

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM 2007

Por JORGE MIRANDA*

SUMÁRIO

1. VOLUME AS DECISÕES.—2. RENOVAÇÃO DO TRIBUNAL.—3. PRINCIPAIS DECISÕES: PRAZO DE CADUCIDADE PARA A ACÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE PATERNIDADE. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL.—4. GARANTIAS DE PROCESSO PENAL. COLHEITA COACTIVA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS. RESTRIÇÕES A DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS.—5. CRIMES SEMIPÚBLICOS. CONTINUAÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.—6. GARANTIA DOS CONTRIBUINTES, SIGILO BANCÁRIO, DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS.—7. PESSOAS SEPARADAS JUDICIALMENTE DE PESSOAS E BENS. PENSÃO DE SOBREVIVÊNCIA.—8. ASSISTÊNCIA MATERIAL NO DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.—9. UM CASO DE DIREITO ELEITORAL.—10. REGIME DE VINCULAÇÃO, CARREIRAS E REMUNERAÇÕES NA FUNÇÃO PÚBLICA. ESTATUTO DOS JUÍZES.—11. PRECEDÊNCIAS PROTOCOLARES. AUTONOMIA LEGISLATIVA REGIONAL.—12. ESTATUTOS DAS REGIÕES AUTÓNOMAS E LEI DAS FINANÇAS REGIONAIS; PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA SOLIDARIEDADE REGIONAL.—13. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS DOS TITULARES DOS ÓRGÃOS DAS REGIÕES AUTÓNOMAS. RESERVA DE ESTATUTO.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. Em 2007, o Tribunal Constitucional proferiu os seguintes acórdãos, classificados em razão das diversas competências que a Constituição e a lei lhe atribui:

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

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

— Decisões sobre reclamações a respeito da admissibilidade de recursos	95
— Decisões sobre questões de processo	274
— Decisões de mérito	218
— Outras decisões	0

Fiscalização abstracta

— Decisões em fiscalização preventiva	5
— Decisões em fiscalização sucessiva de inconstitucionalidade por acção	6
— Decisões em fiscalização de inconstitucionalidade por omissão	0

Eleições e referendos

— Decisões em contencioso eleitoral	5
---	---

Partidos

— Decisões sobre partidos e coligações	4
— Decisões sobre financiamento dos partidos e campanhas eleitorais	7
— Decisões sobre recursos de decisões de órgãos partidários	2

Outras competências

— Decisões sobre declarações de rendimentos e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos	10 ¹
--	-----------------

2. Comparando com as decisões de 2006, continua a verificar-se uma redução do número de acórdãos, de 711 para 625, mais sensível na fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção, em que se passa de 11 para 6 decisões. No resto, há um relativo equilíbrio.

As matérias atinentes a direitos fundamentais continuam a dominar.

2. RENOVAÇÃO DO TRIBUNAL

3. A revisão constitucional de 1997 abriu caminho a um sistema de renovação dos juízes de quatro anos e meio em quatro anos e meio, com

¹ É devido um profundo agradecimento ao Dr. António Rocha Marques, assessor do Tribunal Constitucional, que, tal como nos anos anteriores, dispôs-se a fornecer os números estatísticos.

vista a reforçar a continuidade do Tribunal Constitucional. E, assim, na sequência da Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro, procedeu-se em 2007 à substituição de seis dos juízes.

Saíram do Tribunal os juízes Artur Maurício (que era presidente), Bravo Serra, Maria Fernanda Palma, Maria Helena Brito, Maria dos Prazeres Beleza e Paulo Mota Pinto. Foram designados como novos juízes Maria Lúcia Amaral, Jorge Borges Soeiro, Ana Maria Guerra Martins, Carlos Cadilha, João Cura Mariano e Rui Pereira (que, entretanto, viria a renunciar, sendo substituído por Joaquim Sousa Ribeiro).

Dos seis novos juízes em funções três são juízes de carreira e três professores universitários. Em vez de quatro, o Tribunal ficou apenas com três mulheres.

O juiz Rui Moura Ramos, professor da Universidade de Coimbra, e que já era vice-presidente, foi agora eleito presidente.

3. PRINCIPAIS DECISÕES: PRAZO DE CADUCIDADE PARA A ACÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE PATERNIDADE. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

4. Foram principais decisões do Tribunal, no domínio dos direitos, liberdades e garantias:

- Acórdão nº 52/2007, de 30 de Janeiro (tutela jurisdicional, processo de regulação do poder paternal);
- Acórdão nº 82/2007, de 6 de Fevereiro (direito a processo equitativo);
- Acórdão nº 86/2007, de 6 de Fevereiro (uniões de facto, indemnização por acidente de viação mortal, princípio da igualdade);
- Acórdão nº 159/2007, de 6 de Março (direito dos rendeiros e dos proprietários, preferência pelo trabalhador em face do proprietário);
- Acórdão nº 234/2007, de 30 de Março (expropriações, indemnização, reserva agrícola nacional);
- Acórdão nº 267/2007, de 2 de Maio (Trabalho doméstico, despedimento);
- Acórdão nº 407/2007, de 11 de Julho (liberdade de expressão, direito ao bom nome e reputação, interpretação para efeito de controlo de constitucionalidade);
- Acórdão nº 589/2007, de 28 de Novembro (prazos de caducidade para a acção de impugnação da paternidade, direito à identidade pessoal).

5. No domínio das garantias de Direito penal e de processo, especialmente:

- Acórdão n° 27/2007, de 17 de Janeiro (dever de fundamentação, matéria de facto);
- Acórdão n° 81/2007, de 6 de Fevereiro (direito à imagem);
- Acórdão n° 110/2007, de 15 de Fevereiro (princípio da legalidade, prescrição de procedimento criminal, contumácia);
- Acórdão n° 116/2007, de 16 de Fevereiro (recursos em processo penal, conhecimento da matéria de facto em recurso);
- Acórdão n° 127/2007, de 27 de Fevereiro (dever do arguido de responder sobre antecedentes criminais);
- Acórdão n° 129/2007, de 2 de Março (garantia de imparcialidade, intervenção em tribunal colectivo de juízes que praticaram actos jurisdicionais durante o processo);
- Acórdãos n°s 155 e 228/2007, de 2 de 28 de Março (garantias de processo penal, colheita coactiva de vestígios biológicos, restrições a direitos, liberdades e garantias);
- Acórdão n° 194/2007, de 28 de Março (recursos em processo penal, matéria de facto, gravação);
- Acórdão n° 236/2007, de 30 de Março (garantias, *reformatio in pejus*);
- Acórdão n° 237/2007, de 30 de Março (*non bis in idem*);
- Acórdãos n°s 274, 278 e 285/2007, de 2, 3 e 8 de Maio (buscas domiciliárias);
- Acórdão n° 285/2007, de 8 de Maio (buscas domiciliárias);
- Acórdão n° 403/2007, de 11 de Julho (crimes semipúblicos, continuação do procedimento criminal, dignidade da pessoa humana).

6. No domínio dos direitos sociais:

- Acórdãos n°s 26, 134 e 195/2007, de 17 de Janeiro, 27 de Fevereiro e 14 de Março (casamento, união de facto, separação judicial de pessoas e bens);
- Acórdão n° 67/2007, de 30 de Janeiro (direito à protecção da saúde, cartão de utente, princípio da proporcionalidade);
- Acórdãos n°s 109, 255 e 471/2007, de 15 de Fevereiro, 30 de Março e 25 de Setembro (custas judiciais, apoio judiciário);
- Acórdão n° 143/2007, de 28 de Fevereiro (direito à habitação, arrendamento);
- Acórdão n° 182/2007, de 8 de Março (acesso ao tribunal independentemente das condições económicas, taxa de justiça);

- Acórdão nº 275/2007, de 2 de Maio (assistência material no desemprego, princípio da proporcionalidade);
- Acórdão nº 353/2007, de 12 de Junho (acesso à Universidade, princípio da igualdade, conceito de norma, princípio da confiança).

7. No domínio do Direito tributário, citem-se:

- Acórdão nº 68/2007, de 30 de Janeiro (taxas e impostos);
- Acórdão nº 227/2007, de 28 de Março (taxas e imposto, princípio da proporcionalidade);
- Acórdão nº 311/2007, de 16 de Maio (responsabilidade tributária solidária, sentido de lei de autorização legislativa);
- Acórdão nº 442/2007, de 14 de Agosto (garantias dos contribuintes, segredo bancário, direitos fundamentais implícitos).

8. No domínio da organização do poder político:

- Acórdão nº 11/2007, de 12 de Janeiro (estatutos das regiões autónomas, lei de finanças regionais, princípio da confiança e de solidariedade nacional);
- Acórdão nº 258/2007, de 17 de Abril (precedências protocolares, autonomia legislativa regional);
- Acórdão nº 318/2007, de 18 de Maio (Direito eleitoral);
- Acórdão nº 382/2007, de 3 de Julho (incompatibilidades e impedimentos dos titulares dos órgãos das regiões autónomas, reserva de estatuto);
- Acórdão nº 551/2007, de 7 de Novembro (dedicação dos órgãos de governo regionais em procedimentos legislativos);
- Acórdão nº 620/2007, de 20 de Dezembro (regime de vinculações, carreira e remunerações na função pública, estatuto dos juízes).

9. No domínio da Administração pública:

- Acórdão nº 154/2007, de 2 de Março (responsabilidade civil extracontratual, anulação de actos administrativos);
- Acórdão nº 409/2007, de 11 de Julho (acesso à função pública).

10. No domínio da fiscalização da constitucionalidade:

- Acórdão nº 82/2007, de 6 de Fevereiro (aplicação de declaração de inconstitucionalidade).

11. Em acção de impugnação de paternidade em que se suscitou a questão da intempestividade da propositura da acção por incumprimento do prazo previsto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 1842º do Código Civil, o Supremo Tribunal de Justiça, em recurso de revista, veio a formular um juízo de inconstitucionalidade relativamente a essa disposição legal, recusando a sua aplicação no caso concreto.

A decisão do Supremo Tribunal de Justiça fundou-se essencialmente na orientação firmada pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 486/04, de 7 de Julho (confirmada em Plenário pelo acórdão n.º 11/05, de 12 de Janeiro), que, relativamente a uma acção de investigação de paternidade, julgou inconstitucional a norma do artigo 1817º, n.º 1, do Código Civil (aplicável por força da remissão feita pelo artigo 1873º do mesmo Código), por violação das disposições conjugadas dos artigos 26º, n.º 1, 36º, n.º 1, e 18º, n.º 2, da Constituição da República, e cuja argumentação se considerou ser transponível para o prazo de caducidade da acção de impugnação de paternidade a que se refere o artigo 1842º, n.º 1, alínea *a*), e que estava em causa nos autos.

Para assim concluir, o acórdão entendeu, em suma, que a fixação de um prazo de caducidade para a propositura da acção de impugnação de paternidade, sacrificando a «verdade biológica», representa uma restrição não constitucionalmente justificada do direito de acção, pondo em causa os direitos à identidade pessoal e à integridade pessoal, bem como o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Tendo havido recurso para o Tribunal Constitucional, este, pelo acórdão n.º 589/2007, de 28 de Novembro², ordenou a reforma do acórdão recorrido, por não julgar inconstitucional a reforma do Código Civil.

12. O acórdão firmou-se, sobretudo, na diferença de regimes entre a investigação da paternidade e a impugnação da paternidade, consignadas no Código Civil, com relevo para o alargamento da legitimidade activa para a propositura da segunda acção.

Esta diversidade de regimes e, em especial, o confronto da solução legal prevista para a impugnação da perfilhação com os critérios mais restritivos do artigo 1842º (em que se mantém a regra da caducidade do direito de impugnação da paternidade presuntiva e se restringe o direito de acção ao núcleo de pessoas mais directamente interessadas), mostraria a importância que o legislador confere ao interesse geral da estabilidade das relações sociais e familiares e ao sentimento de confiança em que deve

² *Diário da República*, 2ª série, n.º 13, de 18 de Janeiro de 2008.

basear-se a relação paternal, quando se trate de filhos nascidos na vigência do matrimónio.

Na perspectiva do legislador, nas situações de paternidade presumida, a necessidade de salvaguardar a harmonia e paz familiar explicariam que a ordem jurídica aceitasse a relação de filiação como definitivamente adquirida, a partir de determinado momento, embora sabendo que ela pode não corresponder à realidade biológica normalmente subjacente ao vínculo de paternidade; ao contrário, a descoberta da verdade é erigida em interesse público, numa área de filiação em que se não coloca em perigo a estabilidade da família legalmente constituída, como ocorre em relação à impugnação da perfilhação.

Por outro lado, seriam, não já exigências cautelares da família conjugal, mas considerações ligadas à certeza e à segurança jurídicas, enquanto valores de organização social — a que se associam outros aspectos atinentes à eficácia das provas e à possível instrumentalização do direito de acção — que justificariam o estabelecimento de um prazo de caducidade para investigação da paternidade, surpreendendo-se, por isso, aqui também, uma diferença específica na razão de ser da lei que motivou a fixação de um limite temporal quer para a acção de investigação de paternidade, tal como previsto no citado artigo 1817º (aplicável por força do artigo 1873º), quer para a acção negatória de paternidade, a que se refere o artigo 1842º, n.º 1, alínea *a*).

13. Apenas se poderia colocar a questão de constitucionalidade é, portanto, a da possível violação, na fixação normativa desse prazo, dos direitos fundamentais à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade. Mas sem que tal procedesse, segundo o Tribunal.

Haveria, inevitavelmente, uma diferença de grau entre a investigação de paternidade, em que patentemente estaria em causa o direito à identidade pessoal do investigante (e relativamente ao qual a imposição de um limite temporal pode implicar a violação do direito ao conhecimento da identidade dos progenitores), e a impugnação de paternidade, em que avultaria a definição do estatuto jurídico do investigante em relação a um vínculo de filiação que lhe é atribuído por presunção legal.

O princípio da verdade biológica não tem aqui um valor absoluto. Sabe-se que as razões que justificam a fixação de um prazo de caducidade para a acção de impugnação de paternidade não são inteiramente coincidentes com as que tinham determinado a perempção da acção de investigação de paternidade, pois que para além das considerações de natureza pragmática que se prendem com a certeza e a segurança jurídicas e a eficácia das provas, sobressai ainda com particular acuidade, naquele primei-

ro caso, a protecção da família conjugal. É esse interesse que explica que um terceiro (pretensão progenitor) não tenha legitimidade *ex novo* para afastar a presunção de paternidade do marido da mãe e obter o reconhecimento da sua paternidade, e só possa intervir processualmente através do Ministério Público (mediante requerimento a apresentar em prazo muito curto) e depois de previamente reconhecida a viabilidade do pedido (artigo 1841º do Código Civil). O direito de impugnação da paternidade está, assim, apenas, na disponibilidade directa dos membros da família, no sentido de que só o marido, a mãe e o filho é que se encontram autonomamente legitimados a intentar a acção. E não está, por isso, excluído que a situação de discrepância entre a paternidade presumida e a realidade biológica se mantenha sempre que não haja interesse concreto por parte dos interessados na destruição da paternidade presumida.

O legislador poderia, à semelhança de outros sistemas jurídicos, dar primazia a considerações de política legislativa fazendo prevalecer o princípio da verdade biológica sobre o eventual prejuízo para a unidade familiar e permitindo que a acção de impugnação possa ser proposta a todo o tempo. Havia, no entanto, condicionalismos objectivos que permitem distinguir entre a investigação de paternidade e a impugnação de paternidade e que podem justificar que as pretensões de constituição de vínculos novos venham a merecer um tratamento jurídico diferenciado em relação a pretensões que tenham em vista a destruição de vínculos pre-existentes.

De resto, o prazo definido no artigo 1842º, n.º 1, alínea a), para a impugnação da paternidade por parte do pai presumido conta-se a partir de um facto subjectivo, que se traduz no «conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade». Este parece ser um prazo razoável e adequado à ponderação do interesse acerca do exercício do direito de impugnar e que permitirá avaliar todos os factores que podem condicionar a decisão. E o presumido pai não pode sequer invocar uma situação de impossibilidade de exercer o direito, já que, a partir do conhecimento pessoal de factos que indiciem a inexistência de um vínculo real de filiação, dispõe sempre de tempo útil para afastar a presunção de paternidade.

Neste contexto, não parece que a fixação de um prazo de caducidade para a impugnação de paternidade pelo pai presumido, nos termos em que se encontra previsto na norma do artigo 1842º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, represente uma intolerável restrição ao direito de desenvolvimento da personalidade entendido com o alcance de um direito de conformar livremente a sua vida, quando é certo que a preclusão do exercício do direito de impugnar pode justamente ter correspondido a uma opção que o

interessado considerou ser, em dado momento, mais consentâneo com o seu interesse concreto e o seu condicionalismo de vida.

14. Temos bastantes reservas acerca desta decisão. Como disse a juíza Maria Lúcia Amaral em declaração de voto (embora tenha votado o acórdão), o direito à identidade pessoal envolve tanto o direito a saber de quem se é filho como o direito a saber de quem se é pai. A diversidade de regimes do Código Civil não deveria obnubilar este direito.

4. GARANTIAS DE PROCESSO PENAL. COLHEITA COACTIVA DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS. RESTRIÇÕES A DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

15. Determinado arguido de homicídio, por ter sido sujeito, contra a sua vontade, à colheita de saliva, para efeito de verificação de A.D.N., requereu ao juiz de instrução que fosse declarada ilegal a prova assim obtida.

Como o juiz de instrução tivesse julgado improcedente a nulidade invocada, ele recorreu para o Tribunal da Relação, alegando inconstitucionalidade, por ofensa dos artigos 25º e 26º da Constituição e dos artigos 172º, nº 1 e 126º, nºs 1, 2, alíneas *a*) e *c*) e 3 do Código de Processo Penal, quando interpretados no sentido de permitirem ao Ministério Público ordenar a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético no caso de este ter manifestado recusa, e de se considerar válida tal recolha.

Tendo a Relação negado provimento ao recurso, em nome do interesse comunitário e do Estado na Administração da justiça e na procura da verdade material, foi interposto recurso, agora para o Tribunal Constitucional. Daí o acórdão nº 155/2007, de 2 de Março³, que julgou inconstitucionais as normas impugnadas, embora só por não preverem autorização do juiz relativamente aquele acto.

16. O acórdão começou por lembrar anteriores decisões e posições doutrinárias acerca da problemática em causa e por reconhecer que as normas que possibilitam actos como os praticados sobre o arguido colidem quer com o direito à integridade quer com a liberdade geral de actuação e o direito à reserva da vida privada. Tudo estaria, contudo, em saber se elas não deveriam considerar-se constitucionalmente justificadas, tendo em conta o mínimo grau de intensidade que comportam e a finalidade das restrições.

³ *Diário da República*, 2ª série, nº 70, de 10 de Abril de 2007.

Diversamente, quanto a contenderem as normas questionadas com o princípio da não auto-incriminação, decorrente do princípio da presunção de inocência dos arguidos (artigo 32º, nº 2), o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como seria o caso da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N.. Na verdade, essa colheita não constituiria nenhuma declaração, pelo que não violaria o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constituiria, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação.

17. À luz do regime dos direitos, liberdades e garantias, as questões a resolver pelo Tribunal eram, pois, três:

- 1ª) Saber se a Constituição autorizava a restrição da liberdade geral de actuação e da reserva da vida privada para a prossecução das finalidades específicas do processo penal;
- 2ª) Averiguar se as normas contidas nos artigos 61º, nº 3, alínea *d*) e 172º, nº 1, do Código de Processo Penal e na Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto (que estabelece o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses) constituiria habilitação legal suficiente para as restrições ou se, pelo contrário, seria necessária uma outra lei específica que explicitamente autorizasse a recolha coactiva de substâncias biológicas e a sua análise genética não consentida, ao mesmo tempo, *i.e.*, estabelecendo os seus pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais;
- 3ª) Tendo em conta a concreta restrição em causa ser realizada no contexto do processo penal e para a prossecução das finalidades específicas deste, indagar se tal restrição dependeria de haver prévia autorização judicial ou se poderia ser determinada apenas pelo Ministério Público.

A primeira questão dizia respeito à necessidade de autorização constitucional para a restrição de direitos fundamentais, porque o artigo 18º, nº 2, da Constituição, refere que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição...».

O reconhecimento do carácter inoportável de uma mera leitura literal, designadamente pelas suas consequências práticas, levou, contudo, ao

desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções — como o recurso, entre outros, ao artigo 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, às autorizações «indirectas ou tácitas» de restrições, ou às ideias de «limites imanentes», de «limites constitucionais não escritos», de «limites intrínsecos», de «restrições implícitas», de «limites instrumentais» — que, de uma ou outra forma, têm afastado aquela conclusão.

Ora, independentemente da questão de saber qual seria, no plano dogmático, a solução preferível, não poderia seriamente duvidar-se que a Constituição autoriza, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal e respeitadas as exigências do artigo 18º, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional.

E quanto a ausência de lei a autorizar a restrição? O problema não estaria aí tanto na falta de habilitação legal quanto, eventualmente, na falta de densidade suficiente da lei habilitante.

Todavia, a Lei n.º 44/2005, ao abrigo da qual são realizados os exames e perícias médico-legais, nomeadamente no âmbito da genética (cfr. artigo 23º), já conteria aquele grau mínimo de concretização normativa que permite afastar um juízo de censura constitucional. Além de os exames se realizarem no Instituto de Medicina Legal, por técnicos devidamente credenciados para tal, o seu artigo 6º condiciona o dever de submissão ao exame à demonstração da sua necessidade para o inquérito ou instrução (e de que decorre, no caso concreto, que o mesmo se tem de cingir ao A.D.N não codificante), o artigo 25º, nº 1, sobre o destino dos objectos e produtos examinados, estatui que «após a realização do exame [...] o perito procede à recolha, acondicionamento e selagem de uma amostra susceptível de possibilitar a realização de nova perícia no caso de os objectos e produtos examinados o permitirem e à destruição do remanescente»; e o artigo 30º prescreve que o acesso à informação, designadamente por terceiros e fora do contexto do processo, ou a constituição de uma base de dados estão ainda dependentes da legislação específica que salvaguarde os direitos fundamentais das pessoas.

Restaria a questão da necessidade de prévia autorização judicial, porquanto o artigo 32º, nº 4, da Constituição, que dispõe que «toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que não se prendam directamente com direitos fundamentais». Mas, contendendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito dependeria (pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos actos

que constam da lista constante do artigo 269º do Código de Processo Penal), da prévia autorização do juiz de instrução.

Nem se dissesse que seria suficiente, como aconteceu nos presentes autos, uma intervenção *a posteriori* daquele juiz, tomada na sequência de requerimento apresentado após a decisão do Ministério Público que determinou a realização dos exames, uma vez que a mesma não poderia desfazer a restrição de alguns dos direitos (v.g., o direito à integridade física ou o direito à reserva da vida privada) entretanto irremediavelmente afetados com a decisão. Assim, na ausência de autorização do juiz, haveria de concluir pela inconstitucionalidade das normas questionadas, ainda que na dimensão normativa identificada.

18. A importância deste acórdão está, antes de mais, na questão tratada, por os testes de A.D.N. irem ser cada vez mais frequentes no desenvolvimento da actividade da polícia científica. E está, simultaneamente, na análise a que procede da complexa problemática das restrições a direitos, liberdades e garantias, avaliando sucessivamente em que medida as normas legais atacadas se conformariam ou não com os princípios constitucionais pertinentes.

O resultado a que chega, depois de sucessivamente eliminar todas as eventuais razões de inconstitucionalidade, merece ser realçado. Em Estado de Direito, o juiz é o primeiro defensor dos direitos fundamentais e só com a sua intervenção pode alguém, individualmente, tê-los restringido.

5. CRIMES SEMIPÚBLICOS. CONTINUAÇÃO DO PROCEDIMENTO CRIMINAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

19. O Ministério Público deduziu acusação contra determinado indivíduo pela prática de crimes de abusos sexuais de crianças e de adolescentes. Fê-lo, apesar de eles serem qualificados como crimes semipúblicos e de não terem sido apresentadas queixas, por entender que tal era justificado pelo interesse superior das vítimas, menores de 16 anos, e por ao Ministério Público caber a função estatutária de representação dos menores, mesmo quando não coincidentes com a actuação dos seus representantes legais.

Antes do início da audiência de julgamento, vieram os pais de uma e a mãe de outra «desistir» das queixas (assim o disseram, impropriamente), tendo o juiz-presidente considerado válidas as «desistências». Desta decisão interpôs o Ministério Público recurso para o Tribunal da Relação e o recurso obteve provimento, por, segundo este Tribunal, os reais interesses das vítimas suplantarem qualquer inconveniente ligado à exposição públi-

ca dos factos (e nenhuma relevância poderiam ter tido as desistências das queixas, já que queixas nem sequer tinha havido).

Do acórdão da Relação recorreu para o Tribunal Constitucional o arguido, invocando a inconstitucionalidade das normas ali invocadas, constantes dos artigos 113º, nº 6 e 178º, nº 4 do Código Penal, com a interpretação dada nesse acórdão, por ofensa dos artigos 25º, nº 1, 26º, nº 1 e 29º da Constituição. Mas o Tribunal Constitucional, através do acórdão nº 403/2007, de 11 de Julho⁴, não lhe deu razão e confirmou a decisão recorrida.

20. Não competiria, por certo, ao Tribunal Constitucional tomar partido sobre qual das diversas soluções dadas à questão da relevância da manifestação de oposição do ofendido ou seu representante ao prosseguimento de procedimento criminal iniciado ao abrigo do nº 4 do artigo 178.º do Código Penal seria a preferível, ao nível da interpretação do direito ordinário. Do que se trataria seria de apreciar se o critério normativo seguido pelo acórdão recorrido se mostrava materialmente conforme às normas constitucionais relevantes, deixando para o legislador ordinário, dentro do respeito do princípio da necessidade das reacções criminais, uma considerável margem de liberdade de conformação na opção pela criminalização de condutas e regulação das condições de procedibilidade das condutas criminalizadas.

O legislador não estaria limitado à opção pela tripartição tradicional entre crimes públicos, semi-públicos e particulares, sendo-lhe constitucionalmente lícito criar novas categorias ou introduzir modulação nas categorias tradicionais. Ser-lhe-ia lícito elevar para o limite de 16 anos de idade do ofendido os casos em que os crimes em causa assumiriam natureza pública, sacrificando inteiramente eventuais interesses na preservação da intimidade da vida privada aos interesses públicos na repressão de condutas tidas como comunitariamente inaceitáveis. Por maioria de razão, ser-lhe-ia lícito estabelecer um regime especial para esses crimes, permitindo que quando o interesse da vítima o impusesse o procedimento fosse iniciado pelo Ministério Público independentemente de queixa e que, de acordo com o critério seguido pelo acórdão recorrido, fosse irrelevante, por si só, a posterior manifestação de vontade da vítima ou dos seus representantes no sentido da cessação do procedimento criminal.

A atribuição desta faculdade ao Ministério Público, devendo ser, como o foi no caso, devidamente fundamentada, também não contendria com os princípios da legalidade e da determinabilidade, estando fixadas na lei as condições que possibilitam o exercício da acção penal. A ponderação, a ser feita necessariamente caso a caso, da intensidade do interesse do

⁴ *Diário da República*, 2ª série, nº 215, de 8 de Novembro de 2007.

menor, sendo, como é, rodeada da referida garantia de dever de fundamentação expressa, não permitiria pretender-se que se estaria perante uma situação em que o risco da arbitrariedade e da subjectividade seria incompatível com aqueles princípios constitucionais.

Tão pouco se verificaria a violação dos artigos 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1, da Constituição. Os direitos à integridade moral e à reserva da intimidade da vida privada não são absolutos, sendo constitucionalmente admissível a sua restrição na medida do necessário para assegurar o respeito de outros valores fundamentais, como a defesa (incluindo criminal) do direito à liberdade e autodeterminação sexuais, designadamente de menores (crianças ou jovens), a quem o Estado deve especial protecção (artigos 69.º e 70.º da Constituição).

21. O acórdão merece inteira concordância.

Um dos juízes votou vencido, sobretudo por ver nele uma porta aberta à possibilidade de utilização de conceitos indeterminados no âmbito do Direito penal positivado e de preenchimento unilateral pelo titular da acção penal. Tal não parece, porém, que ocorra, em face da fundamentação expandida pelo Tribunal. O problema básico não estava nas fórmulas legais; estava, sim, na adequação das normas e da consequente interpretação do Ministério Público às exigências constitucionais de defesa das crianças e dos menores.

O arguido, espantosamente, suscitou a inconstitucionalidade das normas tal como o Tribunal as interpretou e aplicou, por referência aos artigos 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 1, consagradores do direito à integridade pessoal e do direito à reserva da intimidade da vida privada das vítimas — quando, bem pelo contrário, havia sido ele, pelo seu comportamento, a atingi-las, continuamente.

Mesmo que, com alguma hipocrisia, se lamentasse o escândalo à volta das situações criadas pelos abusos sexuais, cabe lembrar que aqueles direitos assumem também o sentido de valores objectivos comunitários, só por si determinantes de intervenção do Ministério Público. E esses valores objectivos radicam, em último turno, no princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, matriz de todo o sistema de direitos fundamentais.

6. GARANTIA DOS CONTRIBUINTES, SIGILO BANCÁRIO, DIREITOS FUNDAMENTAIS IMPLÍCITOS

22. A Assembleia da República aprovou uma alteração à lei geral tributária, ao Código do Procedimento e do Processo Tributário e ao Regime

Geral das Infracções Tributárias, que suscitou ao Presidente da República, dúvidas relacionadas com algumas normas:

- a que prescrevia que as decisões definitivas de determinação da matéria colectável seriam comunicadas não apenas ao Ministério Público mas também, tratando-se de funcionários ou titulares de cargos sob tutela de entidade pública, a esta entidade para efeito de averiguações no âmbito da respectiva competência — por estabelecer, quanto a eles, um regime distinto do aplicável aos demais cidadãos, sem existir um fundamento material bastante;
- e as que associavam ao exercício de um direito de reclamação ou de impugnação contenciosa por parte de um administrado a consequência inelutável de, sem o seu consentimento, a Administração fiscal aceder a informação e documentos bancários — donde uma restrição tanto do direito à reserva da intimidade da vida privada como do direito de acesso ao Direito e aos tribunais.

Chamado a pronunciar-se em fiscalização preventiva, o Tribunal Constitucional, através do acórdão nº 442/2007, de 14 de Agosto⁵, entendeu justificada a segunda dúvida, com a consequente inconstitucionalidade.

23. Afigura-se convincente o raciocínio que levou o Tribunal a entender que não havia discriminação no tratamento dado aos funcionários.

Tudo resulta, como se lê no acórdão, de a Administração tributária ter detectado

«indícios de uma infracção fiscal, resultante de o contribuinte evidenciar manifestações de fortuna, sem que tenha apresentado declaração de rendimentos, ou, tendo-o feito, sem que dela constem rendimentos tributáveis proporcionais aos meios de fortuna aparentados. Sendo-lhe dada possibilidade de justificar essa situação, o contribuinte não consegue fazer prova da regularidade da sua conduta fiscal.

(...) Sendo o contribuinte funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública, pode legitimamente questionar-se se os bens de fortuna alardeados resultam ou não do exercício abusivo, em proveito pessoal, das funções desempenhadas, ou se ele terá ou não exercitado outras actividades não permitidas ou não autorizadas. Por esse facto, a situação é presente à tutela, para que, quando justificado, esta possa proceder a averiguações que permitam esclarecer se houve ou não, por parte do funcionário em causa, infracção aos seus deveres funcionais.

⁵ *Diário da República*, 1ª série, nº 175, de 11 de Setembro de 2007.

»Fica patente, por força deste enquadramento sistemático, a teleologia subjacente a esta exigência de comunicação. Não se trata de retirar consequências desvantajosas para o sujeito passivo, no plano da sua posição como funcionário ou titular de cargo sob tutela pública, por mero facto da situação fiscal em que ele se colocou. Esta situação apenas dá azo a que se deslinde se, por detrás dela, não haverá irregularidades de conduta no exercício das funções públicas em que o visado está investido. E, nesse outro plano (que não o do relacionamento tributário), a terem lugar consequências sancionatórias, designadamente do foro disciplinar, elas não têm como causa a situação tributária, em si, mas a forma de obtenção dos meios de fortuna que a originaram.

»Por isso se colocam as averiguações a fazer, pela entidade de tutela, «no âmbito da respectiva competência». Não uma competência do foro tributário, que não está aqui em causa. Mas a competência resultante da tutela de um certo serviço ou organismo público, com um determinado âmbito funcional de actuação. O que pode ser objecto de averiguações são actos do funcionário ou titular de cargo sob tutela pública praticados no exercício das funções que lhe estão cometidas e não o seu relacionamento fiscal com a Administração.

»Não se trata de impor ao funcionário público ou ao titular de cargo sob tutela de entidade pública, pelo facto de o ser, deveres acrescidos de conduta fora do âmbito da sua relação funcional com a Administração, mas de averiguar se, nesse âmbito, cumpre, ou não, os deveres do cargo. A situação patrimonial detectada fiscalmente pode não ser alheia à violação desses deveres. No interesse público, que à Administração, em todas as suas dimensões, cumpre prosseguir, há que proceder a averiguações».

24. Passando à segunda questão, o Tribunal debruçou-se sobre o conteúdo do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigos 26º, nº 1 da Constituição e 12º da Declaração Universal), na vertente do direito de subtrair ao conhecimento público factos e comportamentos reveladores da vida privada; e considerou que ele abrangia toda a vida privada, embora com graduações diferenciadas; logo, também o bem protegido pelo sigilo bancário:

«(...) não é possível estabelecer, sobretudo nas sociedades dos nossos dias, uma separação estanque entre a esfera pessoal e a patrimonial. A posição económica de cada um não deixa de ser uma projecção externa da pessoa, constituindo um dado individualizador da sua identidade. E o sujeito pode ter, também no plano pessoal, um interesse tutelável, e tutelável constitucionalmente, a que não só o montante e o conteúdo do seu património mas também certas vicissitudes, favo-

ráveis e desfavoráveis, que ele pode experimentar sejam mantidos fora do conhecimento dos outros (...).

»(...) Através da análise do destino das importâncias pagas na aquisição de bens ou serviços, pode facilmente ter-se uma percepção clara das escolhas e do estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões, numa palavra, do seu perfil concreto enquanto ser humano. O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria — daquilo que ele *é* e não apenas daquilo que ele *tem*».

Todavia, o âmbito de garantia efectiva do direito

«só se recorta (...) em resultado de um balanceamento entre os interesses e valores ligados à tutela da privacidade e os interesses, também constitucionalmente protegidos, com eles conflituantes».

Ora,

«quando a quebra do sigilo bancário promana da Administração fiscal, não pode olvidar-se que ela não implica a abertura desses dados ao conhecimento geral, não tendo o impacto de abrir a porta a uma devassa pública. Na verdade, os conhecimentos obtidos pelo exercício da função tributária estão sujeitos ao dever de confidencialidade (...) e a sua violação está tipificada de forma mais gravosa, face ao crime de violação do sigilo profissional (...).

(...)

»O princípio da tributação segundo a declaração do contribuinte tem, pois, como natural corolário, a possibilidade de controlo por parte da Administração, sob pena de resultarem irremediavelmente frustrados aqueles objectivos e valores que moldam a «estrutura básica» (...) da sociedade politicamente organizada.

»A esse controlo não podem subtrair-se, de plano e sem mais, os elementos sobre o património e rendimentos do contribuinte em poder das instituições bancárias com quem ele está em relação, em particular os saldos e movimentações referentes a depósitos bancários. Atendendo ao peso relativo dos interesses aqui ligados à tutela da privacidade e ao diminuto grau da sua afectação, em concreto, pelo levantamento do sigilo bancário, por um lado, e à intensidade da exigência de efectivação da justiça fiscal, por outro, pode concluir-se que, em certas condições, é constitucionalmente legítima a restrição, com este fundamento, do direito à privacidade.

(...)

»Ponto é que [continua o acórdão], na modelação concreta do regime legal, se prevejam resguardos e se consagrem mecanismos

que, na medida do compatível com o essencial dos objectivos que estão por detrás do levantamento do sigilo bancário, acatelem ainda, de certa maneira, os interesses cobertos pela tutela constitucional da privacidade.

»Nos seus pressupostos e na sua forma processual e procedimental de exercício, a derrogação do sigilo deve obedecer a critérios que evitem uma pouco condicionada ou excessiva intromissão, para além do necessário à satisfação dos fins constitucionais que a ela presidem».

25. Mas,

«se a abertura do sigilo bancário é um mal para o titular da posição atingida (até, eventualmente, por razões alheias à relação tributária), pode dizer-se que a ligação dessa consequência prejudicial àquelas iniciativas de defesa tem um efeito desincentivador à sua prática.

»Deste modo, é a própria lei que cria um contra-motivo ao exercício de direitos básicos do administrado, também eles direitos fundamentais: no que se refere à impugnação administrativa, o de apresentar reclamações para defesa dos seus direitos; no que toca à impugnação judicial, o de tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º), a implicar, além do mais, a conformação do processo de forma equitativa (n.º 4 do mesmo artigo). Como garantia de defesa dos direitos e interesses do administrado, essa tutela abrange, nos termos do n.º 4 do artigo 268.º, “(...) a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem (...)”, pelo que também esta garantia é afectada.

»Do ponto de vista da garantia da efectividade, designadamente da tutela jurisdicional, é difícil não encarar com reserva medidas deste tipo que, deixando formalmente intocada uma via de acção ou de defesa, criam indirectamente entraves fortes à sua real utilização. Se reclama ou impugna, o administrado arrisca-se seriamente a sacrificar o direito à reserva da privacidade; se, para evitar essa consequência, o não faz, então está, com essa atitude, a abrir mão de um instrumento fundamental de tutela dos direitos que a decisão administrativa pode lesar. Para exercitar um direito verdadeiramente nuclear do Estado de direito democrático, o contribuinte tem que estar disposto a pagar o preço elevado de perder o segredo sobre os dados em poder de entidades bancárias.

»Só por si, no puro plano do princípio da efectividade das posições constitucionalmente protegidas e do direito a um procedimento e a um processo equitativos, a colocação do contribuinte nesta situação dilemática faz propender para um juízo de desvalor constitucional.

»Mas, também aqui, não nos podemos ficar por um juízo em abstracto, fortemente apoiado numa pré-compreensão e desligado da con-

sideração dos fins prosseguidos e dos meios concretamente fixados para os atingir. Para se alcançar, em definitivo, uma avaliação segura da conformidade constitucional da extensão do poder administrativo de derrogação do sigilo bancário que se pretende introduzir teremos que valorar, do ponto de vista daquelas garantias, as condições e os termos que a regem. Tarefa esta que, atenta a possibilidade de violação frontal dos princípios constitucionais referidos, deve ser conduzida com a consciência de que só uma conformação severamente restritiva e particularmente garantidora permitirá “salvar” a constitucionalidade daquela medida legislativa.

(...)

»Ora, (...) é que, tendo que ser fundamentada e notificada, a decisão administrativa de levantamento do sigilo bancário não sofre, aparentemente, qualquer outro condicionamento.

»Faculta um acesso directo à informação, sem dependência de autorização judicial prévia e do consentimento do visado (...).

»Em segundo lugar, a derrogação administrativa não é um último recurso, de aplicação subsidiária, só actuante na falta de cooperação do interessado. Este não é chamado a exhibir os documentos ou a autorizar a sua consulta. As entidades inspectivas podem, de imediato, notificar as instituições bancárias, pelo que o contribuinte não é chamado a uma participação voluntária no processo de decisão.

»Em terceiro lugar, não estando especificamente previsto o direito de audição, (...) parece que ao contribuinte fica vedado qualquer exercício de contraditório prévio, o que, por sua vez, faz perder grande parte do sentido útil do dever de fundamentação adequada.

«Por último, não estando especificamente previsto o controlo judicial, não se afigura, na prática, viável o recurso ao processo urgente previsto no artigo 146.º-A do Código do Procedimento e Processo Tributário.

(...)

»Assim, a violação do princípio do procedimento e do processo equitativo, quanto ao regime de derrogação do sigilo bancário na hipótese em apreço, vai conduzir a um condicionamento substancial do exercício, pelo contribuinte, das suas garantias impugnatórias de actos tributários. Não sendo directa e frontalmente restringido o direito de reclamar ou impugnar judicialmente, a verdade é que a forma não equitativa como está prevista a perda do sigilo e o factor causal que a determina esvaziam, em grande medida, aqueles direitos da sua efectividade prática.

»Deste modo, mostram-se violados os artigos 2.º e os seus corolários: artigo 20.º, n.º 1 e n.º 4, e 268.º, n.º 4, da Constituição da República».

26. Visto, por fim, o problema do ângulo do princípio da proporcionalidade — em face dos objectivos propostos no diploma vindo da Assembleia da República — também o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade, pois razões de utilidade não podem ser invocadas para restringir direitos com estatuto dos direitos, liberdades e garantias.

«Mesmo que a valoração se concentre no objectivo último de assegurar, a nível sistémico e macrojurídico, o funcionamento adequado da máquina administrativa e do aparelho judiciário fiscais, como condição de realização da justiça, sempre se dirá que, no regime em apreço, esse objectivo é levado a cabo por meios que vão para além do estritamente necessário.

»Nem custaria representar meios alternativos menos gravosos, designadamente por não acarretarem o sacrifício de bens da esfera pessoal, nem o abandono de garantias judiciárias nucleares para a efectividade do acesso à justiça».

27. A decisão não foi tomada por unanimidade. Houve votos de vencido a respeito dos dois problemas colocados ao Tribunal.

Quanto à eventual discriminação relativa aos funcionários públicos, notou-se que, a aceitar-se uma diferença específica com base no estatuto profissional dos contribuintes, sempre se poderia perguntar por que idêntico regime não era tornado extensivo a qualquer trabalhador activo que, mesmo inserido numa relação de trabalho de direito privado, está igualmente sujeito ao poder disciplinar da entidade empregadora (juiz Carlos Cadilha).

Ou que,

«a norma não terá outra utilidade que não a de exercer uma clara função intimidadora do contribuinte, especialmente quando este é funcionário ou agente público que, por esta via, vê ligar-se a estabilidade do seu emprego e a reserva da intimidade da sua vida privada e familiar à docilidade com que aceita as prescrições administrativas da autoridade fiscal.

»É que as regras legais em vigor — retiradas, por exemplo, do estatuto do Ministério Público, do processo penal e do estatuto da Função Pública —, já impõem o dever de denúncia de crimes, ou de ilícitos disciplinares, às autoridades com competência para a investigação criminal, ou para o procedimento disciplinar, conforme os casos, quando a notícia de qualquer uma destas infracções é conhecida no decorrer da actividade das autoridades públicas.

»Mas não é isto — por evidente desnecessidade — que a norma pretende reafirmar: o que se pretende é que, mesmo não ocorrendo nenhuma infracção, quer de natureza criminal, quer de natureza dis-

ciplinar, a administração passe a denunciar a situação fiscal do contribuinte, comunicando ao serviço onde presta funções o funcionário ou o agente a “decisão de avaliação da matéria colectável”, decisão donde necessariamente constam dados sobre a vida privada do cidadão, permitindo ainda — dada a imprecisão normativa — que, de um modo totalmente abusivo, se possa entender que a incorrecta declaração fiscal signifique autonomamente ilícito disciplinar» (juiz Carlos Pamplona de Oliveira).

Por sua vez, quanto ao sigilo bancário, disse-se

«que a Constituição da República Portuguesa não consagra um direito fundamental ao sigilo bancário para os clientes das instituições financeiras sujeitas ao dever de segredo.

»(...) os elementos constantes dos ficheiros e documentos sujeitos ao dever de segredo por parte das instituições financeiras, além de dizerem respeito a transacções em que a própria instituição financeira é parte, não fazem naturalmente parte da esfera íntima do cliente e, em última instância, contêm apenas informação voluntariamente cedida às instituições financeiras, no decurso de transacções financeiras comuns, sem que daí decorra que, de cada vez que uma tal transacção acontece, o cliente esteja a expor a intimidade da sua vida privada a todos os empregados bancários com acesso às respectivas contas ou ao tratamento dos elementos da respectiva transacção.

(...)

»Nem o acesso por parte da administração tributária a dados cobertos pelo sigilo bancário, quando, face a factos alegados pelo contribuinte, que pretende a anulação de actos tributários, tal se apresente como uma diligência manifestamente indispensável (e, consequentemente, em absoluto, fundadamente se justifique) para concretizar a justiça fiscal e a igualdade contributiva constitucionalmente exigidas e menos consideradas na tese vencedora (conferindo ou negando razão ao reclamante/impugnante), afecta, em nada, quaisquer direitos de reclamação ou de impugnação» (juiz Gil Galvão).

28. Trata-se de um acórdão muito bem construído e que segue na linha de enfoque sistemático e claro. Justificam-se, por isso, as transposições de largos passos que fizemos. De realçar a extensão feita, na linha de melhor doutrina, do princípio do processo equitativo aos procedimentos administrativos.

Todavia, divergimos relativamente à pronúncia pela não inconstitucionalidade da norma específica relativa aos funcionários públicos. Os dois votos de vencidos acabados de transcrever convencem-nos que essa norma traz um suplemento de desconfiança e de autoritarismo inadmissíveis. Pro-

vavelmente com ela pretende-se combater a corrupção, mas já existem outros meios de o fazer. O que importa é aproveitá-los e imprimir empenhamento e celeridade às autoridades de investigação criminal e aos julgamentos pelos tribunais.

7. PESSOAS SEPARADAS JUDICIALMENTE DE PESSOAS E BENS. PENSÃO DE SOBREVIVÊNCIA

29. Dois cônjuges havia-se separado judicialmente de pessoas e bens, mas tinham continuado a viver em comum até que um faleceu. Tendo o cônjuge sobrevivente requerido pensão de sobrevivência, ela fora-lhe negada por força do Estatuto das respectivas pensões e, tendo havido decisões judiciais, o problema de inconstitucionalidade das normas pertinentes subiu ao Tribunal Constitucional.

Pelo acórdão nº 26/2007, de 17 de Janeiro⁶, este Tribunal não julgou inconstitucionais as normas impugnadas pelo cônjuge sobrevivente e negou provimento ao recurso. Para tanto, arrimou-se, no paralelo entre pessoas separadas judicialmente de pessoas e bens e pessoas em união de facto, situação diversa da situação de pessoas na constância do matrimónio.

30. Assim, o acórdão reiterou o entendimento já constante dos acórdãos nºs 275/2002 e 159/2005, segundo o qual existem diferenças importantes, que o legislador pode considerar relevantes, entre a situação de duas pessoas casadas, e que, portanto, voluntariamente optaram por alterar o estatuto jurídico da relação entre elas — mediante um «contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código», como se lê no artigo 1577.º do Código Civil —, e a situação de duas pessoas que (embora convivendo há mais de dois anos «em condições análogas às dos cônjuges») optaram, diversamente, por manter no plano *de facto* a relação entre ambas, sem juridicamente assumirem e adquirirem as obrigações e os direitos correlativos ao casamento.

Na óptica do princípio da igualdade, a situação de duas pessoas que declaram a intenção de conceder relevância jurídica à sua união e a submeter a um determinado regime (um específico vínculo jurídico, com direitos e deveres e um processo especial de dissolução) não teria de ser equiparada à de quem, intencionalmente, opta por o não fazer. O legislador constitucional não poderia ter pretendido retirar todo o espaço à pros-

⁶ *Diário da República*, 2ª série, nº 40, de 26 de Fevereiro de 2007.

secação, pelo legislador infra-constitucional, cujo programa é sufragado democraticamente, de objectivos políticos de incentivo ao matrimónio enquanto instituição social, mediante a formulação de um regime jurídico próprio — por exemplo, distinguindo entre a posição sucessória do convivente em união de facto (reduzida ao direito a exigir alimentos da herança) e a do cônjuge.

Esta distinção entre a posição *post mortem* do cônjuge e a do companheiro em união de facto — que, aliás, podem concorrer entre si depois da morte do beneficiário — seria adequada à prossecução do fim de incentivo à família fundada no casamento, que não é constitucionalmente censurável — e receberia até (pelo menos numa certa leitura) particular acolhimento no texto constitucional. A conveniência de tal distinção de tratamento *post mortem*, com os concomitantes reflexos patrimoniais, poderia ser diversamente apreciada a partir de diversas perspectivas, no debate político-legislativo — em que poderão vir a encontrar acolhimento argumentos como o da distinção entre o direito a alimentos e a pensão de sobrevivência, a existência e o sentido dos descontos efectuados pelo companheiro falecido, à luz do regime então vigente e da sua situação pessoal, ou a maior ou menor conveniência em aprofundar consequências económicas específicas de uma relação familiar como o casamento. Mas a Constituição não proscreveria essa distinção, ainda quando ela tivesse como consequência deixar de fora do regime estabelecido para a posição sucessória do cônjuge o companheiro em união de facto.

Aliás, não seria só para o companheiro sobrevivente que existem condições específicas para ser reconhecido o direito à pensão: o ex-cônjuge ou cônjuge separado de pessoas e bens só dela beneficia se tiver sido casado com o beneficiário pelo menos um ano e se na data da morte tiver direito a uma pensão de alimentos; os pais e os avós têm de estar «a cargo» do contribuinte à data da morte para terem direito a pensão, etc. E a pensão cessa quando os titulares do direito obtiverem outras fontes de rendimento. Apenas ao cônjuge não são exigidas condições adicionais, pois os cônjuges estão ligados por específicos deveres de solidariedade patrimonial — o dever de assistência e, na constância do casamento, o dever de contribuir para os encargos da vida familiar (artigos 1672.º e 1675.º do Código Civil). Diversamente, a união de facto não implicaria forçosamente, por opção das partes, deveres patrimoniais, ou uma geral solidariedade patrimonial, admitindo-se mesmo que quem vive em união de facto continue a ter direito a alimentos do ex-cônjuge ou, até, mantenha uma pensão de sobrevivência (e podendo mesmo ser este o motivo para continuar na situação de união de facto, e não casar). Os próprios diplomas que introduziram medidas de protecção das pessoas que vivem em união de facto (Leis n.ºs 135/99, de 28 de Agosto, e 7/2001, de 11 de Maio) não obrigaram os

membros da união de facto a deveres de assistência recíprocos ou a deveres de alimentos em caso de ruptura, ou, sequer, alteraram os preceitos do Código Civil sobre alimentos em caso de morte.

31. O entendimento no sentido da não inconstitucionalidade da solução normativa, que faz depender a atribuição de pensão de sobrevivência à pessoa que vivia com o falecido em união de facto do reconhecimento do direito a exigir alimentos da herança e da impossibilidade da sua obtenção, nos termos das alíneas *a)* a *d)* do n.º 1 do artigo 2009.º do Código Civil, seria transponível para o caso *sub judice*, em que estava em causa a atribuição dessa pensão ao cônjuge separado judicialmente de pessoas e bens do falecido, mas que com ele tinha continuado a viver em economia comum. Por certo, que o cônjuge separado judicialmente de pessoas e bens é ainda casado com o falecido. Mas tal casamento não releva para o chamamento à herança: nos termos do artigo 2133.º, n.º 3, o cônjuge separado judicialmente de pessoas e bens («por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado», ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente à data da morte do autor da sucessão) também não é considerado herdeiro. E os artigos 40.º, n.º 1, alínea *a)*, e 41.º, n.ºs 1 e 2, do Estatuto das Pensões de Sobrevivência fazem depender a pensão do reconhecimento do direito a alimentos já existente. Tudo isto, aspectos que, sobretudo em certas idades ou contextos, poderiam ser também ponderados pelos cônjuges já antes da separação judicial de pessoas e bens.

Se, depois da separação judicial de pessoas e bens e à data da morte do contribuinte, o cônjuge não era titular de um tal direito a alimentos, apenas poderia obter pensão de sobrevivência, não enquanto cônjuge, mas por se encontrar a conviver com o falecido em economia comum, nos termos previstos no artigo 2020.º do Código Civil. E seria isso justamente o que aconteceria no nosso caso. E a exigência de provar os requisitos exigidos neste normativo para obtenção da pensão (o direito de obter alimentos da herança e a impossibilidade de os obter) representaria, justamente, a prova da necessidade de protecção da pessoa em causa, por não a poder obter dos seus familiares directos, sendo também coerente com o objectivo visado pela prestação social em causa.

32. Divergimos profundamente desta decisão.

Por um lado, ela invoca a diferença entre casamento e união de facto — o que não contestamos. Porém, por outro lado, desconsidera a subsistência do casamento, mesmo com separação judicial de pessoas e bens. O que são mais próximos: o casamento sem separação e o casamento com separação ou o casamento e a união de facto?

8. ASSISTÊNCIA MATERIAL NO DESEMPREGO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

33. O Instituto de Segurança Social indeferiu determinado pedido de concessão de subsídio de desemprego com fundamento na caducidade do respectivo direito, devido a ter transcorrido o prazo de 90 dias fixado na norma legal aplicável (pois a pessoa em causa havia tido rescindido com justa causa o seu contrato de trabalho em 9 de Maio e só em 19 de Novembro havia requerido o referido subsídio).

Intentada acção administrativa especial, foi ela julgada procedente pelo Tribunal Administrativo competente, o qual recusou a aplicação da norma legal invocada pelo Instituto, por ela infringir o artigo 51º, nº 1, alínea e) da Constituição, a qual atribui a todos os trabalhadores o direito à assistência material, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego.

Interposto recurso para o Tribunal Constitucional, este confirmaria a decisão recorrida através do acórdão nº 275/2007, de 2 de Maio⁷.

34. Segundo se lê no acórdão,

«a inegável fundamentalidade do direito dos trabalhadores à assistência material em situação de desemprego involuntário implica — obviamente sem questionar a liberdade de conformação do legislador na concretização material desse direito — que a regulação do correspondente procedimento administrativo fique subordinada ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que as exigências procedimentais devem ser necessárias e adequadas e de que as consequências do seu incumprimento devem ser razoáveis.

»Não se questiona a constitucionalidade da exigência de formulação pelo próprio interessado de pedido de concessão de subsídio de desemprego, nem sequer do estabelecimento de um prazo para tal formulação. O que está em causa não é, porém, o estabelecimento de tal prazo, ou mesmo a sua normal suficiência para a dedução do pedido pelo trabalhador em situação de desemprego involuntário, mas antes a razoabilidade das consequências associadas ao incumprimento desse prazo. É que importa distinguir o direito global ou complexo às prestações emergentes da verificação de uma situação de desemprego relevante e o direito a cada uma das prestações parcelares que sucessivamente se vão vencendo, a partir da data do requerimento.

»Nem a decisão recorrida nem o recorrente questionam que o retardamento injustificado na apresentação do requerimento pelo inte-

⁷ *Diário da República*, 2ª série, nº 115, de 18 de Junho de 2007.

ressado — iniciando ou impulsionando o procedimento de verificação pela Segurança Social dos pressupostos ou condições da atribuição das prestações — possa fazer caducar ou precluir as prestações parcelares que entretanto se poderiam ter vencido. O que se reputa inconstitucional, por desproporcionado, é o entendimento segundo o qual qualquer atraso no cumprimento do referido prazo peremptório de 90 dias dita a irremediável caducidade do direito global a todas as prestações.

(...)

»Tendo o subsídio de desemprego uma função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se viu privado e sendo a situação de desemprego geradora do direito àquele subsídio, por natureza, uma situação permanente e não instantânea que se prolonga e renova no tempo, é de todo desrazoável fulminar com a perda definitiva e irreversível do direito ao subsídio de desemprego, por qualquer atraso na formulação inicial do pedido. A situação de desemprego involuntário, em que se funda o direito ao subsídio de desemprego, persistia no momento em que o pedido da sua concessão foi formulado e ter-se-á prolongado para além dessa data. Negar este direito, embora limitado ao período temporal em que se pode considerar ter sido tempestivamente exercitado, significa, em termos substanciais, uma negação, sem motivo adequado, do próprio direito dos trabalhadores, constitucionalmente garantido, à assistência material em situação de desemprego involuntário».

Não podemos senão concordar inteiramente.

9. UM CASO DE DIREITO ELEITORAL

35. Ao fim de longa crise, houve necessidade de promover novas eleições para a Câmara Municipal de Lisboa — eleições intercalares, porque os novos vereadores apenas completam os mandatos dos antecessores, em vez de iniciarem novos mandatos como sucede com o Presidente da República e os Deputados.

As eleições foram marcadas pela governadora civil para quarenta e cinco dias depois, o que provocou a interposição de recurso para o Tribunal Constitucional por duas das candidaturas, uma das quais sustentou que esse prazo inviabilizava a formação de coligações e a possibilidade, por isso, de participação pelos pequenos partidos. O Tribunal deu provimento ao recurso através do acórdão nº 318/2007, de 18 de Maio⁸.

⁸ *Diário da República*, 2ª série, nº 114, de 15 de Junho de 2007.

A lei eleitoral permitiria marcar eleições para entre 40 e 60 dias, mas havia que atender às normas respeitantes ao anúncio e à comunicação de coligações; havia que conjugar o interesse público em não protelar excessivamente a situação de crise no município com a garantia do exercício de direito de participação política consagrado na Constituição — o de formação de coligações locais (artigo 239º, nº 4). E este deveria prevalecer, pelo que era inválido o acto da governadora civil.

36. Em declaração de voto, a juíza Ana Maria Guerra Martins aduziu, em contrário, que o acto em causa era um acto de função política, e não um acto administrativo, pelo que seria irrecorrível contenciosamente. Sem razão, porém, porque se tratava de acto proveniente de uma autoridade meramente administrativa (bem diversa do Governo, ao qual cabe marcar eleições gerais) e relativo a eleições para um órgão administrativo. Sem razão ainda, porque o Tribunal Constitucional também conhece recursos de decisões políticas, as respeitantes à perda de mandato dos Deputados e a eleições parlamentares e a deliberações de órgãos partidários [artigo 223º, nº 2, alíneas *g*) e *h*) da Constituição].

O que poderia discutir-se era, sim, se era o Tribunal Constitucional o órgão competente, ou se não deveriam ser os tribunais administrativos, visto que nem a lei do Tribunal Constitucional, nem a lei eleitoral para os órgãos das autarquias (Lei Orgânica nº 1/2007, de 14 de Agosto) lhe conferiam essa competência. E a segunda alternativa era a mais correcta, até porque o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro) expressamente atribui a estes tribunais o contencioso eleitoral relativo a órgãos de pessoas colectivas de direito público para que não seja competente outro tribunal [artigo 4º, nº 1, alínea *m*)].

Resumindo: apesar de a decisão do Tribunal Constitucional ter sido substancialmente a mais indicada e de *de jure condendo* a sua competência dever ser consagrada, neste caso concreto foi emitida sem base legal.

10. REGIME DE VINCULAÇÃO, CARREIRAS E REMUNERAÇÕES NA FUNÇÃO PÚBLICA. ESTATUTO DOS JUÍZES

37. O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva de um diploma aprovado pelo Parlamento, no âmbito da reforma da Administração pública, sobre regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas. Fê-lo relativamente a múltiplos aspectos, mas aqui apenas vamos considerar um deles, o mais polémico: a sua aplicação aos magistrados de tribunais judiciais.

O Presidente fundamentou a sua arguição de inconstitucionalidade, numa complexa argumentação.

O decreto estabelecia que, sem prejuízo do disposto na Constituição e em leis especiais, seria ainda aplicável, com as necessárias adaptações, aos juízes de qualquer jurisdição e aos magistrados do Ministério Público. Mas o artigo 215.º, n.º 1 da Constituição determina que os juízes dos tribunais judiciais «formam um corpo único e regem-se por um só estatuto», do que decorreria:

«a) Que a mesma categoria de juízes possui uma especificidade estatutária própria em face dos restantes juízes, bem como em relação ao Ministério Público e aos funcionários públicos em geral;

»b) Que sendo os tribunais judiciais órgãos de soberania (n.º 1 do artigo 110.º da CRP) e os juízes titulares dos mesmos órgãos (n.º 1 do artigo 215.º da CRP), impõe-se que o conteúdo nuclear e funcional do seu estatuto conste necessariamente de lei aprovada pela Assembleia da República ao abrigo da sua reserva absoluta de competência legislativa [álínea *m*] do artigo 164.º da Constituição]».

«Os juízes dos tribunais judiciais são titulares de órgãos de soberania, cuja independência funcional e orgânica é, por seu turno, predicada pelas garantias de independência, inamovibilidade e irresponsabilidade dos mesmos magistrados, pelo que caberá em exclusivo ao respectivo estatuto determinar qual a legislação supletiva que lhe será aplicável e qual o âmbito dessa aplicação (...):

»a) Uma realidade será o Estatuto dos Magistrados Judiciais, como lei especial constitucionalmente qualificada e integrada na reserva absoluta de competência legiferante da Assembleia da República, definir qual a legislação supletiva que se lhe aplica;

»b) Outra, bem diferente, será uma lei integrada na reserva relativa de competência da mesma Assembleia, assim como na esfera concorrencial desta com o Governo e tendo por objecto o estabelecimento dos regimes de vinculação de carreiras e de remunerações dos trabalhadores da função pública, impor-se ao Estatuto dos Magistrados Judiciais como legislação subsidiária.

»A solução contida no decreto inverte a regra decorrente do artigo 215.º, n.º 1 da Constituição, que reserva ao estatuto único dos magistrados judiciais a regulação de todo o regime legal que lhes é funcionalmente aplicável, nele compreendida a determinação da legislação subsidiária». (...)

Por outro lado, a inconstitucionalidade resultaria outrossim:

«a) Tem o decreto sido emitido numa matéria que prevê a existência de bases gerais integradas na reserva relativa de competên-

cia da Assembleia da República [artigo 165.º, alínea *t*) da Constituição);

»b) Tem as normas constantes dos artigos 80.º, 101.º e 112.º do decreto, conjugadas com o n.º 3 do artigo 2.º do mesmo diploma, fixado princípios directivos, regimes gerais ou bases aplicáveis às leis especiais, nelas incluídas as que aprovam os estatutos dos magistrados judiciais e dos magistrados do Ministério Público;

»c) Constituir o Estatuto dos Magistrados Judiciais, na sua qualidade de estatuto único dos juízes dos tribunais judiciais, uma lei dotada de especialidade constitucionalmente qualificada, integrando-se a competência para a respectiva emissão na reserva absoluta da Assembleia da República e a isso acrescentando uma “reserva de densificação total” [artigo 164.º, alínea *m*)];

»d) Impor o fim constitucional da reserva de lei prevista no artigo 164.º, alínea *m*) da Constituição, que o correspondente objecto nuclear que requeira norma primária seja consumido integralmente por lei comum da Assembleia da República, do que resulta, atenta a jurisprudência do Tribunal Constitucional, a proibição da emissão de princípios vinculantes ou bases gerais no seu âmbito material (as quais pressuporiam, indevidamente, a emissão inconstitucional de decretos-leis e decretos legislativos regionais de desenvolvimento)».

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 620/2007, de 20 de Dezembro⁹, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma do diploma arguido na parte respeitante aos juízes dos tribunais judiciais (e, consequentemente, de várias outras normas), por violação do artigo 215.º, n.º 1 da Constituição, tal como referido no pedido do Presidente da República.

38. O aresto considerou procedente, pelo menos, em parte a «dúvida» posta pelo Presidente da República sobre se a alteração legislativa prevista não invertia o regime prescrito no artigo 215.º, n.º 1, da Lei Fundamental, ou noutra perspectiva, se não era susceptível de induzir a uma equiparação dos juízes aos trabalhadores da Administração Pública em termos que poderiam pôr em causa os princípios de independência, inamovibilidade e irresponsabilidade que constituem garantias do exercício da actividade jurisdicional (artigos 203.º e 216.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição).

«A independência dos tribunais é uma independência objectiva, que deriva da própria essência da actividade jurisdicional, e tem como pressuposto a subordinação do juiz à lei; e é também uma independência subjectiva, caracterizada por uma autonomia dos tribunais em relação aos outros poderes do Estado e em relação aos outros con-

⁹ *Diário da República*, 1ª série, n.º 9, de 14 de Janeiro de 2008.

titulares do poder jurisdicional. (...) Mas esta independência conclama (ou, por outras palavras, pressupõe e exige) a independência dos juízes, a qual reclama, por seu turno, garantias orgânicas, estatutárias e processuais. (...)

»A unicidade de estatuto, tal como está constitucionalmente consagrada, pressupõe duas características essenciais: (a) um estatuto unificado, constituído por um complexo de normas que são apenas aplicáveis aos juízes dos tribunais judiciais; (b) um estatuto específico, no sentido de que são as suas disposições, ainda que de natureza remissiva, que determinam e conformam o respectivo regime jurídico-funcional.

»Justifica-se, por isso, que seja o próprio Estatuto dos Magistrados Judiciais, em cumprimento do apontado critério constitucional, a determinar qual seja a legislação supletiva e o respectivo âmbito de aplicação. Isso pela linear razão de que é a esse diploma que, nos termos previstos no artigo 215º, n.º 1, da Constituição, compete regular de forma mais ou menos exaustiva as matérias que deverão integrar o estatuto do juiz e, nessa medida, delimitar com maior ou menor amplitude o campo de intervenção do direito subsidiário e, ainda, escolher as normas supletivas que melhor se poderão ajustar às soluções jurídicas que tenham sido fixadas.

»Ao determinar que o diploma é aplicável, com as necessárias adaptações, aos juízes de qualquer jurisdição, sem prejuízo do disposto na Constituição e em leis especiais, o artigo 2º, n.º 3, do Decreto n.º 173/X opera uma tendencial equiparação dos juízes aos demais trabalhadores da Administração, por efeito da assimilação do seu estatuto pelo regime geral da função pública através de uma genérica aplicação subsidiária do novo regime de vínculos, carreiras e remunerações. (...)

»Ao assumir-se como direito subsidiário em relação ao regime de vínculos, carreiras e remunerações aplicável aos juízes dos tribunais judiciais, o Decreto n.º 173/X passa a reportar o Estatuto dos Magistrados Judiciais como mera lei especial, avocando a função complementar ou integrativa dos espaços omissos ou lacunares que o Estatuto contenha quanto a essa matéria. Em termos tais que a eventual utilização de idêntica técnica legislativa em relação a outras disciplinas jurídicas sectoriais da função pública abre caminho a que o Estatuto passe a intervir simplesmente como norma especial em relação ao regime geral da função pública. (...)

»Donde: uma quebra no estatuto subjectivo dos juízes em relação a dois momentos essenciais: estes deixam de dispor de um estatuto único, que congregue todas as disposições que regulem a respectiva situação funcional, visto que as fontes normativas directas passam a ser, de um lado, o Estatuto dos Magistrados Judiciais, como lei especial, e de outro, a lei comum da função pública, como direito subsi-

diário; deixam ainda de dispor de um estatuto específico, no ponto em que o Estatuto dos Magistrados Judiciais passa a constituir mera lei especial que apenas se aplica quando deva prevalecer sobre uma lei geral da função pública».

Em declaração de voto, o juiz Benjamim Rodrigues reforçaria a decisão no sentido de inconstitucionalidade, afirmando que o facto de os titulares do órgão soberania «tribunais» exercerem essas funções «a título profissional» não autorizava que as normas regentes do regime de trabalho subordinado público tivessem aptidão genérica para funcionarem como norma subsidiária, pois era totalmente estranha ao estatuto do titular de órgão de soberania qualquer relação de dependência e de subordinação hierárquica. A aplicação subsidiária de normas regentes de certas matérias aos magistrados judiciais teria de corresponder a opções que deixassem salvaguardada a sua posição estatutária ou representassem ainda um modo de potenciar o cumprimento da respectiva função constitucional.

39. Houve, porém, várias declarações de voto de vencido, em que, no essencial, se aduziu que o facto de a Constituição prescrever um estatuto único para os juízes dos tribunais judiciais não implicava um texto estatutário único, mas tão só um único regime jurídico.

«A Constituição não prevê nem procedimento específico, nem forma especial para o referido estatuto único. Quer se entenda que, no estatuto único, se trata de matéria respeitante ao “estatuto dos titulares dos órgãos de soberania”, quer se considere que se trata de matéria relativa à “organização e competência dos tribunais e do Ministério Público e ao estatuto dos respectivos magistrados”, como tem acontecido quando se legisla sobre o estatuto dos magistrados judiciais, sempre será suficiente uma lei da Assembleia da República para regular tal matéria». (...)

«De resto, já hoje o estatuto dos juízes é “regulado, em diversas matérias, pelo regime geral da função pública”. Assim acontece, por exemplo, em tudo o que não esteja expressamente previsto no Estatuto dos Magistrados Judiciais, pelo menos quanto ao regime do bolseiro, à matéria de deveres, incompatibilidades e direitos — incluindo os relativos, por exemplo, ao número de dias de férias —, à aposentação e à matéria disciplinar. Além de que, como é conhecido, existe uma associação sindical dos juízes portugueses» (juiz Gil Galvão).

«A unicidade de estatuto, tal como está constitucionalmente consagrada, não pressupõe um estatuto específico, “no sentido de que são

as suas disposições, ainda que de natureza remissiva, que determinam e conformam o respectivo regime jurídico-funcional”. (...)

»O diploma, na parte em que se refere aos juízes dos tribunais judiciais, não viola aquelas disposições conformadoras, mantendo a separação, constitucionalmente imposta, entre o estatuto dos juízes e o estatuto dos trabalhadores que exercem funções públicas. Por um lado, o n.º 3 do artigo 2.º limita-se a estender a aplicação do regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas aos juízes dos tribunais judiciais (cf. o n.º 1 do artigo 2.º com o n.º 3 do mesmo artigo); por outro, tratar-se-á sempre de uma aplicação subsidiária — uma aplicação sem prejuízo do disposto na Constituição e em leis especiais e com as necessárias adaptações» (juíza Maria João Antunes).

«Ao contrário do que se afirma no Acórdão, não há qualquer tendencial equiparação dos juízes aos trabalhadores da Administração Pública, nem qualquer assimilação do estatuto de juiz ao estatuto do funcionário público. Por força desta norma, a eventual aplicação do diploma aos juízes de qualquer jurisdição e aos magistrados do Ministério Público restringir-se-ia a casos lacunares muito pontuais, periféricos e até marginais» (juíza Ana Maria Martins).

40. Quanto a nós, discordamos do acórdão no tocante à lei estatutária, aproximando-nos dos juízes vencidos; e, ao invés, tendemos a concordar com o que nele se escreve sobre a tendencial recondução feita pelo diploma parlamentar do estatuto dos juízes e dos funcionários públicos a um mesmo tratamento normativo.

Estatuto jurídico dos juízes significa que todos eles se encontram sujeitos às mesmas regras quanto a ingresso e progressão na carreira, direitos, imunidades, regalias, incompatibilidades, impedimentos, remunerações, etc. Não significa que tenha de haver uma única lei (embora seja desejável que exista). O essencial é que essa lei ou as leis várias que sejam editadas provenham da Assembleia da República, por força do artigo 164.º, alínea m).

É certo que o artigo 165.º, n.º 1, alínea p), *prima facie* dir-se-ia colocar o estatuto dos magistrados dos tribunais na reserva relativa, mas a *ratio* da reserva absoluta, a natureza de órgãos de soberania dos tribunais e a preferência a dar à norma mais favorável à competência parlamentar excluem-no claramente [o artigo 165.º, n.º 1, alínea p), apenas abrange os magistrados do Ministério Público]. Mas, por sinal, este problema de aparente contradição de dois preceitos constitucionais não foi considerado nem pelo Presidente da República, nem pelo Tribunal Constitucional.

De todo o modo, se pode haver mais de uma lei no âmbito do artigo 215.º, n.º 1, não menos fundamental é que as normas que dela constem

sejam específicas para os juízes, sejam conformadas em razão da sua qualidade de titulares de órgãos de soberania sem se confundir o carácter profissional da respectiva carreira com o dos trabalhadores da Administração pública. A aplicação, ainda que subsidiária de regras de legislação sobre estes trabalhadores aos juízes envolve, pelo menos, o risco de uma inadmissível assimilação.

É por isso que os juízes não têm direito à greve (apesar de, ilegitimamente, já a terem feito duas vezes) e que levanta as maiores reservas sindicais a subsistência de uma associação sindical. É por isso que, por esses mesmos imperativos constitucionais, se justificam plenamente restrições à sua liberdade de expressão ou de petição ou à sua capacidade eleitoral passiva (o artigo 270º da Constituição não pode ser interpretado *a contrario*).

Para uma futura revisão constitucional ficará estender o princípio do corpo único e do regime único aos juízes dos tribunais administrativos e dos demais tribunais.

11. PRECEDÊNCIAS PROTOCOLARES. AUTONOMIA LEGISLATIVA REGIONAL

41. A Assembleia Legislativa Regional dos Açores aprovou um decreto concernente às precedências protocolares e, complementarmente, ao luto por falecimento de titulares de órgãos da Região que o Representante da República considerou conter normas feridas de:

- inconstitucionalidade orgânica, por regular relações entre titulares de órgãos do Estado e órgãos de governo próprio da Região e, assim, extravasar do âmbito regional; por se tratar de matérias não contempladas no estatuto da Região e não correspondentes a interesse específico (se é que essa figura ainda subsistia); e por versar sobre matérias de reserva de competência legislativa da Assembleia da República;
- inconstitucionalidade material, por quebrar o princípio da congruência entre a posição protocolar dos titulares de certos órgãos com assento na Constituição e o respectivo estatuto.

O Tribunal Constitucional, chamado a pronunciar-se em fiscalização preventiva, viria a dar provimento ao pedido através do acórdão nº 258/2007, de 17 de Abril¹⁰ um acórdão elucidativo da evolução da autonomia

¹⁰ *Diário da República*, 1ª série, nº 93, de 15 de Maio de 2007.

legislativa regional ao longo de sucessivas revisões constitucionais, bem como da jurisprudência do próprio Tribunal.

42. O acórdão tem dois pontos de partida: a consideração do âmbito territorial e a dos fins, dos fundamentos e dos limites de autonomia. E daí chega a uma visão desse âmbito como também tendo uma componente material.

Assumindo o requisito do «âmbito regional» uma componente territorial e uma componente material, haveria que reconhecer que esta última dimensão fora desrespeitada pelas normas questionadas ao pretenderem regular o protocolo de cerimónias que, apesar de realizadas no território da Região, são promovidas por entidades públicas que não são «órgãos regionais» e ao abrangerem nessa regulação entidades que, designada-mente, «representam» órgãos de soberania.

As regras de precedências protocolares das altas entidades públicas deveriam constituir uma projecção visível da arquitectura constitucional do Estado, assumindo uma dimensão simbólica que convoca a intervenção do legislador nacional, sendo actualmente insustentável a sua redução a regras de cortesia, desprovidas de juridicidade.

«A isto acrescia que, desde a revisão constitucional de 1997, o regime dos símbolos nacionais integrava a reserva absoluta da competência legislativa da Assembleia da República (artigo 164.º, alínea *s*)), não sendo, admissível a intervenção legislativa regional na matéria, nem primária, nem autorizada (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 227.º da CRP) (...)

»O decreto ao pretender estabelecer o regime protocolar aplicável a cerimónias promovidas por entidades públicas que, apesar de sedeadas na Região Autónoma dos Açores, se encontram fora do âmbito de jurisdição dos órgãos regionais e abrangendo nessa regulação entidades que, designadamente, representam órgãos de soberania, desrespeitaria o limite da competência legislativa regional que a confina ao “âmbito regional”».

Por outro lado, a matéria em causa, tendo uma natureza relacional, não se esgotava nem poderia ser perspectivada isoladamente a propósito da definição dos estatutos de cada uma das entidades envolvidas. Como englobava, nesse tratamento relacional, titulares de órgãos de soberania, o legislador para tal competente não poderia deixar de ser o legislador nacional, por ser o único que se situaria numa posição de supra-ordenação relativamente a todas essas entidades.

Tratar-se-ia, assim, de matéria que, mesmo que se considerasse não incluída na reserva de competência legislativa da Assembleia da Repúbli-

ca, sempre reclamaria a intervenção do legislador nacional, justamente por afectar o posicionamento institucional de entidades pertencentes a distintos poderes do Estado e outros corpos públicos, sendo certo que as reservas assinaladas a este entendimento «amplo» da «reserva da República», que padeceria de um «sincretismo de critérios», se esbateram face ao desaparecimento do critério reportado ao respeito das leis gerais da República.

43. O juiz Rui Pereira votou vencido quanto à questão da inconstitucionalidade orgânica, por entender que a restrição do poder legislativo regional a titulares dos órgãos regionais inviabilizava qualquer legislação regional sobre precedências protocolares e de luto, fosse ele qual fosse. Com efeito, tal regime relacionaria, inevitavelmente, os órgãos regionais com outras entidades públicas. Mas, ao fazê-lo, não sai do âmbito regional. O que interessava era saber se o regime versava ou não sobre cerimónias regionais (ou seja, cerimónias promovidas por órgãos regionais e no âmbito do território da respectiva região, ainda que contando com a presença de outras entidades).

Pelo seu carácter relacional, as regras protocolares não poderia fazer parte integrante do estatuto de um órgão do Estado. Se assim fosse, poderia cair-se em contradição na atribuição de precedências, visto que a competência para legislar sobre os vários órgãos seria diversificada, pertencendo à Assembleia da República ou ao Governo.

Após a revisão constitucional de 2004, a repartição de competências entre os órgãos de soberania e as Regiões Autónomas teria mudado de configuração. Se antes valia uma regra de tendencial alternatividade, assente, sobretudo, no requisito do interesse específico, agora valeria uma regra de concurso em todas as matérias de âmbito regional previstas nos estatutos e não reservadas aos órgãos de soberania. No caso de concurso de leis com o mesmo objecto, prevaleceria a legislação regional, por força do n.º 2 do artigo 228.º da Constituição.

Em contrapartida, o mesmo juiz entendeu que o diploma regional era materialmente inconstitucional, seguindo os argumentos aduzidos pelo Representante da República.

44. Quando a nós, a mudança trazida pela Lei Constitucional n.º 1/2004 arredou alguns, dos problemas atinentes ao domínio da autonomia legislativa regional (embora não todos). Não há agora mais que indagar se, em abstracto ou em concreto, existe interesse específico, como causa da legislação regional ou qualquer outro fundamento habitante.

Doravante, o critério decisivo vem a ser o territorial ou geográfico, num alcance tanto positivo como negativo. Doravante, cada uma das

Assmbleias Legislativas pode legislar sobre quaisquer matérias, desde que não reservadas à Assembleia da República (ou, estando compreendidas na reserva relativa desta, contanto que, em certas matérias, munida da necessária autorização legislativa). Mas, evidentemente, só pode legislar para a região.

Não obstante, continua a prever-se urna lista de matérias em que se desdobra a autonomia — aquelas que, estejam enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo (como se lê no novo artigo 228.º, n.º 1, que, assim, conforme as ópticas adoptadas, procede ou a uma desconstitucionalização por cotejo com o anterior artigo 228.º ou a uma constitucionalização do correspondente preceito estatutário). Simplesmente [e a despeito da inexistir equivalente à alínea o) do artigo 228.º de 1997] essa lista tem de se entender — em face dos artigos 112.º, n.º 4, e 227.º, n.º 1, alínea c) — como lista aberta.

A esta luz, tenderíamos a dar razão ao juiz Rui Pereira contra a maioria formada no Tribunal Constitucional.

Por outro lado, continuamos a contestar a orientação há muito seguida pelo Tribunal Constitucional de integrar na reserva dos órgãos de soberania não só matéria especificamente indicada em normas constitucionais mas também todas as que reclamam a intervenção do legislador nacional. Isso afecta, em muito, a autonomia.

Uma coisa é haver leis de âmbito nacional, para além das normas de reserva, sobre quaisquer matérias — até porque o Estado português é um Estado unitário¹¹. Outra coisa é subtrair tais matérias à intervenção do legislador regional, ainda que se recorte um âmbito territorial regional. Aliás, do artigo 228º, n.º 2 da Constituição, após 2004, decorre claramente que, fora da reserva das competências dos órgãos de soberania, os decretos legislativos regionais podem substituir, nas regiões respectivas, a legislação antes editada por esses órgãos.

12. ESTATUTOS DAS REGIÕES AUTÓNOMAS E LEI DAS FINANÇAS REGIONAIS; PRINCÍPIOS DA CONFIANÇA E DA SOLIDARIEDADE REGIONAL

45. A Constituição atribui o poder de iniciativa de fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis orgânicas não só ao Presidente da República (como é regra geral) mas também ao Primeiro-Ministro e a um quinto dos Deputados. Tal fundamenta-se na relevância específica das ma-

¹¹ Por isso, deve ter-se por incorrecta e menos feliz a referência no acórdão, no nº 10 do texto, a «ordem jurídica estadual» e a «ordem jurídica regional». Só há uma ordem jurídica em Estado unitário, embora possa abranger, como sucede quando haja regiões autónomas, uma pluralidade de órgãos e de formas de criação legislativa.

térias sobre que versam (artigo 166º, nº 2) e que justifica um regime específico de maioria de aprovação (artigo 168º, nº 5) e de, em caso de veto político presidencial, de confirmação parlamentar (artigo 176º, nº 3).

Uma dessas leis é a das finanças das regiões autónomas e algumas das normas do diploma que aprovava uma nova lei sobre a matéria foram arquivadas no Tribunal Constitucional por 48 Deputados com fundamento em que violavam o princípio constitucional da prevalência dos estatutos político-administrativos das regiões autónomas em face das restantes leis, mesmo as de valor reforçado, bem como o princípio da confiança ínsito no Estado de Direito democrático, e o princípio da solidariedade nacional.

Pelo seu acórdão nº 11/2007, de 12 de Janeiro¹², o Tribunal Constitucional não se pronunciou pela inconstitucionalidade, não sem antes recusar-se a conhecer da eventual violação de normas estatutárias, pois a fiscalização preventiva apenas tem por objecto a inconstitucionalidade e não a ilegalidade (artigo 278º da Constituição).

46. Concentrando então a sua indagação no princípio da confiança, alegadamente infringido por a nova lei vir reduzir as transferências financeiras do Estado para a Região Autónoma da Madeira, o Tribunal salientou que só faria sentido convocá-lo se se desencadeasse uma entorse total ou abrupta de expectativas de acentuada consistência na manutenção do ordenamento anterior.

Mas, para o Tribunal os preceitos atacados não implicavam uma constrição total, desmesurada, intolerável e arbitrária das transferências e percepções de receitas daquela Região, não deixando, por essa razão, de ser cumprido, ainda que sem o avultamento anterior, um regime que, do ponto de vista da participação nas receitas tributárias do Estado e de outras receitas que lhe sejam atribuídas, respeita o regime autonómico regional.

Por outro lado, dada a «historicidade» do problema, não poderia considerar-se como dotada de consistência suficiente uma expectativa ancorada numa quantificação rígida (no sentido de, ao menos, não poder ser objecto de diminuição ou constrição) do valor das transferências que defluíam de uma vigente lei de financiamento das Regiões Autónomas.

Assim, aceitando embora que, por parte dos órgãos de governo das Regiões Autónomas, houvesse expectativas na manutenção de um regime de financiamento tal como aquele que resultava da então vigente lei de financiamento, com vista ao cumprimento dos programas políticos com que se tinham apresentado a sufrágio — e até com as inerentes repercussões nas populações que iriam desfrutar das concretizações práticas desses

¹² *Diário da República*, 2ª série, nº 26, de 6 de Fevereiro de 2007.

programas —, certo é que tais expectativas (ou, se se quisesse, o «investimento» na confiança de manutenção da legislação vigente) não podiam revestir-se de uma consistência tal que pudesse impedir o legislador nacional de adoptar outras soluções, as quais se não apresentavam, pela realidade do «passado legislativo», como manifestamente inusitadas e imprevisíveis e não iam afectar desmesuradamente os mínimos de certeza e segurança em que essas expectativas se fundariam, sendo ainda certo que eram carreadas (cfr. as aludidas exposição de motivos e intervenção ministerial perante o Parlamento) razões que, *prima facie* se não antolham como injustificadas ou sem suporte material bastante.

47. Quanto ao princípio da solidariedade nacional [artigos 225º, nº 2, 227º, nº 1, alínea j), e 230º, nº 1] que seria ofendido por não se permitir agora a assunção de responsabilidade pelo Estado de obrigações das Regiões Autónomas, também o acórdão entendeu que ele não era violado.

Esse princípio não podia ser perspectivado por forma a dele se extrair uma só direcionalidade, a de a solidariedade representar unicamente a imposição de deveres do Estado para com as Regiões Autónomas. Como era uma das tarefas fundamentais do Estado a de promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, *inter alia*, o carácter ultraperiférico dos Açores e da Madeira [alínea g) do artigo 9º da Constituição], e como a autonomia das Regiões, a par da participação democrática dos cidadãos, do desenvolvimento económico-social e da promoção e defesa dos interesses regionais, visava o reforço da unidade nacional e dos laços de solidariedade de todos os portugueses (nº 2 do artigo 225º), tornava-se inequívoco que não poderiam deixar de ser ponderados também os interesses das populações do território nacional no seu todo, e, conseqüentemente, as próprias populações do território «historicamente definido no continente europeu» (artigo 5º).

De qualquer sorte, afora essa circunstância, nenhuma norma se divisava na Lei Fundamental de onde decorresse a imperatividade de o Estado assumir as responsabilidades pelas obrigações contraídas pelas Regiões Autónomas ou ainda que, consoante as circunstâncias, tivessem obrigatoriamente de pesar se, numa concreta situação, essa assunção poderia e deveria vir a efectuar-se.

De resto, o princípio da solidariedade poderia vir a ser concretizado por muitas outras formas de ajuda que não só pela assunção de responsabilidades e do artigo 36º do Decreto da Assembleia da República não se extraí que essas outras possíveis formas estivessem afastadas.

Sem negar se é sobremaneira relevante para a concessão de um empréstimo, a consideração de quem possa garantir ou avalizar a obrigação ou as obrigações que dele decorram, o menos certo era o Decreto conter

outras vertentes prescritivas que, acolhendo-se no princípio da solidariedade, iriam minimizar a proibição de prestação de garantia aos empréstimos a emitir pelas Regiões Autónomas.

48. O acórdão suscitou votos de vencido, um dos quais (o do juiz Mário Torres) sustentou que as relações financeiras entre o Estado e as regiões autónomas constituíam matéria estatutária.

A Constituição acolheria o princípio segundo o qual nos estatutos político-administrativos se compreendia a autonomia financeira regional e, ao fazê-lo, reconheceria que as demais leis, incluindo a das finanças regionais, teriam de se lhe subordinar. Seria a própria Constituição [artigo 227º, nº 1, alínea j)] a deixar ao legislador estatutário margem para definir matérias com a disposição das receitas fiscais cobradas ou geradas nas Regiões, a participação nas receitas tributárias do Estado, a disposição de outras receitas que lhes fossem atribuídas e para afectá-las as suas despesas.

Discordamos, em absoluto, desta tese. Se antes da revisão constitucional de 1997 já podia e devia considerar-se que as finanças regionais não se integravam no âmbito estatutário, por não se reportarem nem às atribuições, nem ao sistema de órgãos da autonomia, a partir de então nenhuma hesitação se torna admissível.

Cometendo a uma lei específica o regime das relações financeiras entre o Estado e as regiões autónomas, *ipso facto* a Constituição veda aos estatutos o integrarem-nas no seu corpo normativo. É o mesmo que sucede com as eleições dos Deputados às Assembleias Legislativas, também inseridas na reserva absoluta de competência da Assembleia da República e alvo de leis orgânicas [artigos 164.º, alínea j) e 166.º, n.º 2], mas já não o que sucede com o estatuto dos titulares dos órgãos regionais, em contraste com os estatutos dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local [artigo 164º, alínea l)]. Ou o que ainda sucede com o regime geral de elaboração e organização dos orçamentos [artigo 164º, alínea r)].

Eis um caminho seguríssimo de destrinça, pela negativa (complementar da definição pela positiva) do que possa ou não sujeitar-se aos estatutos.

Mais: a lei prevista nos artigos 164º, alínea t), e 229.º, n.º 2 é de produção obrigatória, o legislador parlamentar tem o dever de a editar — e de a editar tanto por estar ali prescrita como por representar uma forma de realização dos mencionados objectivos constitucionais de coesão interterritorial; e, se não a editar, incorrerá em inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º).

Mais ainda: doravante, qualquer preceito do estatuto de qualquer das regiões autónomas que pretenda dispor sobre o objecto próprio da lei das

finanças regionais deve reputar-se inconstitucional. E inconstitucional tanto por insuficiência de forma — por causa da exigência de maioria qualificada das leis orgânicas — quanto por desvio de forma — a localização em lei inadequada constitucionalmente¹³.

49. Tão pouco se justificaria uma supremacia dos estatutos relativamente a quaisquer leis, e muito menos relativamente às leis de valor reforçado a que se referem os artigos 112º, nº 3, 280º, nº 2, alínea *a*) e 281º, nº 1, alínea *b*).

E isso por duas ordens de motivos. Primo, não existe uma garantia aberta de prevalência das normas estatutárias. Nem poderia existir, tendo em conta a função dos estatutos. Secundo, a vinculatividade geral derivada dos estatutos não tem natureza distinta da das leis orçamentais e assemelha-se à do referendo político nacional com resposta negativa, apesar de este não ser em rigor uma lei reforçada.

Os estatutos são leis reforçadas. Mas, assim como nenhuma lei é por natureza dotada de maior força do que outra, também nenhuma lei reforçada é mais reforçada do que outra ou outras. Não há relações hierárquicas entre leis reforçadas.

50. Voltando ao acórdão, aceitamos sem reservas o argumentário demonstrativo de não violação pela nova lei das finanças regionais do princípio da solidariedade nacional.

Ao invés, quanto ao princípio da confiança, não ficámos inteiramente convencidos de que não tenha sido atingido, apesar das «salvaguardas» contidas no diploma. Eis um ponto que mereceria maior aprofundamento do que aquele que lhe foi conferido pelo Tribunal.

¹³ O Tribunal Constitucional já fora chamado a decidir questão análoga.

Estavam, na altura, em causa normas da lei de enquadramento orçamental e da lei das finanças das regiões autónomas e elas eram contestadas – pela Assembleia Legislativa Regional dos Açores – por, entre outros fundamentos, regularem matéria que seriam «conteúdo necessário» dos estatutos, por regularem matéria que seria «matéria estatutária, na sua dimensão essencial».

Pelo acórdão nº 567/04, de 22 de Setembro de 2004, tirado por unanimidade, sem negar a existência de uma reserva de estatuto, o Tribunal entendeu que fora dela se encontrava «necessariamente» o regime das finanças das regiões autónomas e, nomeadamente, a matéria das relações financeiras entre a República e as regiões autónomas; e, em consequência, não declarou nem a inconstitucionalidade, nem a ilegalidade das normas então impugnadas.

13. INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS DOS TITULARES DOS ÓRGÃOS DAS REGIÕES AUTÓNOMAS. RESERVA DE ESTATUTO

51. Como se sabe, a par da força geral de lei, recorta-se uma força específica (ou uma pluralidade de forças específicas de lei), que se traduz na peculiar consistência atribuída a certas leis em face de outras leis na medida em que não podem ser afectadas ou contraditadas por elas, à margem do postulado *lex posterior* ...

É o que acontece com a subordinação às leis de autorização legislativa e às leis de bases dos correspondentes decretos-leis e decretos legislativos regionais autorizados ou de desenvolvimento (art. 112.º, n.º 2); com a posição dos estatutos das regiões autónomas em face das leis que os contradigam [arts. 280.º, n.º 2, alíneas b) e c), e 281.º, n.º 1, alíneas c) e d)]; e, em geral, com as chamadas leis de valor reforçado [arts. 112.º, n.º 3, 180.º, n.º 2, alínea a), e 281.º, n.º 1, alínea b)].

Na sua origem — em Portugal como noutros países — acha-se uma crescente complexidade tanto a nível de forma de Estado como no entrosamento dos órgãos legislativos, a expansão das tarefas públicas e fortes imperativos materiais que apenas a Constituição pode considerar ou engendrar, e não qualquer lei frente a outras ou a terceiras leis.

Mas a qualificação de uma lei como reforçada não depende da designação que o legislador lhe confira. Depende da verificação dos requisitos de qualificação constitucionalmente fixados, os quais têm que ver essencialmente com o objecto da lei, com as matérias sobre que versa, com a função que pretende exercer e, em alguns casos, complementarmente, com o respectivo procedimento. Daí dois corolários evidentes: 1º) a reserva à lei de valor reforçado das matérias que a Constituição venha a fixar; 2º) e em contrapartida, a irrelevância da inserção numa lei de valor reforçado de qualquer outra matéria, não beneficiando, por isso, desse valor reforçado.

No tocante aos estatutos das regiões autónomas, o valor reforçado serve, essencialmente, de salvaguarda da autonomia. E a função de cada estatuto (note-se político-administrativo) consiste em definir as atribuições regionais e os meios correspondente (artigo 227.º da Constituição), bem como o sistema de órgãos de governo próprio da região, incluindo os estatutos dos respectivos titulares (artigo 231.º); ou, em geral, em desenvolver, explicitar ou concretizar as normas do título VI da parte III da Lei Fundamental, adequando-as às especificidades e às circunstâncias mutáveis dessa região.

É ainda por essa razão que, numa linha compromissória, que remonta à Assembleia Constituinte, a iniciativa estatutária compete à Assembleia

Legislativa de cada região, mas a decisão final (a aprovação, com ou sem emendas, ou a rejeição) compete à Assembleia da República.

52. O Tribunal Constitucional fez, de certo modo, uma aplicação desta doutrina no acórdão nº 382/2007, de 3 de Julho¹⁴, sobre incompatibilidades e impedimentos dos Deputados às Assembleias Legislativas.

Estava em causa a deficiência do estatuto da região autónoma da Madeira a esse respeito e o decreto submetido à apreciação do Tribunal — em fiscalização preventiva — visava equiparar o regime dos Deputados regionais aos Deputados à Assembleia da República. Mas, como se tratava de matéria típica de estatuto regional, a Assembleia da República, apesar de gozar de uma reserva absoluta de competência para legislar [artigo 161º, alínea *b*), não artigo 164º, alínea *m*)], só o podia fazer precedendo proposta de lei vinda de qualquer das Assembleias Legislativas regionais.

Não tendo havido tal iniciativa, o diploma padecia, necessariamente, de inconstitucionalidade formal.

53. O acórdão não deixou de observar que a reserva de iniciativa à Assembleia Legislativa poderia originar situações de rigidez, colocando-se então a questão de como superar a inércia regional, sobretudo quando a manutenção da norma estatutária existente pudesse ser acusada de desconformidade com princípios constitucionais.

A única via para afastar esse *status quo* seria, segundo o Tribunal, desencadear um processo de revisão constitucional que conferisse à Assembleia da República o poder de iniciativa que lhe faltava.

Quanto a nós, porém, havia ainda que contar com a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283º). Se se entendesse que a deficiência registada no estatuto da Madeira significava, no fundo, o não conferir exequibilidade ao princípio da previsão de incompatibilidades e impedimentos, com a necessária densificação, então ocorreria inconstitucionalidade por omissão; e o Presidente da República bem poderia requerer a fiscalização ao Tribunal Constitucional e este, em caso positivo, bem poderia dar disso conhecimento à Assembleia Legislativa regional daquela região.

Porque nem o Presidente da República está circunscrito, neste domínio, à legislação nacional (ao contrário dos presidentes das Assembleias Legislativas, os quais só podem cuidar da legislação regional). Nem o Tribunal Constitucional só pode comunicar com o órgão com competência para legislar. Havendo reserva de iniciativa, o sentido útil do sistema postula a possibilidade de ele se dirigir ao órgão de iniciativa.

¹⁴ *Diário da República*, 1ª série, nº 144, de 27 de Junho de 2007.

54. O acórdão colocou ainda o problema de saber se o princípio da unidade da Constituição ou outros princípios não implicariam, só por si, a faculdade de a Assembleia da República legislar na matéria em causa à margem da iniciativa regional. Colocou-o para concluir — e bem — que tal não era possível.

Desde logo, se do artigo 117.º, n.º 2, da Constituição resultaria claramente uma imposição legiferante no sentido de serem legalmente estabelecidos os direitos, responsabilidades e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos, as consequências do respectivo incumprimento e os respectivos direitos, regalias e imunidades, já do mesmo não decorreria a imposição de esse tratamento ser uniforme, quer formal, quer substancialmente.

Mesmo entre os Deputados à Assembleia da República, por um lado, e os Deputados às assembleias legislativas das Regiões Autónomas, a Constituição não imporia — embora tão pouco impedisse — uma total equiparação de regime, designadamente em matéria de incompatibilidades e impedimentos. Dependeria da liberdade de conformação da Assembleia da República e da ponderação a que procedesse quanto ao peso relativo dos diversos factores em presença — designadamente, a diferente natureza dos órgãos em causa (a Assembleia da República é um órgão de soberania e as Assembleias Legislativas regionais não o são), a alegada menor área de recrutamento de Deputados regionais qualificados ou a menor duração dos trabalhos parlamentares regionais — a opção entre um regime de total uniformidade ou um regime mais ou menos diferenciado.

Por outro lado, não parecia possível diferenciar, dentro do regime de incompatibilidades e impedimentos dos Deputados regionais, uma dimensão regional e uma dimensão nacional consoante a causa da incompatibilidade ou do impedimento fosse o exercício de cargos ou actividades de âmbito regional ou nacional, respectivamente. Mesmo quando a «causa» fosse «nacional» (por exemplo, o exercício de funções como Deputado à Assembleia da República ou o patrocínio de acções contra o Estado), do que, no caso, se tratava era sempre de determinar uma restrição ao mandato de Deputado regional, o que constituía matéria necessariamente estatutária, por imposição constitucional.

Não era, assim, sustentável, designadamente por apelo ao princípio da unidade do Estado, a existência de uma «concorrência de competências» entre «lei comum» da Assembleia da República (que trataria das incompatibilidades e impedimentos dos Deputados regionais por causas «nacionais») e «lei estatutária» da mesma Assembleia (que trataria das incompatibilidades e impedimentos dos deputados regionais por causas «regionais»), até porque a motivação central da iniciativa legislativa em causa (impedir a intervenção dos Deputados regionais da Madeira em assuntos

em que sejam interessadas empresas regionais a que estejam ligados) respeitava fundamentalmente à pretensa «dimensão regional» do regime de incompatibilidades e impedimentos.

A juíza Ana Maria Martins, que votou vencida, sustentou um entendimento próximo dessa «concorrência de competências». Mas, a nosso ver, não procedente em face do princípio geral da competência dos órgãos.