

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM 2006

Por JORGE MIRANDA

SUMÁRIO

1. VOLUME DAS DECISÕES.—2. PRINCIPAIS DECISÕES.—3. O REFERENDO NACIONAL E A SUA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA.—4. UM NOVO REFERENDO SOBRE A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ.—5. CADUCIDADE DO PRAZO PARA INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE E DA PATERNIDADE.—6. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO, ESTATUTOS, VOTO POR PROCURAÇÃO.—7. FINANÇAS LOCAIS, IGUALDADE TRIBUTÁRIA, AUTONOMIA MUNICIPAL.—8. O DEBATE DOUTRINAL SOBRE O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. Em 2006, o Tribunal Constitucional proferiu os seguintes acórdãos, classificados em razão das diversas competências que a Constituição lhe atribui:

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

— Decisões sobre reclamações a respeito da admissibilidade de recursos	122
— Decisões sobre questões de processo	351
— Decisões de mérito	197
— Outras decisões	3
	<hr/>
	673

* 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 abstracta

— Decisões em fiscalização preventiva	4
— Decisões em fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção	11
— Decisões em fiscalização da inconstitucionalidade por omissão	0
	<hr/>
	15

Eleições e referendos

— Decisões sobre candidaturas à Presidência da República	1
— Decisões em contencioso eleitoral	1
— Decisões sobre referendos locais	1
— Decisões sobre referendos nacionais	1
	<hr/>
	4

Partidos

— Decisões sobre partidos e coligações	4
— Decisões sobre financiamento dos partidos	8
— Decisões sobre recursos de decisões de órgãos partidários	2
	<hr/>
	14

Outras competências

— Decisões sobre declarações de rendimentos e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos	6
--	---

2. Comparando com as decisões de 2005, verifica-se uma grande estabilidade por tipos e áreas de competência. Os números são quase iguais. Continua a dar-se predominância de fiscalização concreta. E, ao mesmo tempo, mais uma vez, a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão fica esquecida, por *omissão* dos órgãos que a poderiam desencadear (o Presidente da República e o Provedor de Justiça), apesar de não faltarem normas constitucionais não tornadas exequíveis e relativamente às quais poderia ser desencadeado o mecanismo do art. 283º da Constituição.

2. AS PRINCIPAIS DECISÕES

3. No domínio dos direitos, liberdades e garantias avultam:

- Acórdão nº 5/2006, de 3 de Janeiro (intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias);

- Acórdão nº 18/2006, de 6 de Janeiro (liberdade de associação, estatutos, voto por procuração);
- Acórdão nº 23/2006, de 10 de Janeiro (caducidade do prazo para investigação da maternidade);
- Acórdão nº 104/2006, de 7 de Fevereiro (garantias de defesa em processo civil);
- Acórdão nº 277/2006, de 2 de Maio (família, casamento, divórcio);
- Acórdão nº 333/2006, de 18 de Abril (liberdade de expressão, publicidade e propaganda);
- Acórdão nº 528/2006, de 27 de Setembro (princípio da igualdade, função pública, igualdade de remunerações);
- Acórdão nº 617/2006, de 15 de Novembro (interrupção voluntária da gravidez);
- Acórdão nº 658/2006, de 28 de Novembro (direitos de defesa em processo civil).

4. No domínio das garantias de Direito e processo penal são de citar os seguintes acórdãos:

- Acórdão nº 4/2006, de 3 de Janeiro e acórdão nº 660/2006, de 28 de Novembro (escutas telefónicas, intervenção de juiz, garantias do processo penal);
- Acórdão nº 64/2006, de 24 de Janeiro (recursos em processo penal);
- Acórdão nº 67/2006, de 24 de Janeiro (suspensão provisória do processo, intervenção do Ministério Público);
- Acórdão nº 145/2006, de 22 de Fevereiro (direito de acesso a tribunal, intervenção do ofendido);
- Acórdão nº 208/2006, de 22 de Março (prazos de prisão preventiva);
- Acórdão nº 321/2006, de 17 de Maio (processo penal tributário, questões prejudiciais);
- Acórdão nº 381/2006, de 27 de Junho (garantias de processo penal, ónus de especificação a cargo do recorrente);
- Acórdão nº 404/2006, de 22 de Julho (*habeas corpus*, prisão preventiva, prazos);
- Acórdão nº 527/2006, de 27 de Setembro (aplicação de lei penal mais favorável);
- Acórdão nº 545/2006, de 27 de Setembro (prazos para interposição dos recursos em processo penal);
- Acórdão nº 628/2006, de 15 de Novembro (recursos em processo penal, princípio da igualdade);
- Acórdão nº 638/2006, de 21 de Novembro (duplo grau de jurisdição em caso de privação ou restrição de direitos fundamentais).

5. No campo dos direitos dos trabalhadores e direitos sociais, apontem-se:

- Acórdão nº 34/2006, de 11 de Janeiro (direito a justa reparação por acidente de trabalho ou por doença profissional);
- Acórdão nº 147/2006, de 22 de Fevereiro (princípio da igualdade, pensões por acidentes de trabalho);
- Acórdão nº 276/2006, de 2 de Maio (direitos dos trabalhadores, despedimentos, providências cautelares para suspensão de despedimentos);
- Acórdão nº 302/2006, de 9 de Maio (regime da aposentação);
- Acórdão nº 366/2006, de 21 de Junho (segurança social, contagem de tempo para aposentação, trabalho de aposentados);
- Acórdão nº 437/2006, de 12 de Julho (princípio da igualdade, carreiras contributivas dos trabalhadores);
- Acórdão nº 438/2006, de 12 de Julho (remição obrigatória total das pensões vitalícias atribuídas por morte em acidente de trabalho, princípio da confiança, justa reparação por acidentes de trabalho);
- Acórdão nº 522/2006, de 26 de Setembro (princípio da igualdade, uniões de facto, pensões de sobrevivência);
- Acórdão nº 636/2006, de 21 de Novembro (direitos de associações sindicais, participação procedimental, impugnação de actos administrativos);
- Acórdão nº 654/2006, de 28 de Novembro (apoio judiciário, rendimento mínimo).

6. No campo económico e financeiro, avultam:

- Acórdão nº 105/2006, de 22 de Fevereiro (utilização pelos particulares do domínio público);
- Acórdão nº 285/2006, de 3 de Maio (autonomia financeira das autarquias locais, taxas, Santa Casa da Misericórdia de Lisboa);
- Acórdão nº 337/2006, de 18 de Maio (reforma agrária, expropriações na reforma agrária, nacionalização, indemnizações, não devolução do património expropriado);
- Acórdão nº 345/2006, de 18 de Maio (execução fiscal, princípio da igualdade);
- Acórdão nº 646/2006, de 28 de Novembro (direitos dos contribuintes, acesso à justiça, produção de prova testemunhal);
- Acórdão nº 711/2006, de 29 de Dezembro (nova lei das finanças locais).

7. No tocante às relações entre as normas do Estado e as normas das regiões autónomas mencionem-se:

- Acórdão nº 130/2006, de 14 de Fevereiro (regimento do Conselho de Ministros, audição das regiões autónomas, processo legislativo governamental);
- Acórdão nº 262/2006, de 27 de Abril (gestão das escolas na Madeira, lei de bases, autonomia legislativa regional, princípio democrático).

8. Fora do domínio da fiscalização da constitucionalidade, vale a pena referir o acórdão nº 563/2006, de 17 de Outubro, sobre contas dos partidos políticos.

3. O REFERENDO NACIONAL E A SUA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA

9. O referendo a nível nacional, introduzido na Constituição de 1976, pela revisão de 1989, assenta nas seguintes regras básicas:

- a) Tem de versar sobre questões de relevante interesse nacional, excluindo-se, porém, entre outras, alterações à Constituição;
- b) Essas questões têm de ser da competência do Parlamento ou do Governo, através da aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo;
- c) O povo não é, pois, chamado, ele, a votar directamente uma convenção ou uma lei; é, sim, chamado a decidir se o Parlamento ou o Governo a deve ou não aprovar;
- d) Não há referendo obrigatório sobre nenhuma matéria, salvo o caso particular do referendo relativo à criação de regiões administrativas (art. 256º);
- e) O referendo só pode realizar-se quando haja vontades concordantes do Parlamento ou do Governo (órgãos de iniciativa) e do Presidente da República (órgão de convocação);
- f) As perguntas, em número máximo de três, devem ser formuladas com objectividade, clareza e precisão;
- g) A proposta de referendo está sujeita a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional [art. 223º, nº 2, alínea f)];
- h) Os princípios gerais de Direito eleitoral aplicam-se ao referendo;
- i) Nos referendos são também chamados a participar cidadãos recenseados no estrangeiro com laços de efectiva ligação à comunidade

nacional quando os referendos incidam sobre matéria que lhes diga também especificamente respeito;

- j) O referendo só tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento.

10. A fiscalização preventiva do referendo nacional — tal como a do referendo regional e local (artigos 115º, nº 3, 232º, nº 2 e 240º da Constituição), embora tenha traços comuns com a fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis e das convenções internacionais (artigos 278º e 279º), implica, pela natureza das coisas, um regime bastante diferenciado.

Traços comuns são o prazo de oito dias para a sujeição das propostas de referendo ao Tribunal Constitucional (artigo 278º, nº 3 da Constituição, e artigos 26º da Lei Orgânica nº 15-A/98, de 3 de Abril, e 25º da Lei Orgânica nº 4/2000, de 24 de Agosto) e o prazo de vinte e cinco dias para o Tribunal decidir, o qual pode ser encurtado (artigo 278º, nº 8 da Constituição, e artigo 27º da Lei Orgânica nº 15-A/98).

As diferenças são as seguintes:

- a) Quanto ao objecto — normas nos artigos 278º e 279º, e no artigo 223º, nº 2, alínea f), para além do procedimento, a pergunta ou as perguntas submetidas a referendo (artigo 115º, nº 6) e as normas que possam resultar de resposta positiva, de alteração da ordem jurídica (mas não as normas vigentes aquando da realização do referendo e que continuem vigentes em caso de resposta negativa);
- b) Quanto à extensão — também a apreciação de legalidade, e não só de constitucionalidade, e ainda a apreciação dos requisitos relativos ao universo de cidadãos participantes, bem como da objectividade, clareza e precisão das perguntas ou pergunta;
- c) Quanto à fundamentação do pedido — necessária na fiscalização do artigo 278º (artigo 51º, nº 5 da Lei nº 28/82), descabida aqui, por não haver pedido;
- d) Quanto à abertura do processo — de livre iniciativa do Presidente da República ou do Representante da República no artigo 278º e obrigatória, aqui, para o Presidente da República (artigo 26º da Lei Orgânica nº 15-A/98);
- e) Quanto à natureza do prazo para a abertura de processo — preclusivo no artigo 278º (passados os oito dias já não é possível requerer a fiscalização), não preclusivo aqui (a abertura do processo para além dos oito dias constitui mera irregularidade);
- f) Quanto à contagem do prazo — no artigo 278º a contar da recepção do diploma; e, aqui, no referendo nacional, a contar da pu-

- blicação da respectiva resolução da Assembleia da República (artigo 26º da Lei Orgânica nº 15-A/98);
- g) Quanto ao contraditório — necessidade de audição do autor da norma na fiscalização preventiva do artigo 278º (artigo 54º da Lei nº 28/82); mas não do autor da proposta de referendo, embora, no referendo nacional, o Presidente da República possa enviar ao Tribunal Constitucional os elementos de instrução que tenha por convenientes (artigo 29º, nº 1, da Lei Orgânica nº 15-A/98);
 - h) Quanto à desistência do pedido — possível na fiscalização do artigo 278º (artigo 53º da Lei nº 28/82), impossível aqui por a apreciação ser obrigatória;
 - i) Quanto à reformulação após pronúncia pela inconstitucionalidade — possibilidade de o Presidente da República promulgar ou o Representante da República logo assinar o diploma (artigo 279º, nº 2, da Constituição); mas necessidade de a proposta de referendo nacional reformulada ter de ser submetida a nova apreciação pelo Tribunal (artigo 28º, nº 3, da Lei Orgânica nº 15-A/98);
 - j) Quanto à confirmação — admitida a confirmação parlamentar do acto objecto de pronúncia pela inconstitucionalidade, na fiscalização do artigo 278º (artigo 279º, nº 2, *in fine*, da Constituição); mas não no referendo, pela própria lógica de reforço de constitucionalidade contra factos consumados resultantes de votação popular.

11. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela não inconstitucionalidade da proposta de referendo, poderá vir a apreciar a constitucionalidade de norma emanada na sequência de resposta positiva? Há que distinguir.

Quanto à fiscalização preventiva, se for apenas essa norma, nada justificará nova intervenção do Tribunal. Mas se o diploma legislativo ou a convenção foi para além do objecto de resposta positiva, já nada impedirá o funcionamento dos mecanismos dos artigos 278º e 279º.

Quanto à fiscalização sucessiva, seja concreta ou abstracta, aí o caminho deve entender-se totalmente livre. À semelhança do que sucede com qualquer norma fiscalizada preventivamente, pode a questão ser sempre vir a ser suscitada subsequentemente. A fiscalização preventiva nunca preclui a sucessiva. E o próprio povo também se acha subordinada à Constituição (artigos 3º, nº 1, 10º, nº 1 e 108º).

Ao invés, se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de uma proposta de referendo, por contradição entre a norma correspondente a resultado positivo e certa norma constitucional, poderá o órgão proponente depois aprovar aquela norma?

Por coerência, tem de se entender que tal subsequente aprovação seria inadmissível. Aquela que nem o povo pode aprovar, muito menos pode ser aprovada pelos seus representantes; e é isso também o que decorre da regra da preclusão do poder de decisão relativa a questões submetidas a referendo. Mas com limites: quanto a referendo nacional, até ao termo da sessão legislativa em curso, salvo nova eleição da Assembleia da República, ou até à demissão do Governo (artigo 115º, nº 10 da Constituição).

4. UM NOVO REFERENDO SOBRE A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

12. A Assembleia da República aprovou em Outubro de 2006 uma proposta de referendo, com esta pergunta:

«Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?».

Era uma pergunta igual à que fora apresentada em 1998 também a referendo e que, nessa altura, recebera resposta negativa (embora sem se atingir o patamar de participação de mais de 50% dos eleitores.

Submetida ao Tribunal Constitucional, este, tal como em 1998 (pelo acórdão nº 288/98), pronunciou-se pela não inconstitucionalidade, por sete votos contra seis. Foi o acórdão nº 617/2006, de 15 de Novembro de 2006¹.

13. O acórdão não hesitou quanto à clareza, objectividade e precisão da pergunta.

Os eleitores deviam decidir, em face da única opção que lhes era proposta, se a consideravam aceitável ou rejeitável, mesmo que preferissem outras opções (que não estavam em causa). Eram confrontados apenas com um, e não com todos os dilemas, devendo os dilemas que não estivessem em causa ser por eles ponderados e resolvidos numa perspectiva pessoal, de consciência ou de opção política, para efeito de resposta à (única) questão suscitada. Os dilemas morais, políticos e jurídicos sobre as condições preferíveis de despenalização situavam-se a montante do que era expresso na pergunta, a qual revelava que o legislador apenas pretendia averiguar a opção dos eleitores quanto a uma certa solução (nº 18).

Estando em causa a opção entre a solução de não punição no caso de se verificarem certas indicações (terapêutica, ética e eugénica) e (com excepção do aborto em defesa da vida da mãe) dentro de certos prazos,

¹ *Diário da República*, 1ª série, nº 233, de 20 de Novembro de 2006.

por um lado, e, por outro lado, uma solução de ausência das referidas indicações dentro de um certo prazo, um dos modos possíveis de fazer a pergunta com clareza lógica era questionar os eleitores sobre se concordavam com uma despenalização sem mencionar aquelas indicações — referindo apenas um prazo, com a condição de a interrupção voluntária da gravidez ser realizada em estabelecimento de saúde legalmente autorizado (nº 21).

A referência a estabelecimento de saúde legalmente autorizado não predisponha para uma resposta afirmativa, nem transmite a ideia de que seria absurda a penalização por os estabelecimentos de saúde já estarem legalmente autorizados a realizar tais intervenções.

A não referência a tal condição é que poderia modificar o objecto da pergunta, transfigurando-a em outra, em que estaria em causa uma «liberalização» da interrupção voluntária da gravidez realizada em quaisquer condições sem exigência de protecção da saúde da mulher grávida (sendo realizada por qualquer pessoa, sem a formação profissional e ética é exigida a quem exerça funções e possa vir a praticar tal intervenção num estabelecimento de saúde legalmente autorizado).

Estaria então em causa a despenalização até às 10 semanas da interrupção voluntária da gravidez, incluindo o chamado «aborto clandestino». Mas, por não ser esse o objecto da pergunta, a referência em causa não lhe retirava a objectividade (nº 24).

14. Entrando no cerne da questão, o Tribunal apoiou-se num trecho do acórdão nº 288/98, em que se sustentava que o método dos prazos, tal como surgia na pergunta, realizava uma harmonização ou concordância prática entre os valores conflituantes, pois que tal harmonização ou concordância prática «se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico «vida humana intra-uterina» e, consequentemente, reconhecer um genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subsequentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto.

«Assim, neste último caso, procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de

interesses que tem também como critério o tempo de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar, tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar *isoladamente* que, durante as primeiras dez semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre preva- lecente nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramita- ções legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina)» (nº 31).

O método dos prazos, acrescentou agora o Tribunal, só exprimiria uma absoluta rejeição da protecção jurídica da vida intra-uterina se não exis- tissem, mesmo nessa fase, meios legais de protecção da maternidade na ordem jurídica portuguesa, que deverão actuar no sentido de dar a oportu- nidade à mulher grávida de se decidir pela maternidade.

A criminalização da interrupção voluntária da gravidez seria, aliás, apenas um modo sancionatório de tutela da vida intra-uterina e nunca o meio preferencial de protecção jurídica, dada a natureza do conflito vivi- do pela mulher grávida e o sentido comum da maternidade (na gravidez, estabelece-se, em princípio, uma forte relação emocional, de proximidade e de amor pelo ser em gestação e não meramente uma «relação de respei- to» por um bem alheio) (nºs 31 e 32).

Desta forma, sem divergir, no essencial, da linha de orientação dos Acórdãos nºs 25/84 e 85/85 quanto à dignidade da vida intra-uterina como bem jurídico protegido pela Constituição, independentemente do momen- to em que se entenda que esta tem início, a pergunta referendária não pressuporia o abandono da protecção jurídica da vida intra-uterina e co- locava-se ainda no plano de uma ponderação de valores. Apenas se teria de concluir que à liberdade de manter um projecto de vida era dada uma superior valoração, nesta primeira fase, para efeitos de não-punição, sem que isso quisesse e pudesse implicar «abandono jurídico» da vida intra- uterina (nº 33).

Nesta conformidade, afiguravam-se particularmente importantes, por poderem vir a revelar-se bem mais eficazes que a própria repressão pe- nal, medidas comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como a obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que pudesse ser dada à mulher a informação necessá- ria sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tome a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero.

Estes elementos não constavam da pergunta formulada. Todavia, não seria possível integrá-los a todos na mencionada pergunta sem que esta assumisse proporções inadmissíveis. E nada permitia concluir que, em caso de resposta afirmativa no referendo, não pudessem vir a constar da legislação aprovada na sua sequência (nº 34).

15. Os juízes vencidos contestaram a clareza, a precisão e a objectividade da pergunta.

Para a juíza Maria dos Prazeres Beleza, por exemplo, importaria sobretudo garantir, na medida do possível, a neutralidade da pergunta relativamente às posições dominantes no debate público da questão, em especial a posição que se traduzia em manter o sistema legal de não punibilidade do aborto terapêutico, eugénico ou criminológico, nas condições definidas pelo artigo 142º. do Código Penal, o qual se não podia confundir com a ideia de penalização absoluta da interrupção voluntária da gravidez. Ora, nos termos em que se encontrava formulada, a pergunta sugeria uma escolha entre penalização e despenalização que não exprimia a alternativa emergente dos debates que lhe haviam dado origem, e que se colocava entre a despenalização relativa da lei vigente e a despenalização absoluta até às dez semanas de gravidez.

Quanto aos requisitos da clareza e da precisão, eles mostravam-se impreteritamente cumpridos. Com efeito, uma resposta positiva poderia ser entendida como favorável a uma simples eliminação da incriminação do aborto, mantendo-se este, no entanto, como um acto não lícito para outros efeitos, da mesma forma que poderia ser entendida no sentido da liberalização — e, portanto, da licitude — do aborto nas primeiras dez semanas de gravidez, como sugeria a parte final da pergunta ao referir-se à sua prática em estabelecimento *legalmente autorizado*. Uma resposta negativa, por seu lado, poderia traduzir quer o entendimento de que a criminalização deveria ser mantida nos termos actuais, quer a opinião de que tanto deveria ser despenalizado o aborto realizado em estabelecimento legalmente autorizado como o executado fora desses estabelecimentos.

16. Apesar de entenderem que o artigo 24º da Constituição consagrava não só o direito fundamental à vida mas também uma tutela não subjetivada do bem «vida humana em formação», a maior parte dos juízes vencidos admitiu que esta tutela não tivesse de assumir as mesmas formas e o mesmo grau de densificação. E admitiu também, em caso de conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos, que se pudesse e devesse proceder a uma tentativa de optimização (juiz Paulo Mota Pinto).

O que não aceitavam era a conclusão de que a afirmada «concordância prática» entre a liberdade, ou o «direito ao desenvolvimento da personalidade», da mulher e a protecção da vida intra-uterina pudesse conduzir

a desproteger inteiramente esta última nas primeiras dez semanas (durante as quais esse bem é igualmente objecto de protecção constitucional), por a deixar à mercê de uma livre decisão da mulher, *independentemente da verificação de qualquer motivo ou indicação no caso concreto*.

A medida legislativa que os proponentes do referendo visavam aprovar, na hipótese de resposta afirmativa vinculativa, não consistiria numa mera despenalização (sem descriminalização). Não se trataria da previsão de situações de não aplicação de penas a determinados autores de condutas que continuariam a ser qualificadas como criminalmente ilícitas, mas muito mais do que isso. Tratar-se-ia de deixar de considerar como crime, relativamente a todos os participantes nessas intervenções (e não apenas à mulher grávida), o aborto praticado, nas primeiras dez semanas de gravidez, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. E não se trataria apenas de afastar a ilicitude criminal, mas toda e qualquer ilicitude. Tratava-se de assegurar, pelo próprio Estado, designadamente através do serviço nacional de saúde, a prática desses actos. Pretendia-se passar de uma situação de «crime punível», não a uma situação de «crime não punível», mas a uma situação de «não crime», de «não ilícito» e de «direito a prestação do Estado» (juiz Mário Torres).

Nem poderia deixar de se considerar inconstitucional um sistema que, na parte em que acolhia o método dos prazos, não o condicionava a um sistema de aconselhamento orientado para a salvaguarda da vida. Se se reconhecia que a vida intra-uterina constituía um valor constitucionalmente tutelado, cuja defesa incumbia ao Estado, seria contraditório e incongruente considerar constitucionalmente aceitável uma solução em que a vida do feto era sacrificada, por mera opção da mulher, sem que o Estado tomasse qualquer iniciativa nesse domínio, a mínima das quais seria condicionar o aborto à obrigatoriedade de aconselhamento e de um período de reflexão. Aconselhamento este que, nos sistemas legais que o acolhem, não surgiu como mecanismo estranho à solução penal (como as consultas de planeamento familiar), mas antes se inseria no estrito domínio penal, como condição da não incriminação ou punição do aborto (juiz Mário Torres).

17. Apresentadas as posições contrastantes manifestadas no Tribunal Constitucional, cabe indicar a nossa opinião — no essencial no mesmo sentido da que tomámos a propósito do acórdão nº 288/98² e, portanto, divergente das conclusões a que chegou o Tribunal.

Quanto à pergunta, reproduzimos o que então escrevemos: «Resulta à vista desarmada a sua extensão compósita e aglutinante, com possível dificuldade de apreensão clara e imediata. Teria sido preferível desdobrá-la.

² V. *O Direito*, 1998, págs. 366 e segs. e *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, vol. XIV, 1998, págs. 929 e segs.

Talvez fosse exagerado, mesmo assim, sustentar que não era objectiva. Aquilo de que, pelo contrário, poderia ser acusada seria de se mostrar demasiado redutora, não esgotando as margens de escolha dos cidadãos».

Quanto ao fundo, «não enxergamos como possa deixar-se à simples opção da mulher a decisão sobre um ser humano até às dez semanas de existência — particularmente em face de uma Lei Fundamental como a nossa tão preocupada (talvez mais do que qualquer outra, como se vê pela expressão peremptória usada no artigo 24º, nº 1 e pela recusa frontal e absoluta da pena de morte nos artigos 24º, nº 2 e 33º, nº 4) com a inviolabilidade da vida humana». E, embora este seja um argumento meramente liberal, não deixa de impressionar (conforme notou o juiz Benjamin Rodrigues), a especial intencionalidade do âmbito de protecção constitucional de certos direitos e garantias ligada ao adjectivo *inviolável* («a vida humana é inviolável»; «a integridade moral e física das pessoas é inviolável»; «a liberdade de consciência, religião e culto é inviolável»).

18. Não contestamos que o Direito penal não seja conformado constitucionalmente como um imperativo categórico imposto ao legislador ordinário, regulando-se, antes, por ponderações de valores e interesses situados num contexto histórico e por necessidades político-criminais, como se diz no acórdão (nº 15).

Nem contestamos a afirmação de que os valores não se encontram acima da discussão livre e que não é possível impô-los a outrem, sem cumprir um estrito dever de fundamentação sujeito a um método argumentativo e participado (nº 8).

Por outro lado, registamos como relevantes:

- O reconhecimento de que há manifestações de crise da ideia da pena, que se revelam, nos sistemas jurídicos contemporâneos, na adopção de medidas paralisadoras da punição, como a suspensão provisória do processo e o arquivamento em caso de dispensa da pena (nº 10);
- O reconhecimento de que, sendo pacífica a proposição de que não há pena sem crime, não é verdadeira a proposição inversa (nº 10);
- A referência à obrigatoriedade de uma consulta prévia e de um período de reflexão antes de a mulher tomar uma decisão de forma livre, informada e não precipitada (nº 33);
- O reconhecimento de que na gravidez se estabelece, em princípio, «uma firme relação emocional de proximidade e amor pelo ser em gestação, e não meramente uma *relação de respeito* por um bem alheio (nº 32) — portanto, uma relação de alteridade.

Toda a nossa discordância está na forma como o acórdão resolve o conflito (ou pretensão conflito) entre a sobrevivência desse ser em gestação e a mulher, a mãe, sacrificando aquele, sem causa, salvo a vontade da própria mulher.

19. Na lei vigente ao tempo do acórdão, a interrupção voluntária da gravidez não era punível, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina (artigo 141º do Código Penal):

- Constituísse o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- Se mostrasse indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e fosse realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- Houvesse seguros motivos para prever que o nascituro viria a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e fosse realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderia ser praticada a todo o tempo;
- A gravidez tivesse resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção fosse realizada nas primeiras 16 semanas.

A verificação das circunstâncias que tornavam não punível a interrupção da gravidez era certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção era realizada.

Dava-se, por conseguinte, relevância a alguns factores objectivos, a alguns interesses constitucional ou legalmente atendíveis. Ao invés, na pergunta submetida a referendo nenhum interesse ou bem jurídico surgia como condição de não punibilidade.

Nem esse interesse ou bem jurídico poderia ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade ou o respeito pelo projecto de vida da mulher, porque: a) o direito ao desenvolvimento da personalidade (consagrado ou explicitado, consoante se entenda, na Constituição desde 1997) encerra tanto um conteúdo de autonomia como de responsabilidade pessoal; b) entre a vida e um simples projecto de vida não se percebe como a vida não tenha de prevalecer; c) um projecto de vida e uma escolha pessoal fazem sentido antes da concepção e das relações que a provocam, não depois do facto consumado.

20. É certo que a opção da mulher está sujeita a um prazo de dez semanas e o aborto teria de ser realizado em estabelecimento de saúde legalmente autorizado. Trata-se, porém, de mera regulamentação, sem se afectar o direito à interrupção voluntária da gravidez atribuído à mulher (inclusive à menor?). Apenas se prescrevem certos condicionamentos (e não propriamente restrições, tal como configura estas o artigo 18º da Lei Fundamental). Mais ainda: como bem salientou o juiz Mário Torres no passo atrás citado, cria-se um verdadeiro direito a uma prestação do Estado — o direito a que o Estado propicia, através da lei e do exercício da função administrativa, os meios para que a interrupção voluntária da gravidez venha a efectuar-se (em melhores condições para a mulher, mas sempre com o mesmo resultado, para o feto, do aborto clandestino).

Ora, pode então perguntar-se se a nova incumbência assim assumida pelo Estado não entra, por seu turno, em conflito com a proclamação da maternidade e da paternidade como valores sociais eminentes (artigo 68º, nº 2), com diversas incumbências constitucionais do Estado — como a de garantir o direito ao planeamento familiar [artigo 67º, nº 2, alínea d)], a de promover a criação e garantir o acesso a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família [artigo 67º, nº 2, alínea b)], a de regular os impostos e os benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [artigo 67º, nº 2, alínea f)] e a de assegurar a organização do trabalho, de forma a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar [artigos 59º, nº 1, alínea b) e 67º, nº 2, alínea h)] — e com as funções do serviço nacional de saúde [artigo 64º, nº 2, alínea a), e nº 3, alínea a)].

Tal como poderia, porventura, perguntar-se se a livre opção da mulher não contende com o princípio da igualdade, por ser somente ela, sem a participação do homem, do outro progenitor, a decidir.

21. Em vez da assistência à realização da interrupção voluntária da gravidez aquilo que decorre para o Estado da Constituição é, antes, o dever de protecção da vida humana (da vida humana, em qualquer estágio do seu desenvolvimento, pois o artigo 24º não distingue). Aliás, em geral, as normas sobre direitos, liberdades e garantias são hoje entendidas não só como normas de direitos negativos mas também como normas que impõem obrigações de protecção (assim, por exemplo, nos domínios da informática, da liberdade de expressão ou de direito de manifestação).

Como escrevem Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva (in *Constituição Portuguesa Anotada* de Jorge Miranda e Rui Medeiros, vol. I, Coimbra, 2005, págs. 32 e 33), sem dúvida que, numa ordem constitucional aberta, o legislador ordinário, com a sua legitimidade democrática, conserva uma ampla liberdade na escolha dos instrumentos adequados à protecção da vida intra-uterina. O reconhecimento deste dever de protecção

da vida — vida intra-uterina obviamente incluída — não impede que se reconheça ao legislador a sua liberdade de conformação própria quanto aos instrumentos jurídicos concretos a utilizar na defesa do direito em causa. E, se é certo que entre esses instrumentos se destaca a criminalização das condutas violadoras do bem jurídico vida, nem sempre será o Direito Penal a conter as respostas adequadas e necessárias à defesa da vida em todas as circunstâncias em que ela esteja ou possa estar em risco. Numa palavra: a Constituição impõe que o legislador estabeleça formas de tutela jurídica da vida, mas não exige, sem qualquer margem de decisão legislativa, a criminalização abrangente, e sem quaisquer excepções, de todas as condutas em que esteja em causa a vida humana.

«Ainda assim, da conjugação do n.º 1 do artigo 24.º com o n.º 1 do artigo 18.º resulta uma verdadeira *proibição de défice de protecção*, a qual, em última análise, se reconduz a uma modalidade de inconstitucionalidade por omissão. Por conseguinte, não pode o legislador não adoptar, ou suprimir sem substituição, certos instrumentos de protecção da vida, deixando que o nível de salvaguarda legal desta desça abaixo do constitucionalmente tolerável. Não se trata de exigir do legislador um nível de protecção óptimo, isento de ineficiências em todas e quaisquer circunstâncias, mas de fazer impender sobre ele uma obrigação de zelo na procura de soluções que, numa análise *ex ante*, se afigurem tanto quanto possível eficazes, não evidentemente lacunosas e razoavelmente equilibradas.

Esta exigência dirigida ao legislador assume, em matéria de protecção da vida intra-uterina, especial acutilância, visto que a intensidade da tutela devida pelo legislador a um direito fundamental varia em função de vários factores, designadamente: a centralidade do direito fundamental em apreço; a efectividade do perigo a que o mesmo está sujeito; a gravidade e a reparabilidade das ofensas causadas; a capacidade do titular do direito para evitar o perigo ou para se auto-proteger (V. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, págs. 44 e segs.) e, no caso da vida intra-uterina, é por demais evidente que todos estes factores actuam concretamente na exigência de um elevado nível de protecção, já que se trata de um direito de primeira grandeza, a situação de perigo é dramaticamente real (atendendo às chamadas “cifras negras” do aborto clandestino, mas sobretudo ao “turismo abortivo”), as ofensas causadas são de extrema gravidade e absolutamente irreversíveis e, por último, a capacidade de auto-protecção é nula».

22. A laicidade do Estado, a aconfessionalidade, o princípio da não dominação de qualquer visão do mundo sobre as demais podem, no limite, fundamentar ou explicar a despenalização ou a desprotecção penal de

qualquer bem jurídico, quando uma parte da sociedade entenda que ele deve ser protegido por outras formas ou que nem sequer tenha de ser protegido.

Em contrapartida, em nome dessa mesma laicidade, aconfessionalidade e não dominação pode outra parte da sociedade pretender que não seja legalizado, e não apenas tornado ilícito, aquilo que considera ilícito — pois redundante em legalização, e não apenas em despenalização e liberalização, organizar a interrupção voluntária da gravidez por mera opção da mulher em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

5. CADUCIDADE PARA A INVESTIGAÇÃO DA MATERNIDADE E DA PATERNIDADE

23. Na fiscalização concreta, o Tribunal só intervém por via de recurso interposto dos outros tribunais e a sua decisão (como parece lógico) é apenas para o caso concreto. Mas, se julgar três vezes inconstitucional a mesma norma jurídica, poderá (não está obrigado), a requerimento de um dos seus juizes ou do Ministério Público, declarar a inconstitucionalidade dessa norma com força obrigatória geral (artigo 281º, nº 3, da Constituição). Eis uma ponte entre a fiscalização concreta e a abstracta, justificada por razões de segurança e de economia jurídica e que representa uma interessante peculiaridade do Direito português.

Ora, foi precisamente isso que aconteceu a respeito da norma do artigo 1817º, nº 1 do Código Civil (aplicável por força do artigo 1873º), segundo a qual a acção de investigação da maternidade só poderia ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dois anos posteriores à sua maioridade ou emancipação.

Tendo em conta o princípio do pedido, só estava em apreciação tal prazo de dois anos, e não a possibilidade de qualquer outro limite temporal para a acção de investigação. E o Tribunal não teve dúvidas em declarar a inconstitucionalidade pelo acórdão nº 23/2006, de 10 de Janeiro³.

24. O problema consistia todo na ponderação de interesses e bens jurídicos contrastantes. De um lado, a segurança jurídica dos pretensos pais e a sua reserva de intimidade privada (a que poderia acrescentar-se o risco de as acções serem propostas para fins puramente egoístas de obtenção de vantagens patrimoniais). Do outro lado, o direito ao conhecimento e ao reconhecimento da maternidade e da paternidade.

O acórdão entendeu — e muito bem — na linha de outro, que este direito deveria prevalecer. E vale a pena transcrever os passos fundamentais da argumentação que adoptou.

³ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 28, de 8 de Fevereiro de 2006.

25. Assim, segundo nele se lê (nº 13), a Constituição reconheceu um «direito de constituir família», com um sentido mínimo de impor ao legislador a previsão de meios para o estabelecimento jurídico dos vínculos de filiação — os modos de perfilhar e a acção de investigação. E proibiu a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (artigo 36º, nº 4). Embora seja certo que, sendo as circunstâncias do nascimento diversas, os modos de estabelecimento da paternidade não podem ser todos iguais, existindo diferenças inevitáveis (o que é verdade, designadamente, para a presunção de paternidade), é igualmente seguro que as diferenças de regime inevitáveis não podem desfavorecer os filhos nascidos fora do casamento, limitando-lhes excessivamente as possibilidades de estabelecimento da filiação.

«O parâmetro constitucional mais significativo para aferição da legitimidade das limitações ao direito de investigar a paternidade encontra-se, porém, no “direito à identidade pessoal”, com que abre logo o nº 1 do artigo 26º da Constituição. Pois este inclui não apenas o interesse na identificação pessoal (na não confundibilidade com os outros) e na constituição daquela identidade, como também, enquanto pressuposto para esta auto-definição, o direito ao conhecimento das próprias raízes. Mesmo sem compromisso com quaisquer determinismos, não custa reconhecer que saber quem se é remete logo (pelo menos também) para saber quais são os antecedentes, onde estão as raízes familiares, geográficas e culturais, e também genéticas (cfr., aliás, também a referência a uma “identidade genética”, que o artigo 26º, nº 3, da Constituição considera constitucionalmente relevante).

Acresce que se tem verificado uma progressiva, mas segura e significativa, alteração dos dados do problema, constitucionalmente relevantes, a favor do filho e da imprescritibilidade da acção — designadamente, com o impulso científico e social para o conhecimento das origens, os desenvolvimentos da genética, e a generalização de testes genéticos de muito elevada fiabilidade. Esta alteração não deixa incólume o equilíbrio de interesses e direitos, constitucionalmente protegidos, alcançado há décadas, e sancionado também pela jurisprudência, empurrando-o claramente em favor do direito de conhecer a paternidade.

A partir de 1997, consagrou-se, aliás, expressamente um “direito ao desenvolvimento da personalidade” no artigo 26º da Constituição, comportando dimensões como a liberdade geral de acção e uma cláusula de tutela geral da personalidade. E, se tanto o pretense filho como o suposto progenitor podem invocar este preceito constitucional, não é excessivo dizer-se que ele “pesa” mais do lado do filho, para quem o exercício do direito de investigar é *indispensável* para determinar as suas origens.

Assim, o regime em apreço, ao excluir totalmente a possibilidade de investigar judicialmente a paternidade (ou a maternidade), logo a partir dos vinte anos de idade, tem como consequência uma diminuição do alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade.

Mesmo, porém, que se negasse uma verdadeira afectação do conteúdo essencial dos direitos referidos, por se entender que podem ainda restar (pelo menos, na maioria dos casos) certas possibilidades investigatórias ao filho, a solução em causa não pode, hoje, ser considerada constitucionalmente admissível, por violação da exigência de proporcionalidade (*lato sensu*) consagrada no artigo 18º, nº 2, da Constituição.

É que, pelo menos no actual contexto, tal regime passou a traduzir uma apreciação manifestamente incorrecta dos interesses ou valores em presença, em particular, quanto à intensidade e à natureza das consequências que esse regime tem para cada um destes: prejuízos, designadamente não patrimoniais, que advêm da perda, aos vinte anos de idade, do direito a saber quem é o pai, que apresentam claramente desproporcionados em relação às desvantagens eventualmente resultantes, para o investigado e sua família, da acção de investigação».

6. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO, ESTATUTOS, VOTO POR PROCURAÇÃO

26. No acórdão nº 18/2006, de 6 de Janeiro de 2006⁴, estava em causa um problema de liberdade de associação, na vertente da autonomia estatutária, um problema de limites dessa autonomia e de limites de intervenção legislativa de regulamentação das associações constituídas.

Determinado tribunal havia considerado inconstitucional a norma extraída dos artigos 175º, nºs 2, 3 e 4 e 176º do Código Civil, segundo a qual apenas é admissível o voto por procuração nas deliberações sobre a dissolução ou a prorrogação da pessoa colectiva, estando ele vedado nas deliberações enunciadas no artigo 175º, nºs 2 e 3 do mesmo Código Civil.

Tendo havido recurso, obrigatório para o Ministério Público (artigo 280º, nº 3 da Constituição), o Tribunal Constitucional entendeu, diferentemente, que não procedia tal inconstitucionalidade.

27. Com efeito, diz-se no acórdão, que, estando em causa, na hipótese de dissolução ou de prorrogação, a existência da própria pessoa co-

⁴ *Diário da República*, 2ª série, nº 41, de 27 de Fevereiro de 2006.

lectiva cujo substrato pessoal os associados integram, impor-se-ia a admissibilidade de voto por procuração, por só deste jeito se poder garantir uma maior participação dos associados e uma maior possibilidade de manifestação da sua vontade e que estes valores são, em tal caso, de sobrepor à vantagem de um melhor esclarecimento dos associados que o voto presencial é susceptível de propiciar.

«A norma em causa não deixa de se conter dentro da regulação de aspectos meramente procedimentais do direito fundamental da liberdade de associação e os termos concretos em que o faz não se afiguram como sendo violadores dos limites estabelecidos no artigo 18º, nº 2, da Lei fundamental ou seja, como desproporcionados, irrazoáveis ou arbitrários».

Concordamos inteiramente com o sentido da decisão.

7. FINANÇAS LOCAIS, IGUALDADE TRIBUTÁRIA, AUTONOMIA MUNICIPAL

28. A fiscalização preventiva da constitucionalidade consagrada na Constituição (artigos 278º e 279º) pode desempenhar duas funções:

- a) A de atalhar as inconstitucionalidades grosseiras, evitando factos consumados que só mais tarde ou muito mais tarde podem ser apagados e cujos efeitos, não raro, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo o Tribunal Constitucional tem de preservar (artigo 282º, nº 4).
- b) A de resolver dúvidas sobre a constitucionalidade de certas normas, contestadas ou não no contraditório político antecedente da sua aprovação, de maneira a desdramatizar a situação e a evitar que o problema se ponha com mais gravidade no futuro (embora a fiscalização preventiva, em estritos termos jurídicos, nunca precluda a fiscalização sucessiva).

29. Foi no âmbito desta segunda função que o Presidente da República requereu a apreciação do novo regime jurídico das finanças das autarquias locais, por lhe suscitarem dúvidas as normas que conferiam aos municípios a faculdade de virem a ter uma participação variável nas receitas do imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas singulares (IRS), imposto nacional e não local.

Segundo os artigos 19º, nº 1, alínea c) e 20º do diploma votado pelo Parlamento, os municípios teriam direito, em cada ano, a uma participação até 5% no IRS dos sujeitos passivos domiciliados na respectiva área,

mas cada município poderia prescindir de parte dessa receita em favor dos sujeitos passivos — donde, a possibilidade de os sujeitos passivos, os contribuintes, serem tributados de forma diferente e assentando essa diferença em critérios de domicílio fiscal, e não na capacidade contributiva.

E, assim, haveria fundadas dúvidas sobre se semelhante modelação da incidência de IRS não afrontaria o princípio constitucional da capacidade contributiva (artigos 103º, nº 1 e 104º, nº 1 da Constituição), o princípio da igualdade na sua dimensão territorial (artigo 13º, nº 2) e o princípio do Estado unitário (artigo 6º, nº 1).

No entanto, o Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 711/2006, de 29 de Dezembro⁵, não entendeu que essas dúvidas fossem procedentes e, por conseguinte, não se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas em causa.

30. O Governo juntou alguns pareceres de especialistas em Direito fiscal ao processo, o que provocou alguma perplexidade em alguns meios políticos e jurídicos, por se tratar de lei da Assembleia e apenas esta, segundo a lei orgânica do Tribunal Constitucional ter de ser ouvida.

Essa perplexidade não tinha razão de ser. Uma coisa é a imposição legal de audição do órgão autor do diploma, outra coisa o poder do Tribunal de ter em conta as razões dos proponentes dos diplomas de origem parlamentar (que podem ser o Governo, Deputados, grupos parlamentares e, em matérias respeitantes às regiões autónomas, as Assembleias Legislativas Regionais) e nada impede que estes tomem a iniciativa de se lhe dirigir para o efeito, pelos meios que julguem mais adequados. E isso justifica-se ainda mais por o presidente da Assembleia da República, quando chamado a justificar os diplomas aprovados, habitualmente se limitar a oferecer o merecimento dos autos e a juntar as actas dos debates.

Os processos de fiscalização abstracta não são, naturalmente, processos de partes. Essas intervenções dos autores das iniciativas legislativas não visam, pois, interesses específicos que pretendam prosseguir; servem apenas para o esclarecimento da questão jurídica *sub judice* — e este é, justamente, o sentido do preceito da lei orgânica do Tribunal.

Mais próximo da defesa de interesses específicos (ainda que públicos) era o parecer em sentido contrário à nova lei que a Associação Nacional dos Municípios apresentou ao Tribunal e que este, igualmente, admitiu.

31. Analisando o fundo do problema posto, o Tribunal começou por invocar o artigo 104º da Constituição, segundo o qual o imposto sobre o rendimento das pessoas singulares «visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimen-

⁵ *Diário da República*, 2ª série, nº , de 22 de Janeiro de 2007.

tos do agregado familiar». Daqui resultaria, disse, a exigência da conformação do imposto como justo e orientado para o objectivo da diminuição das desigualdades, o que logo afasta a ideia de rigorosa igualdade *formal*, quer na selecção dos contribuintes, quer no montante do imposto devido.

Mas haveria «outros valores com assento constitucional que habilitam o legislador ordinário a ponderar o enquadramento desta matéria num leque de soluções possíveis, cuja concreta escolha cabe na liberdade de conformação legislativa permitida pelo exercício democrático do poder. Trata-se, afinal, da concretização prática da actuação governativa, traduzida na eleição desta matéria como instrumento de política financeira, sujeita, portanto, a graus diversificados de avaliação e de conformação» (nº 6). Um desses valores seria, justamente, a autonomia dos municípios.

«Não é pois, desconforme à Constituição conferir à autonomia local valor suficiente para permitir uma diferenciação nesta matéria, até porque qualquer autonomia radica, afinal, na diferenciação. A diferente localização da residência do sujeito passivo pode permitir um diferente resultado quanto ao montante do imposto. Necessário é que essa diferença não assente em critérios puramente arbitrários, nem se mostre desrazoável e desproporcionada» (nº 9).

As normas em causa inserir-se-iam num quadro legislativo que visa o «aprofundamento da descentralização e da autonomia local», por se considerar que «o processo de transferência de competências para os municípios e freguesias, concretizando o princípio da descentralização, é um importante instrumento de redução da despesa pública, com importantes implicações no plano financeiro decorrentes da operacionalidade do princípio da subsidiariedade», tornando os municípios «menos dependentes das receitas oriundas da construção civil», e fazendo-os participar na receita do IRS, promovendo a concorrência fiscal intermunicipal, o aumento do leque de receitas próprias, e a responsabilização dos eleitos locais pelas suas decisões financeiras.

Ora, haveria que reconhecê-lo, a diferenciação assim autorizada não estaria em desacordo com estes objectivos, antes pretendia justificar-se como um meio — não desproporcionado, atentos os valores em causa —, para alcançar tal objectivo. Haveria ainda que ter em conta que o *controlo* político que a comunidade exerce sobre as decisões financeiras dos eleitos locais se estabelece por via de eleições e que, nessas eleições, os votantes são aqueles que têm com a autarquia uma conexão baseada na domiciliação. Não seria, portanto, arbitrário, ou materialmente infundado, o critério utilizado para estabelecer uma determinada identidade tributária entre o eleitor e o eleito local (nº 10).

Nem a diferente tributação teria incidência na unidade do Estado, já que esta respeita a autonomia insular e os princípios da subsidiariedade e

da autonomia das autarquias locais. E tão pouco, em lado algum, a Constituição imporia a existência de imposto «nacional», não modelável em qualquer dos seus elementos em razão da aludida autonomia (nº 12).

32. Finalmente, o acórdão debruçou-se sobre uma questão importante, embora ausente do pedido: a de saber se não haveria violação de reserva de lei.

Na verdade, nos termos do nº 2 do artigo 103º da Constituição, os impostos são criados «por lei» que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. E o Tribunal tem entendido, com apelo ao disposto na alínea *i*) do nº 1 do artigo 165º da Constituição, que a locução quer aqui dizer lei formal, pelo que se colocaria a questão de saber se era conforme à Constituição a entrega a órgãos autárquicos daquela competência, ainda que decorrente da lei e exercida dentro dos limites fixados na mesma lei.

Porém, na linha de anterior jurisprudência e apoiado na revisão constitucional de 1997, o acórdão concluiu que não se verificava tal violação.

A lei, com o sufrágio constitucional retirado dos artigos 238º, nº 4 e 254º, nº 2 da Constituição, poderia conferir aos órgãos autárquicos a competência para — dentro de limites perfeitamente definidos e, no caso em presença, muito estreitos —, interferir no montante do imposto sobre o rendimento.

33. Em declaração de voto, os juízes Benjamim Rodrigues, Vitor Gomes e Mário Torres justificaram as suas posições contrárias à tese que fez vencimento.

Seria estrutural e funcionalmente diferente a norma que reconhece aos municípios o direito a uma participação variável até 5% nas receitas advindas do IRS, constante da alínea *c*) do artigo 19º e do nº 1 do artigo 20º do decreto em apreço, e a norma que cria uma dedução à colecta desse imposto, em favor, apenas, dos sujeitos passivos que tenham domicílio fiscal na circunscrição territorial dos municípios, em função dos termos em que estes deliberem comungar nas receitas provenientes desse imposto, dentro da percentagem máxima estabelecida na lei (artigo 20º, nº 4).

Ao dispor que o imposto sobre o rendimento seja único, a Constituição obrigaria a que sobre todas as diferentes categorias de rendimento fiscalmente elegíveis não possa incidir outro imposto. Tal equivaleria por dizer que o imposto sobre o rendimento deveria ser um imposto global sobre todas as categorias de rendimento, sendo-lhe alheia qualquer ideia de localização territorial das fontes do rendimento-produto ou do rendimento acréscimo, fiscalmente relevadas. Da sua natureza de imposto único e global sobre os rendimentos decorrem, deste modo, inelutavelmente, que o mesmo seja um imposto nacional.

Mas sendo um imposto nacional, não pode ele deixar de ser modelado pelo legislador parlamentar, pois é este quem, unicamente, exerce a soberania fiscal sobre todo o território nacional [art. 165º, nº 1, alínea i) da CRP] a que respeita a globalidade dos rendimentos tributados neste tipo de imposto, independentemente de o local ou circunscrição territorial inferior em que sejam obtidos ou gerados.

«Depois, a progressividade não se quedaria pela previsão de taxas progressivas, existindo outros instrumentos que poderão influenciar a progressividade real da tributação, não obstante operarem sobre a determinação da matéria colectável ou sobre a colecta do imposto, na medida em que deixarem livres parcelas de rendimento.

A dedução à colecta é um desses instrumentos, sendo claro que, se essa dedução à colecta respeitar o critério da universalidade e da uniformidade dentro do espaço territorial a que se reportam os rendimentos tributáveis o ritmo da progressividade será o mesmo para todos os contribuintes desse espaço nacional.

Se, pelo contrário, como acontece no caso, essa dedução à colecta apenas beneficiar certa categoria de contribuintes, elegidos em função de uma área de território mais pequena onde residem e do facto de o respectivo município renunciar a parte da participação variável até 5% no IRS a que tem direito, então esses contribuintes beneficiarão de uma progressividade menos intensa, na medida em que vêm relevada a sua capacidade contributiva em menor grau do que daqueles que não estão em tal situação.

Chame-se a essa dedução o que se entender — abatimento, desagravamento, benefício fiscal (como se entende ser verdadeiramente — cfr. art. 2º do Estatuto dos Benefícios Fiscais) ou outro qualquer instituto jurídico-fiscal, do que não restam dúvidas é que o seu efeito jurídico-prático corresponde a deixar livre na mão dos respectivos titulares de rendimentos globalmente iguais, no espaço nacional, diferente fatia desse rendimento global fiscalmente relevante.

E, assim sendo, embora não saia ofendido o princípio da capacidade contributiva, enquanto pressuposto da tributação — acepção esta que só terá préstimo para salvaguardar da tributação um mínimo para uma existência humana condigna, ou seja, como marco do limite de tributação — não deixa de atingir-se uma igual capacidade contributiva em diferente grau, com violação do princípio da igualdade, na sua dimensão de uniformidade de critério de tributação dentro do espaço nacional a que respeita o imposto.

Por outro lado, como é postulado pelo fundamento material do princípio da autonomia local, não se vê que a Constituição admita que possam ser reconhecidos, às autarquias, poderes tributários que ultrapassem os limites materiais desse fundamento: a prossecução dos interesses próprios das populações respectivas da sua circunscrição

territorial. Os poderes tributários reconhecidos às autarquias, com a revisão constitucional de 1997, no artigo 238º, nº 4 da CRP, cingem-se aos tributos locais, aos tributos previstos na lei como constituindo modos próprios e específicos de arrecadação de receitas locais, não abrangendo os impostos nacionais» (juiz Benjamim Rodrigues).

Seria exacto que a autonomia local, com a componente do poder tributário (nº 4 do artigo 238º, da Constituição), que constitui fundamento axial do acórdão, permite uma diferenciação nesta matéria. Mas a autonomia não forneceria, por si mesma, critério que legitime o conteúdo e o sentido da diferenciação. Poderia ser base constitucional para a atribuição de poderes de configuração local de tributos estaduais (ou regionais) — e, portanto, operar quanto ao princípio da legalidade tributária —, mas não habilitaria como critério material de compressão do princípio da igualdade, na sua vertente constitucionalmente qualificada quanto à espécie tributária em que recai o benefício em crise (juiz Vítor Gomes).

Não sendo obviamente equiparáveis a autonomia política das regiões autónomas e a autonomia meramente administrativa das autarquias locais e resultando da alínea *i*) do nº 1 do artigo 227º da CRP que o poder de adaptar o sistema fiscal nacional às especificidades regionais é algo distinto do «poder tributário próprio» — e sendo certo que o nº 4 do artigo 238º da CRP nem sequer qualifica como próprios os poderes tributários que consente que a lei venha a atribuir às autarquias locais —, seria seguro que entre estes poderes tributários não se encontraria o poder de adaptar o sistema fiscal nacional. O nº 4 do artigo 238º da CRP não constituiria credencial para a atribuição às autarquias locais, designadamente aos municípios, de poderes para alterarem elementos (e muito menos elementos essenciais) de impostos nacionais (ou estaduais).

A medida em causa fomentaria a desigualdade, permitindo que cidadãos com o mesmo rendimento pagassem impostos diferentes pela mera circunstância de estarem fiscalmente domiciliados em municípios diversos; comprometeria a unicidade do imposto, permitindo alterações significativas de seus elementos essenciais de acordo com as áreas territoriais, o que, em termos práticos, significaria que se aplicariam taxas de imposto diferentes de acordo com a residência fiscal; afectaria a progressividade, uma vez que reduzia a mesma percentagem de imposto a pagar seja qual for o nível de rendimentos (juiz Mário Torres).

34. Concordamos, em larga medida, com a fundamentação e as conclusões do acórdão, por vermos na nova lei de finanças locais um passo no sentido do reforço da autonomia e também da responsabilização dos municípios. A variação (aliás, pequena) na taxa do IRS ali admitida bem

pode entender-se como um meio de, em face das muitas diferenças de níveis de desenvolvimento, se realizar a coesão económica e social de todo o território nacional [artigos 9º, alínea g), 81º, alínea d) e 90º] e como um meio de os próprios municípios descentralizadamente, contribuírem para essa coesão.

Não são idênticos, por certo, os poderes tributários dos municípios, previstos desde 1997 (artigo 238º, nº 4) e os poderes tributários *próprios* das regiões autónomas [artigo 227º, nº 1, alínea i), 1ª parte], embora uns e outros tenham de se exercer «nos termos da lei». Mas tão pouco se justifica assimilar a faculdade agora atribuída aos municípios com a faculdade das regiões de adaptarem o sistema fiscal nacional às especificidades regionais [artigo 227º, nº 1, alínea i), 2ª parte], porquanto eles apenas são chamados a concretizar, em termos eventualmente diversos, um imposto nacional.

Onde, contudo, experimentamos dúvidas é no ponto tocado no acórdão, embora não no pedido do Presidente da República: o problema da reserva de lei. Pois a fixação da taxa integra os elementos do conteúdo dos impostos reservados à lei e, lei, em princípio do Parlamento [artigo 103º, nº 2 e 165º, nº 1, alínea l), 1ª parte]. Será suficiente reconduzir o papel da lei a um «quadro de referência», para explicar a participação variável de 5% dos sujeitos passivos em razão do domicílio fiscal nos municípios?

8. O DEBATE DOUTRINAL ACERCA DO SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE

35. O sistema português de fiscalização concreta assenta, como se sabe, na congregação de dois vectores: a fiscalização judicial difusa, vinda da Constituição de 1911 (por influência directa da Constituição brasileira de 1891 e, por via desta, da *judicial review* norte-americana) e a fiscalização concentrada criada em 1976 (primeiro, com a Comissão Constitucional e, desde 1982, com o Tribunal Constitucional), de matriz austríaca.

É um sistema misto e complexo, porque aqui os tribunais têm competência não apenas para conhecer da inconstitucionalidade como para decidir, não aplicando normas inconstitucionais, mas das suas decisões cabe recurso para o Tribunal Constitucional. E é um sistema diferente do de reenvio prejudicial ou de incidente de inconstitucionalidade, em que os tribunais (embora possam ter uma maior ou menor de apreciação do fundado da questão) devem sustentar o processo até que o Tribunal Constitucional decida o incidente.

Entre um e outro sistemas, não se trata apenas de o tribunal da causa receber ou não o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade e

de, através dele, o de influir na própria questão principal, com a consequente distinta natureza da figura processual que corre diante do Tribunal Constitucional. Trata-se ainda do sentido da intervenção deste na perspectiva geral da fiscalização.

No sistema de matriz austríaca e dominante na Europa, com efeito, o incidente ou reenvio prejudicial, é um pressuposto da fiscalização abstracta: o seu escopo tanto abarca a fiscalização concreta como a abstracta. Já no sistema português é da inconstitucionalidade no caso concreto que exclusivamente se cura: quer o tribunal *a quo* quer o Tribunal Constitucional apenas conhecem da inconstitucionalidade da norma na sua aplicação ao caso *sub judice*, e é aí que apreciam a sua existência e a sua procedência; nunca da inconstitucionalidade em abstracto ou em tese.

Em contrapartida, o acesso ao Tribunal Constitucional acha-se mais facilitado no sistema português do que no sistema de reenvio: neste, é ao tribunal da causa que compete deferir ao Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade, ao passo que em Portugal as partes recebem o direito de interpor recurso — verdadeiro direito fundamental — e, inclusive, por força de lei, o direito de reclamação perante o próprio Tribunal Constitucional.

No entanto, o cunho muito peculiar do actual sistema português não obsta à relevância da decisão do Tribunal Constitucional para além do caso concreto. Ela é dupla: 1º porque cabe recurso da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (artigo 280º, nº 5); 2º porque quando o Tribunal julga três vezes inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, de seguida, ser desencadeado um processo (de fiscalização abstracta) com vista à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (artigo 281º, nº 3).

36. Mal recebido pelos juízes dos tribunais comuns, especialmente os do Supremo Tribunal de Justiça — desapossado que este ficou do último grau nas hierarquia dos tribunais (por haver recursos de decisões deste para o Tribunal Constitucional, mas não o contrário) — o sistema tem vindo a funcionar há mais de trinta anos em termos satisfatórios, embora não sem deficiência.

Pelo menos, ninguém negará o enorme progresso que representou no confronto com o que se passou quer na vigência da Constituição de 1911 quer na vigência da Constituição de 1933. Sem esquecer o peso dos elementos políticos desviantes numa e noutra (turbulência e instabilidade numa, regime autoritário noutra) e o carácter normativo finalmente alcançado pela Constituição de 1976, certo é que também só agora os juízes e os advogados conscientizaram o significado dos poderes e direitos ligados à fiscalização; assim como, ao mesmo tempo, a jurisprudência do Tribu-

nal Constitucional (e não só a emitida em fiscalização abstracta) ganhou um crescente impacto na vida jurídica do País.

Afastada *in limine* a hipótese (defendida por alguns poucos) de entrega da decisão sobre recursos a uma secção do Supremo Tribunal de Justiça — propiciadora de grandes desarmonias de julgados, perigosas para a força jurídica da Constituição — as únicas opções que, razoavelmente, existem são a substituição do actual sistema pelo sistema de reenvio prejudicial ou a sua conservação, com mais ou menos aperfeiçoamento.

E, justamente, nos últimos anos, tem-se travado um significativo debate acerca do assunto, que vale a pena aqui registar.

37. Uma das vozes adversárias do actual sistema é a de Maria Lúcia Amaral, para quem o modelo comum europeu favorece em maior grau do que o nosso a «pacificação» das relações entre jurisdição constitucional e jurisdição comum. No modelo português de recurso, a sentença do Tribunal Constitucional, quando contrária à sentença do tribunal *a quo*, obriga à reforma de decisão que já fora tomada. No modelo comum de suspensão da instância, a sentença do Tribunal Constitucional mais nitidamente restrita à questão da constitucionalidade é sempre emitida antes que tenha sido proferida, sobre o mérito da causa, qualquer decisão.

Depois, o modelo de suspensão de instância tende a impedir — com mais nitidez do que o nosso —, que haja processos de controlo da constitucionalidade ditados sobretudo por uma lógica de interesse de partes. A decisão do juiz, que suspende a instância e coloca a questão de direito (relativa à interpretação da Constituição) ao Tribunal Constitucional, permite que sejam filtradas e decantadas questões em que a arguição da inconstitucionalidade mais não é do que uma «gestão processual» dos interesses em litígio. O controlo concreto da constitucionalidade das normas não pode transformar-se em mais um instrumento processual à disposição das partes desavindas na questão material controvertida.

Mas o que distingue absolutamente o caso português de todos os outros não é coisa de pouca monta. Dado que o nosso Tribunal é, em fiscalização concreta, tribunal de recurso, as suas decisões — caso confirmem provimento à questão da inconstitucionalidade — ferem de morte a norma legal mas não a eliminam imediatamente. Abalam, fragilizam o sistema de fontes mas não o reconstróem logo. Alteram o ordenamento jurídico adiando a sua plena reconstituição. Perturbam a unidade do direito objectivo acrescentando-lhe novos e estranhos seres: normas que agonizam mas tardam em morrer, que ainda vigoram mas já não valem plenamente e que portanto revelam um direito que não se sabe ao certo o que é⁶.

⁶ «Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica», in *Anuário Português de Direito Constitucional*, 2002, págs. 19, 20 e 21. V. também «Problemas de Judicial Review em Portugal», in *Themis*, nº 10, 2005, págs. 67 e segs.

Não menos acutilante são as críticas que Jorge Reis Novais dirige ao sistema, apodando-o de ser:

- um sistema com um défice significativo de protecção dos direitos fundamentais (pois o Tribunal Constitucional só pode fiscalizar as normas restritivas desses direitos, não já intervenções ablativas praticadas pela Administração e pelo poder judicial;
- um sistema de fiscalização concreta, que institucionaliza a sua manipulação como instrumento dilatatório;
- um sistema deficitário na protecção jusfundamental, mas com garantias de recurso excessivas ou inadequadas;
- um sistema de fronteiras móveis, difusas e manipuláveis⁷.

É certo que, a ser adoptado o sistema do reenvio prejudicial, formalmente, os juízes deixariam de decidir questões de constitucionalidade, mas, aquilo que hoje sucede é, se se quiser, um presente envenenado para os juízes comuns, já que todas as suas decisões no domínio da constitucionalidade são recorríveis — ou obrigatoriamente ou por vontade das partes — para o Tribunal Constitucional. Mais, os juízes comuns sujeitam-se, dessa forma, à situação frequente e comum de, vendo as suas decisões revogadas pelo Tribunal Constitucional, serem posteriormente obrigados a reformá-las, sem outro sentido útil que não seja a dilação do processo e a erosão da imagem dos tribunais. Por outro lado, como resulta de outras experiências e depende do concreto regime de reenvio prejudicial instituído, o acesso dos juízes à Constituição, embora não se traduza em decisões próprias de inconstitucionalidade, continua a poder constituir, aí, um poder real e de importantes consequências práticas no processo em causa⁸.

38. Em sentido oposto pronuncia-se Maria Fernanda Palma, para quem a substituição do actual sistema (misto) pelo sistema de fiscalização concentrada, mesmo que acompanhada de um eventual sistema de reenvio, seria uma amputação do poder de decidir o direito dado a cada juiz, postulando uma distinção inaceitável entre juridicidade e constitucionalidade.

O princípio de que nenhuma lei inconstitucional deve ser aplicada pelo julgador reduz-se a uma suspensão do juízo, limitando o poder do julgador ao poder de questionar. Tornando-se a questão de constituciona-

⁷ Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade), in *Themis*, ano VI, nº 10, 2005, págs. 91 e segs.

⁸ *Ibidem*, pág. 116.

lidade um mero incidente na aplicação do direito reduz-se uma dimensão da juridicidade na interpretação do direito⁹.

Mas a defesa mais completa e vigorosa do modelo vigente entre nós contra «tentativas emigratórias» para um sistema concentrado pertence a Carlos Blanco de Moraes¹⁰, que conclui assim a sua análise:

- i) O modelo «misto» português não só não padece de qualquer singularidade alienígena ou isolamento fora do espaço europeu (*vide* o caso dos principais Estados do universo de língua portuguesa), ou na própria Europa (onde coexiste com mais três sistemas afins), nem se destaca como contraponto a um hipotético modelo europeu de tipo concentrado, o qual não existe como tal, na medida em que o mesmo não é adoptado por quase metade dos 25 Estados da União Europeia;
- ii) Quer a doutrina portuguesa que mais reparos fez ao sistema, quer a generalidade da doutrina comparada que se debruça sobre o sistema português, anuem que o seu balanço é positivo, chegando a segunda a anotar com interesse a sua capacidade fazer coincidir um sistema concentrado com uma componente difusa, pelo que não parece fazer sentido alterar institutos que, pelos vistos, funcionam por outros diversos que não se sabe como funcionarão;
- iii) Se em tese, um sistema de controlo concreto concentrado, desassociado de um recurso de amparo, resulta ser mais «pacificador» das relações entre jurisdições, o facto é que a eventual introdução desse recurso desfaz essa asserção e a almejada pacificação acaba por ser tudo menos líquida (*vide* o uso crescente de sentenças manipulativas pelo Tribunal Constitucional italiano, os efeitos «erga omnes» da interpretação conforme produzida pelo Tribunal Constitucional alemão e o poder correctivo da jurisprudência comum, pelo Tribunal Constitucional espanhol);
- iv) A supressão da componente difusa do controlo de constitucionalidade reduziria instrumentalmente o alcance da garantia da Lei Fundamental, abalaria a solidariedade institucional entre órgãos de soberania, diminuiria a taxa de confiança pública na garantia da Constituição; alongaria a distância entre a Constituição, os tribunais ordinários e os cidadãos; e eliminaria, sem alternativa, uma dimensão importante da tutela subjectiva dos direitos e interesses dos cidadãos através do recurso ao Direito Constitucional;

⁹ «Constitucionalidade e justiça: um desafio para a justiça constitucional», in *Themis*, ano I, nº 1, 2000, pág. 30.

¹⁰ *Justiça Constitucional*, II, Coimbra, 2005, págs. 965 e segs.

- v) Num momento em que nos sistemas concentrados se discutem e valorizam os seus reais ou hipotéticos elementos difusos que permitiriam uma aproximação da jurisdição comum à tutela dos direitos das pessoas, mediante a aplicação directa da Constituição ao caso singular, não parece fazer sentido que o ordenamento português trilhe o percurso inverso, depreciando o meio processual mais importante que permite atingir esse objectivo em fiscalização concreta¹¹.

39. Quanto a nós, desde a dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade* (publicada em 1968), passando por projectos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias intervenções parlamentares e académicas, sempre temos propendido para o sistema europeu de reenvio prejudicial.

E esta posição fica reforçada por, como diz Maria Lúcia Amaral¹², o reenvio prejudicial ter a virtualidade de atribuir ao juiz (e não às partes no processo) o lugar de *dominus* da questão da constitucionalidade. Como a decisão de suste, ou não, a instância, e de colocar ou não a questão prévia ao Tribunal Constitucional pertence obviamente ao juiz da causa e só a ele, é sempre o juiz quem permanece (como deve) o senhor último da questão da constitucionalidade. Este «domínio judicial» é a verdadeira âncora do sistema. «No entanto, a âncora não tem necessariamente que amarrar o barco com excessiva rigidez: basta que se estabeleça uma obrigação forte de reenvio prejudicial, aliada à possibilidade de as partes argüirem a questão da inconstitucionalidade, para que se alcance uma situação de compromisso — apesar de o juiz não deixar de ser o senhor do reenvio prejudicial reconhece-se a importância que pode ter o interesse da parte na colocação da questão da inconstitucionalidade».

Por outro lado, a observação mostra-nos que não se tem conseguido vencer o aproveitamento desmedido dos recursos para o Tribunal Constitucional, tornando a justiça portuguesa ainda mais lenta do que é: poderiam ser citados não poucos casos. Assim como haveria de indagar se, nas hipóteses de decisões negativas [artigo 280º, nº 1, alínea *b*), e nº 2, alínea *d*)], a necessidade de esgotamento dos recursos ordinários que caibam (artigo 70º, nº 2 da Lei nº 28/82) não importa numa dilação da decisão do Tribunal Constitucional superior à que se verificaria em sistema de incidente ou reenvio.

Em contrapartida, impressionam-nos, hoje, em rumo diverso, o esquema engenhoso da passagem de fiscalização concreta à fiscalização abstracta, o enraizamento do actual sistema e, como salienta Carlos Blanco de

¹¹ *Ibidem*, págs. 1055 e 1056.

¹² *Problemas*, cit., *loc.cit.*, págs. 89-90.

Morais¹³, ter-se ele tornado paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. Nem há a urgência da reforma (mais significativo seria talvez introduzir um incidente de inconstitucionalidade por omissão, na fiscalização concreta).

O debate deve, pois, prosseguir, apoiado em estudos de avaliação legislativa e de avaliação jurisprudencial.

¹³ *Op. cit.*, II, págs. 993-994.