitar outras, nomeadamente de legitimidade activa para a demanda, que só o Tribunal Constitucional pode sindicar.

Fez, pois, a sentença um adequado enquadramento legal do pedido e causa de pedir que lhe foi apresentado no que respeita à incompetência absoluta do Tribunal, em razão da matéria cujo conhecimento oficioso lhe compete, nos termos do disposto no art.º 97.º do Código

de Processo Civil, ex vi do art.º 2.º do Código de Processo e Procedimento Tributário.

Porém, não concluiu pelo indeferimento liminar da petição inicial, como impõe o disposto no art.º 99.º do Código de Processo Civil, aqui aplicável por força do disposto no art.º 2.º do Código de Processo e Procedimento Tributário, dado que a causa comporta a prolação de tal despacho, art.º 209.º do Código de Processo e Procedimento Tributário.

Deliberação

Termos em que acordam os Juízes da Secção de Contencioso Tributário do Supremo Tribunal Administrativo em negar provimento ao recurso. Custas pela recorrente.

(Processado e revisto com recurso a meios informáticos (art.º 131º nº 5 do Código de Processo Civil, ex vi artº 2º Código de Procedimento e Processo Tributário).

Lisboa, 18 de Maio de 2016. – *Ana Paula Lobo* (relatora) – *Dulce Neto* – *Ascensão Lopes*.