

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM 2004

Por JORGE MIRANDA*

1. VOLUME DAS DECISÕES.—2. AS PRINCIPAIS DECISÕES.—3. REPRESSÃO DO LENOCÍNIO, DIREITO E MORAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.—4. O ART. 22º DA CONSTITUIÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TITULARES DOS ÓRGÃOS, FUNCIONÁRIOS E AGENTES DO ESTADO.—5. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES, SEPARAÇÃO DAS IGREJAS DO ESTADO E PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS.—6. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS DE ÂMBITO INTERNACIONAL.—7. EFEITOS DAS PENAS E ACESSO À PROFISSÃO.—8. INDEMNIZAÇÃO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO E RESERVA ECONÓMICA DO POSSÍVEL.—9. ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E PARTIDOS POLÍTICOS.—10. INDEMNIZAÇÃO EM CASO DE CLASSIFICAÇÃO DE BENS COMO DE DOMÍNIO PÚBLICO.—11. REAFIRMANDO A JURISPRUDÊNCIA SOBRE CASO JULGADO.—12. UM PROBLEMA DE QUALIFICAÇÃO DE RECURSO.—13. O DIFÍCIL REFERENDO SOBRE A «CONSTITUIÇÃO EUROPEIA».—14. A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 2004.—15. A MORTE DE LUÍS NUNES DE ALMEIDA.—16. NOVOS JUÍZES E NOVO PRESIDENTE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. O Tribunal Constitucional emitiu em 2004 o seguinte número de decisões, em razão dos diversos tipos de competências que a Constituição e a lei lhe atribuem:

* 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	117
— Decisões de recursos:	
• Decisões processuais	315
• Decisões de mérito	243

Fiscalização abstracta

— Decisões em fiscalização preventiva	2
— Decisões em fiscalização sucessiva	21
— Decisões em fiscalização da inconstitucionalidade por omissão	0

Outras competências

— Decisões relativas a partidos políticos	17
— Decisões de recursos eleitorais	1
— Decisões sobre candidaturas ao Parlamento Europeu	3
— Decisões sobre rendimentos de titulares de cargos políticos	2
— Decisões sobre referendos locais	2
— Decisões de recursos de órgãos partidários	2

No conjunto foram 725 acórdãos, verificando-se uma ligeira subida no confronto com os anos anteriores. O número de decisões emitidas pelo Tribunal desde a sua entrada em funcionamento em 1983 ascende agora a 12.501.

De realçar a grande quebra das decisões em fiscalização preventiva, consequência, em parte, da quebra de actividade legislativa em 2004.

2. AS PRINCIPAIS DECISÕES

2. As questões sobre direitos fundamentais, suscitadas quase todas em fiscalização concreta, dominam amplamente; e também por aqui se vê como, embora Portugal não conheça o *recurso de amparo* ou a *Verfassungsbeschwerde*, os mecanismos para a sua defesa se revelam satisfatórios.

3. As principais decisões foram as seguintes:

- Acórdão nº 41/2004, de 14 de Janeiro (ilícito de mera ordenação social, legalidade, garantias de defesa).

- Acórdão nº 61/2004, de 27 de Janeiro (relações de emprego público, direito de acesso à função pública).
- Acórdão nº 96/2004, de 11 de Fevereiro (dignidade da pessoa humana, penhora de salários).
- Acórdão nº 106/2004, de 11 de Fevereiro (acesso à justiça, patrocínio judiciário, sociedade).
- Acórdão nº 124/2004, de 10 de Março, penas fixas, princípio da culpa em Direito penal).
- Acórdão nº 144/2004, de 10 de Março (lenocínio, Direito e moral, dignidade da pessoa humana).
- Acórdão nº 154/2004, de 16 de Março (acesso à profissão de motorista, aptidão profissional, efeitos de condenação penal).
- Acórdão nº 155/2004, de 16 de Março (contrato individual de trabalho na Administração pública, segurança no emprego).
- Acórdão nº 198/2004, de 24 de Março (garantias de processo penal, efeitos reflexos de provas proibidas, intercepções telefónicas).
- Acórdão nº 208/2004, de 24 de Março (apoio judiciário a trabalhadores estrangeiros).
- Acórdão nº 232/2004, de 31 de Março (entrada e saída de estrangeiros do território nacional, pais e filhos, princípio da proporcionalidade).
- Acórdão nº 236/2004, de 13 de Abril (responsabilidade civil do Estado).
- Acórdão nº 275/2004, de 20 de Abril (reserva agrícola nacional, solos aptos para construção, expropriações, indemnizações).
- Acórdão nº 281/2004, de 21 de Abril (execução de decisão proferida em processo de intimação para a passagem de certidões ou consulta de documentos).
- Acórdão nº 360/2004, de 19 de Maio (planos de ordenamento, licença para construção, *jus aedificandi*).
- Acórdão nº 373/2004, de 25 de Maio (associação pública e associações sindicais, incompatibilidades).
- Acórdão nº 436/2004, de 22 de Junho (ambiente, participação dos cidadãos, parques naturais e áreas protegidas).
- Acórdão nº 462/2004, de 23 de Junho (extradição, relevância do período de detenção para efeito de extradição para cômputo da prisão preventiva, princípio de igualdade).
- Acórdão nº 486/2004, de 21 de Outubro (cidadãos portadores de deficiência, prémios desportivos, princípio de igualdade).
- Acórdão nº 496/2004, de 12 de Julho (ambiente, execução de sentenças).
- Acórdão nº 589/2004, de 6 de Outubro (liberdade de associação, associações internacionais).
- Acórdão nº 590/2004, de 6 de Outubro (direito à habitação, crédito bonificado para acesso a habitação própria).

- Acórdão n° 599/2004, de 12 de Outubro (indenização por incapacidade para o trabalho, normas programáticas).

4. No domínio da Constituição económica são de registar:

- Acórdão n° 70/2004, de 28 de Janeiro (imposto sobre produtos petrolíferos, reserva de lei, tipicidade fiscal).
- Acórdão n° 129/2004, de 10 de Março (uso de designações relativas a instituições de crédito, direito à titularidade de firma ou designação social, propriedade e empresa).
- Acórdão n° 142/2004, de 10 de Março (capacidade contributiva).
- Acórdão n° 148/2004, de 10 de Março (nacionalizações, fixação do valor das indenizações).
- Acórdão n° 162/2004, de 17 de Março (tributação das empresas, legalidade tributária).
- Acórdão n° 289/2004, de 27 de Abril (iniciativa económica privada, deslegalização).
- Acórdão n° 353/2004, de 19 de Maio (domínio público, indenizações em caso de classificação de bens como de domínio público).
- Acórdão n° 422/2004, de 16 de Junho (expropriação por utilidade pública, princípio da igualdade).
- Acórdão n° 567/2004, de 22 de Setembro (endividamento das regiões autónomas, transferências financeiras para as regiões autónomas, enquadramento orçamental, matérias do estatuto).
- Acórdão n° 601/2004, de 12 de Outubro (tributação de mais valias, legalidade tributária).

5. No âmbito da organização política e dos actos legislativos oferecem interesse:

- Acórdãos n°s 69/2004 e 295/2004, de 28 de Janeiro e de 27 de Abril (princípios fundamentais de leis gerais da República, ilegalidade de normas regionais).
- Acórdão n° 704/2004, de 17 de Dezembro (referendo sobre o «tratado que institui uma Constituição para a Europa», formulação da pergunta).

6. Sobre os tribunais, finalmente, citem-se:

- Acórdão n° 32/2004, de 10 de Março (funções dos tribunais, decisões dos tribunais).
- Acórdão n° 268/2004, de 20 de Abril (competência internacional dos tribunais portugueses, separação das Igrejas do Estado).
- Acórdão n° 564/2004, de 31 de Setembro (caso julgado).

3. REPRESSÃO DO LENOCÍNIO, DIREITO E MORAL, E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

7. No acórdão nº 144/2004, de 10 de Março¹, foi analisada a conformidade com a Constituição do art. 170º, nº 1 do Código Penal, que prevê o crime de lenocínio nos seguintes termos: «Quem, profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo é punido com a pena de prisão de 6 meses a 5 anos».

Condenada certa pessoa pela prática desse crime no tribunal de 1ª instância e, como o tribunal de Relação mantivesse a decisão, ela recorreu para o Tribunal Constitucional, sustentando a inconstitucionalidade de tal norma, por contrária ao art. 41º e ao art. 47º, nº 1, conjugados com o art. 18º, nº 2 da Constituição.

Segundo a recorrente, o Direito criminal não deveria ter por fim defender sentimentalismos transpessoais ou valores de ordem moral. Ao criminalizar-se quem exerce uma actividade comercial que tem por base a prostituição ou «actos similares», parece estar a privar-se o cidadão de exercer uma actividade profissional, por imposição de regras e princípios morais.

Contra-alegando, o Ministério Público sustentou que aquele preceito do Código Penal visa a protecção de um bem jurídico complexo, que abarca tanto o interesse geral da sociedade relativo à postura sexual e ao ganho honesto como a personalidade de quem seja visado pela conduta do agente. Não é posto, assim, em causa, o carácter subsidiário do Direito penal, nem se configura como excessiva a restrição imposta a qualquer direito ou expressão de liberdade.

O Tribunal Constitucional, acolhendo no essencial estas razões, julgou o preceito não inconstitucional.

8. O acórdão começa por equacionar as relações entre Moral e Direito, salientando que tanto quem procure em valores morais a legitimação do Direito como quem acentue a distinção, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam das duas ordens normativas.

Passa depois — e era o essencial, para o que importava no caso concreto — à questão prévia de saber se o art. 170º, nº 1 do Código Penal apenas protege valores que nada tenham que ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, não susceptíveis de protecção segundo a Constituição portuguesa. E responde negativamente:

«A resposta a esta última questão é negativa, na medida em que subjacente à norma do artigo 170º, nº 1, está inevitavelmente uma

¹ *Diário da República*, 2ª série, nº 92, de 19 de Abril de 2004.

perspectiva fundamentada na História, na Cultura e nas análises sobre a Sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída (...). Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais mas do reconhecimento de que uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana.

Não se concebe, assim, uma mera protecção de sentimentalismos ou de uma ordem moral convencional particular ou mesmo dominante, que não esteja relacionada, intrinsecamente, com os valores da liberdade e da integridade moral das pessoas que se prostituem, valores esses protegidos pelo Direito enquanto aspectos de uma convivência social orientada por deveres de protecção para com pessoas em estado de carência social. A intervenção do Direito Penal neste domínio tem, portanto, um significado diferente de uma mera tutela jurídica de uma perspectiva moral, sem correspondência necessária com valores essenciais do Direito e com as suas finalidades específicas num Estado de Direito. O significado que é assumido pelo legislador penal é, antes, o da protecção da liberdade e de uma “autonomia para a dignidade” das pessoas que se prostituem. Não está, consequentemente, em causa qualquer aspecto de liberdade de consciência que seja tutelado pelo artigo 41º, nº 1, da Constituição, pois a liberdade de consciência não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia. Por outro lado, nesta perspectiva, é irrelevante que a prostituição não seja proibida. Na realidade, ainda que se entenda que a prostituição possa ser, num certo sentido, uma expressão da livre disponibilidade da sexualidade individual, o certo é que o aproveitamento económico por terceiros não deixa de poder exprimir já uma interferência, que comporta riscos intoleráveis, dados os contextos sociais da prostituição, na autonomia e liberdade do agente que se prostitui (colocando-o em perigo), na medida em que corresponda à utilização de uma dimensão especificamente íntima do outro não para os fins dele próprio, mas para fins de terceiros. Aliás, existem outros casos, na Ordem Jurídica portuguesa, em que o autor de uma conduta não é incriminado e são incriminados os terceiros participantes, como acontece, por exemplo, com o auxílio ao suicídio (artigo 135º do Código Penal) ou com a incriminação da divulgação de pornografia

infantil [artigo 172º, nº 3, alínea *e*), do Código Penal], sempre com fundamento na perspectiva de que a autonomia de uma pessoa ou o seu consentimento em determinados actos não justifica, sem mais, o comportamento do que auxilie, instigue ou facilite esse comportamento. É que relativamente ao relacionamento com os outros há deveres de respeito que ultrapassam o mero não interferir com a sua autonomia, há deveres de respeito e de solidariedade que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, que uma certa “actividade profissional” que tenha por objecto a específica negação deste tipo de valores seja proibida (neste caso, incriminada) não ofende, de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de actividade económica tem obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos directamente associados à protecção da autonomia e da dignidade de outro ser humano (artigos 471º, nº 1 e 61º, nº 1, da Constituição). Por isso estão particularmente condicionadas, como objecto de trabalho ou de empresa, actividades que possam afectar a vida, a saúde e a integridade moral dos cidadãos [artigo 59º, nº 1, alíneas *b*) e *c*) ou nº 2, alínea *c*), da Constituição]. Não está assim, de todo em causa a violação do artigo 47º, nº 1, da Constituição.

As considerações antecedentes não implicam, obviamente, que haja um dever constitucional de incriminar as condutas previstas no artigo 170º, nº 1, do Código Penal. Corresponde, porém, a citada incriminação a uma opção de política criminal (...), justificada, sobretudo, pela normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição, fazendo desta um modo de subsistência. O facto de a disposição legal não exigir, expressamente, como elemento do tipo uma concreta relação de exploração não significa que a prevenção desta não seja a motivação fundamental da incriminação a partir do qual o aproveitamento económico da prostituição de quem fomenta, favoreça ou facilite a mesma exprima, tipicamente, um modo social de exploração de uma situação de carência e desprotecção social».

É uma demonstração inteiramente convincente.

4. O ART. 22º DA CONSTITUIÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TITULARES DOS ÓRGÃOS, FUNCIONÁRIOS E AGENTES DO ESTADO

9. O art. 22º da Constituição encerra o princípio geral da responsabilidade civil do Estado, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por acções ou omissões de que resulte violação de

direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. E o art. 271º, nº 1 reitera-o a respeito dos funcionários e agentes da Administração.

A Constituição tem quase trinta anos, mas estas normas não foram até agora objecto de regulamentação legislativa que delas aproveite todas as virtualidades. Continua em vigor o Decreto-Lei nº 48 051, de 21 de Novembro de 1967, o qual exclui a responsabilidade solidária dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes em caso de ilícito cometido de forma meramente negligente (arts. 2º e 3º, nºs 1 e 2).

Ora, a propósito da morte de um cidadão, atingido a tiro por um agente de uma força de segurança, foi alegada a inconstitucionalidade superveniente (art. 281º, nº 2 da Constituição) deste regime. O Tribunal Constitucional, porém, pelo acórdão nº 236/2004, de 13 de Abril², decidiu-se em sentido negativo.

10. Era a primeira vez que o Tribunal se confrontava com o problema, o que o levou a sugerir que ou os autores não têm demandado, nas pertinentes acções, os funcionários ou agentes ou que os tribunais não têm, em geral, julgado contrários à Constituição aqueles preceitos da lei de 1967. E daí a prudência que ressalta do texto do aresto.

O art. 22º seria uma norma de garantia institucional: constitucionalizaria o instituto de responsabilidade civil, condicionando o legislador ordinário a não retroceder. O que ele imporia seria que o Estado respondesse sempre ao lado dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes por actos funcionais, quando a lei impusesse a responsabilidade directa destes; mas não que os titulares dos órgãos, funcionários e agentes devessem responder solidariamente com o Estado, sempre que o Estado fosse responsável.

A não entender-se, assim, acabaria por se estabelecer, de uma forma insidiosa, o agravamento automático da responsabilidade dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes no plano das relações externas. Nem se justificaria ligar a sua responsabilização a uma função preventiva dos princípios da legalidade e da eficiência administrativa, porque haveria outras modalidades, incluindo a penal, de o conseguir.

Quanto ao art. 271º, nº 1, também ele deixaria, desde logo, em aberto a questão de saber quais os pressupostos do dever de indemnizar e perante quem é efectuada a responsabilidade (o Estado e as entidades públicas, por via de regresso, ou os particulares lesados?), elementos até então concretizados no Decreto-Lei nº 48 051. E, com tal abertura, o preceito deveria ser interpretado de modo a deixar ao legislador um espaço que permitisse adaptar o instituto às necessidades e exigências de momento.

11. Pensamos que o Tribunal Constitucional fez uma crítica correcta da leitura do art. 22º da Constituição, que vai buscar à estatuição da nor-

² *Diário da República*, 2ª série, nº 131, de 4 de Junho de 2004.

ma — responsabilidade do Estado e das outras entidades públicas em forma solidária — um alargamento da previsão. Não obstante, que a esse preceito subjaz uma ideia de responsabilidade solidária em todos os sentidos parece-nos irrecusável, até devido à sua localização em sede de princípios gerais sobre direitos fundamentais.

Talvez seja plausível uma adequação ou alguma variação legislativa do princípio. Não qualquer redução ou restrição.

5. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES, SEPARAÇÃO DAS IGREJAS DO ESTADO E PLURALIDADE DE ORDENAMENTOS JURÍDICOS

12. Em processo judicial em que se opunham duas pessoas jurídicas da Igreja Católica, uma delas contestou a competência dos tribunais portugueses prevista no art. 65º-A do Código de Processo Civil, por, segundo disse, ela ofender o art. 3º da Concordata entre a Santa Sé e Portugal (relativo à competência dos tribunais eclesiásticos) e o princípio da separação das Igrejas do Estado consignado no art. 41º, nº 4 da Constituição.

Não foi esse, porém, o sentido da decisão do recurso que chegou ao Supremo Tribunal de Justiça. Este tribunal entendeu que a protecção dos interesses nacionais justificava a competência exclusiva dos tribunais portugueses para acções relativas a direitos sobre imóveis e notou que a Concordata apenas reservava aos tribunais eclesiásticos o conhecimento das causas concernentes ao casamento católico. E não havia qualquer violação do princípio da separação.

Interposto recurso para o Tribunal Constitucional, ele negou-lhe provimento e confirmou a decisão recorrida, pelo acórdão nº 268/2004, de 20 de Abril³.

13. O Tribunal Constitucional começou por circunscrever o objecto de sua apreciação ao problema da constitucionalidade do preceito do Código de Processo Civil, afastando a questão da conformidade com a Concordata, por o recurso só ter sido interposto ao abrigo da alínea *a*) e não da alínea *i*) do art. 71º, nº 1 da lei orgânica do Tribunal Constitucional. É orientação, com que não concordamos, como dissemos no nº 30.

Já, muito naturalmente, recusou-se a conhecer da questão da competência dos tribunais eclesiásticos, por não lhe caber interpretar e aplicar normas de Direito canónico.

14. Estava, portanto, em causa saber se a competência exclusiva dos tribunais portugueses quanto a acções relativas a direitos reais ou a direi-

³ *Diário da República*, 2ª série, nº 131, de 4 de Junho de 2004.

tos pessoais de gozo sobre bens imóveis sitos em território português (bem como no tocante a acções tendo por objecto principal a apreciação da validade da inscrição, em registos públicos, de quaisquer direitos sujeitos a registo em Portugal) infringia o princípio da separação. Mas, definido este princípio, como envolvendo, por um lado, neutralidade confessional do Estado e, por outro lado, liberdade de organização e independência das Igrejas e confissões religiosas, o Tribunal excluiu, sem hesitar, que houvesse alguma inconstitucionalidade.

A competência exclusiva não significaria qualquer quebra da indiferença ou neutralidade confessional do Estado. Mesmo que numa acção de tal natureza devesse, pela circunstância de dizer respeito a bens patrimoniais da Igreja Católica, ser aplicado o direito canónico, tal não significaria qualquer permeabilidade dos órgãos de soberania à Igreja. O entendimento contrário conduziria, aliás, a considerar que, sempre que os tribunais portugueses, por força das regras do direito internacional privado, aplicassem direito estrangeiro, ofenderiam ou restringiriam a soberania do Estado português.

Tão pouco essa norma implicaria qualquer invasão do âmbito da Igreja Católica, rompimento da separação entre o Estado e a Igreja Católica ou interferência na organização judiciária da Igreja Católica: tal argumento também conduziria a encarar a aplicação do Direito estrangeiro pelos tribunais portugueses como um atentado à soberania dos Estados estrangeiros, o que seria evidentemente de rejeitar.

Muito menos, a interpretação perfilhada pelo tribunal recorrido violaria os princípios da congruência estrutural das ordens jurídicas e o da pluralidade dos ordenamentos jurídicos. A atribuição aos tribunais portugueses da competência para certas acções não se traduz na automática aplicação, por esses tribunais, da lei portuguesa, pois não impede o funcionamento das regras gerais do direito internacional privado ou das normas de direito internacional público que imponham a aplicação do direito estrangeiro.

Dito de outro modo, de uma regra de competência internacional directa nada se poderia extrair a propósito do direito substantivo concretamente aplicável à causa, pelo que não faria sentido sustentar que tal regra violava os princípios da congruência estrutural das ordens jurídicas e da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, como pretendia a recorrente.

Não nos parece que pudessem ser outras as conclusões.

6. A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E AS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS DE ÂMBITO INTERNACIONAL

15. O Provedor de Justiça — mais uma vez o Provedor de Justiça como órgão de promoção da defesa de direitos fundamentais — requereu

ao Tribunal Constitucional a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral do art. 13º, nº 2 do Decreto-lei nº 594/74, de 7 de Novembro, que impunha autorização do Governo para a promoção e a constituição de associações internacionais.

Tal preceito, segundo o Provedor infringiria o art. 46º da Constituição, que expressamente garante aos cidadãos o direito de constituírem associações sem dependência de qualquer autorização. Estaria aí, portanto, uma restrição a um direito, liberdade e garantia não constitucionalmente admitida e desrespeitadora, fosse como fosse, do princípio da proporcionalidade consignado no art. 18º.

Nem poderia ligar-se tal restrição a poderes do Governo de verificação da compatibilidade dos fins das associações internacionais com os interesses do Estado português nas relações internacionais. A protecção destes interesses não carece de instrumentos diferentes, consoante esteja em causa a ordem jurídica moral, ordens jurídicas estrangeiras ou a ordem jurídica internacional; para tanto bastam a proibição da prossecução da violência e de fins contrários à lei geral constante do referido art. 46º.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 589/2004, de 6 de Outubro⁴, deu provimento ao pedido. Aquele Decreto-lei era anterior à Constituição, mas esta consagra — logicamente — o poder do Tribunal para conhecer tanto de inconstitucionalidades originárias como de inconstitucionalidades supervenientes (art. 282º, nºs 1 e 2).

16. Aceitando a qualificação feita pelo Provedor de Justiça, o acórdão afastou, antes do mais, do âmbito da norma impugnada as pessoas colectivas internacionais a que, para efeitos de determinação da respectiva lei pessoal, se refere o artigo 34º do Código Civil. Sendo elas as que devem a sua criação a uma fonte de direito internacional, não faria sentido condicionar a sua constituição a um qualquer mecanismo interno (que, de resto, seria de todo inoperante até porque o Estado Português pode nem sequer ser parte no acto internacional que as institua). E também dele se afastam associações constituídas em Portugal maioritariamente por estrangeiros, porque a Constituição não reserva o direito de associação aos portugueses.

O que se visa com a expressão «associações internacionais» são os entes associativos, constituídos ao abrigo de uma ordem jurídica estadual, com finalidades internacionais, de natureza científica, religiosa ou outra, que previsivelmente desenvolvem a sua actuação em mais de um Estado. E o que essencialmente as diferencia daquilo que, por contraposição, se poderia designar por «associações internas» não é o respectivo substrato pessoal mas um aspecto particular (ligado à vocação transnacional) do respec-

⁴ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 259, de 4 de Novembro de 2004.

tivo elemento teleológico ou finalístico. Trata-se, assim, de uma realidade próxima, ainda que porventura não necessariamente coincidente, daquela que a doutrina internacional publicística designa como «organizações não-governamentais».

Ora, a eles se aplica, sem sombra de dúvida, o art. 46º, nº 1, ao titular a liberdade positiva de associação sem quaisquer constrangimentos e, ao excluir, de forma inequívoca, a interferência administrativa consistente na sujeição da constituição das associações à autorização das entidades públicas.

No caso em apreço, essa intervenção poderia, porventura, procurar apoio na ideia de que as associações internacionais não devem servir de pretexto ao exercício de formas de actuação «para-diplomática» susceptíveis de porem em causa a condução da política externa do Estado português. Simplesmente, e mesmo que em tese geral se admita essa ideia, cujas eventuais concretizações não poderiam dispensar um confronto com os princípios do artigo 7º da Constituição, a exigência de uma autorização prévia constitui uma restrição manifestamente desproporcionada para alcançar tal finalidade. O controlo de eventuais «abusos do direito de associação» por parte das associações internacionais deverá fazer-se no momento do *exercício* da sua actividade, não no da sua *constituição*, salvo o controlo de conformidade à lei ou à moral pública, a efectuar pelo Ministério Público nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei nº 594/74, na redacção do Decreto-Lei nº 71/77.

Sujeitá-las a uma autorização do Governo — quando o texto constitucional inequivocamente proscreve uma tal forma de interferência estatal na génese das associações — equivaleria a uma limitação irrazoável e arbitrária, destituída de fundamento material bastante, de um direito fundamental. E isto vale quer para o momento «genético» ou constitutivo das associações quer para a actividade dinâmica da sua «promoção», já que a liberdade de associação contempla ambas as realidades.

Ainda que se reconhecesse uma «especial natureza» às associações internacionais a que alude a norma *sub judicio*, não se vislumbraria em que medida essa «especial natureza» pudesse permitir a sujeição a um regime de autorização prévia por parte do Governo, que, para mais, não surge ordenada a qualquer finalidade objectiva ou ligada a qualquer fundamento apreensível pelo intérprete, e para o qual não existe credencial constitucional bastante.

17. Merece inteira concordância, obviamente, este acórdão: outra não podia ser a conclusão à face da fórmula tão peremptória e clara do art. 46º, nº 1 da Lei Fundamental. E trata-se de texto bem fundamentado (assim como o do requerimento do Provedor de Justiça). Só não havia necessidade de recorrer a tanta informação (como a jurisprudência do Tribunal

Europeu dos Direitos do Homem), sobrecarregando algo que era muito simples.

Apenas a inércia explicará por que foi preciso esperar mais de 28 anos após a entrada em vigor da Constituição de 1976 para questionar uma norma como a do art. 13º, nº 2 do Decreto-lei nº 594/74; ou então a consciência da sua ineffectividade em face da dinâmica de um regime político de liberdade. Tal como só a inércia explicará por que não se substituiu ainda esse diploma, importante no momento pós-revolucionário em que surgiu, mas hoje muito desactualizado (à semelhança, por exemplo, do Decreto-lei nº 406/74, de 29 de Agosto, sobre liberdade de reunião).

De todo o modo, a decisão do Tribunal Constitucional é bem-vinda e pode constituir um estímulo às organizações não governamentais criadas em Portugal, cujo desenvolvimento traduz participação activa dos cidadãos no enfrentamento dos problemas do nosso tempo e abertura à desejável sociedade civil internacional.

7. EFEITOS DAS PENAS E ACESSO À PROFISSÃO

18. O art. 4º, nº 2 do Decreto-lei nº 263/98, de 19 de Agosto, sobre as condições de acesso e de exercício da profissão de motorista de táxi, considera não idóneas, durante um período de três anos após o cumprimento da pena, as pessoas que tenham sido condenadas em pena de prisão efectiva igual ou superior a três anos, salvo reabilitação. Chamado a apreciá-lo, a requerimento do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional declarou-o inconstitucional com força obrigatória geral, pelo acórdão nº 154/2004, de 16 de Março⁵.

Estava em causa a liberdade de escolha e de exercício de profissão, garantida pelo art. 47º da Constituição. E perante norma tão clara como a do art. 30º, nº 4 — que determina que nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos — a decisão inseriu-se numa linha jurisprudencial, já testada em situações anteriores, mesmo se nem sempre coincidente.

8. INDEMNIZAÇÃO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO E RESERVA ECONÓMICA DO POSSÍVEL

19. No acórdão nº 599/2004, de 12 de Outubro⁶ estavam em causa as normas do nº 1 da base XLV da Lei nº 2127, de 3 de Agosto de 1965, e do art. 6º do anexo à Portaria nº 642/83, de 1 de Junho, que excluem as

⁵ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 91, de 17 de Abril de 2004.

⁶ *Diário da República*, 2ª série, nº 289, de 11 de Dezembro de 2004.

incapacidades temporárias do âmbito da indemnização por acidentes de trabalho, por meio do Fundo de Acidentes de Trabalho (que sucedeu ao Fundo de Garantia e Actualização de Pensões).

O recorrente invocava, antes de mais, violação dos arts. 26º, nº 1 e 13º da Constituição, por as normas questionadas envolverem uma diferenciação de regimes entre incapacidade permanente e incapacidade temporária, agravada pela sucessão de leis (a superveniência, entretanto, da Lei nº 100/97, de 13 de Setembro, e da Portaria nº 291/2000, de 25 de Maio). E invocava violação do art. 59º, nº 1, alínea *b*), que concede aos trabalhadores direito a assistência e a justa reparação, quando vítimas de acidentes de trabalho ou de doença profissional.

O Tribunal não aceitou estes fundamentos de inconstitucionalidade.

20. Quanto ao primeiro argumento, o acórdão disse que o problema posto pelo regime da Lei nº 2127 não era um problema de diferenciação, mas, quando muito, de omissão de previsão de garantia.

Quanto ao segundo argumento, o acórdão — assentando o seu raciocínio na sujeição dos direitos sociais à reserva do possível — veio sustentar que ao Estado cabia determinar o sistema de garantia de pensões em consonância com a avaliação das respectivas possibilidades e necessidades. Prevendo a lei um mecanismo de ressarcimento de incapacidades temporárias e definitivas e actuado este no caso (com a condenação, em juízo, da entidade empregadora e a execução dos bens desta para obtenção das quantias em que foi condenada), e coberto ainda o risco de insolvência da devedora em relação às indemnizações consideradas mais relevantes pelo legislador (através da imposição do pagamento da pensão a uma instituição seguradora e a uma entidade pública que assumiu as responsabilidades da desaparecida entidade patronal), só uma imposição constitucional directa importaria um diagnóstico de inconstitucionalidade na parte em que o quadro legal de protecção do trabalhador sinistrado se revelasse, nas circunstâncias do caso, lacunoso.

Concordamos com a resposta ao primeiro argumento; não com a resposta ao segundo; e por isso, como fez a juíza Maria Fernanda Palma em declaração de voto, consideraríamos verificar-se inconstitucionalidade por infracção do art. 59º da Lei Fundamental.

21. É verdade que a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como — o que nem sempre é suficientemente tido em conta — dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros. E não por acaso o art. 22º da Declaração Universal liga os di-

reitos económicos, sociais e culturais «ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo».

Todavia, por regra, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação.

Vale isto dizer que também aqui se justifica e se impõe uma tarefa de harmonização e concordância prática. Não se tratará, como nos direitos, liberdades e garantias, de colisões ou conflitos de direitos (ou dos seus conteúdos potenciais máximos) e, por isso, tão pouco se recortarão verdadeiras e próprias restrições. Tratar-se-á, sim, de uma avaliação simultânea (ou dialéctica) dos direitos a efectivar e dos recursos, humanos e materiais, disponíveis e adequados para o efeito.

Nesta apreciação, os órgãos de decisão política hão-de gozar, por certo, de uma relativa margem de liberdade — da liberdade de conformação a eles inerente e postulada pelo pluralismo democrático e pela alternância. Não, porém, de uma total liberdade. Não pode ser obliterado o princípio da proporcionalidade (*lato sensu*), aferido por padrões de justiça social, solidariedade e «igualdade real entre os Portugueses» [art. 9º, alínea *d*), da Constituição]; e aos tribunais em geral e ao Tribunal Constitucional em especial competirá descobrir eventuais inconstitucionalidades.

No caso concreto em análise, era o conteúdo essencial do direito à reparação por acidente de trabalho e da correspondente incumbência do Estado que era obliterada.

22. Tinha, pois, razão a juíza Maria Fernanda Palma quando escrevia na sua declaração de voto de vencida, que a lógica de uma subordinação do dever do Estado à avaliação das respectivas possibilidades e necessidades, bem como a perspectiva de «uma subordinação da concretização dos direitos sociais em questão a uma apreciação, de natureza fundamentalmente política, dos meios disponíveis e das necessidades existentes», justificariam, em última análise, a ausência de um sistema de suporte estatal da indemnização por acidente de trabalho em quaisquer casos e, consequentemente, um total abandono do trabalhador sinistrado à sua sorte. Esse argumento provava, assim, demais e não corresponde ao sentido da norma constitucional que não diferencia o direito do trabalhador à justa reparação, para qualquer efeito, segundo a natureza da incapacidade determinada pelo acidente:

«(...) há um direito dos trabalhadores ao suporte pelo Estado do seu infortúnio, no caso de a entidade patronal não o poder fazer. Outra leitura da Constituição, relativista e liberalizante, em matéria

de direitos fundamentais, embora sociais, põe em causa a natureza fundamental deste tipo de direitos dos trabalhadores. Tal direito, na verdade, não é configurado apenas como uma obrigação do Estado quanto a conformar a actuação da entidade laboral, mas necessariamente como um direito à protecção directa do Estado, no caso de se tornar inviável a reparação pela entidade patronal.

A alínea f) do artigo 59º tem essa dimensão, desde logo ao prever um direito à assistência a par do direito à justa reparação. Mesmo tratando-se de uma garantia do trabalhador perante a entidade patronal por força do seu infortúnio, tal garantia, tendo a ver com condições essenciais de existência, não pode deixar de ser subsidiariamente suportada por um qualquer sistema socialmente mantido, sob pena de os trabalhadores serem abandonados à lógica do seu infortúnio. A justificação no caso da incapacidade temporária, pela “escassez de bens”, dependeria, aliás, de uma demonstração que, no contexto concreto, não é de facto feita, já que no sistema actualmente vigente não se faz qualquer distinção entre tipos de incapacidades, não me parecendo razoável que se possam invocar alterações essenciais da política social ou qualquer momento actual de abundância de recursos.

Assim, manter o discurso da escassez como mero argumento aceitável é a utilização de uma realidade económica, fora do seu contexto demonstrativo, apenas como fórmula, no plano da validade constitucional».

9. ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA E PARTIDOS POLÍTICOS

23. Um dos fundamentos do Estado de Direito democrático proclamados no art. 2º da Constituição é o «pluralismo de expressão e organização política *democráticas*» e este adjectivo também aparece a propósito, designadamente, da oposição (art. 114º, nº 2). Mas isso não implica qualquer tipo de restrição ao pluralismo.

A menção da democracia incorpora uma regra prescritiva, não uma regra negativa ou proibitiva. Obriga a que na expressão e na organização políticas se observem as regras inerentes a uma ordem constitucional democrática — esse o sentido do art. 10º, nº 2; obriga a que se siga o «método democrático» (como se diz, por exemplo, no art. 49º da Constituição italiana) de acção política, e não qualquer método assente na subversão ou na violência; obriga a que os partidos respeitem a *democracia política* (art. 10º, nº 2) ou que concorram *democraticamente* para a formação de vontade popular (art. 51º, nº 1).

Não proíbe, só por si, nenhuma expressão ou organização, nem sequer a expressão e a organização que se proponham criar um regime diferente

do regime democrático; nem autoriza qualquer discriminação com fundamento em fidelidade ou não à democracia, visto que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de convicções políticas ou ideológicas (art. 13º, nº 2), são proibidos despedimentos por motivos políticos ou ideológicos (art. 53º) e os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária (art. 269º, nº 2).

O que a Constituição proíbe é a actividade, seja ela qual for e em nome de seja qual for a ideologia (ainda que se pretenda democrática, liberal, europeia), que atente contra o respeito dos direitos fundamentais e contra o funcionamento das instituições constitucionais. Porém, essa actividade há-de apurar-se objectivamente através do seu enquadramento nos tipos de crimes previstos e punidos pela lei penal e só os tribunais a podem punir, como violação da legalidade democrática (art. 202º, nº 2), e não quaisquer órgãos políticos.

Foi, precisamente, pela prática de actos contrários à ordem constitucional democrática que o Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 231/2004, de 31 de Março⁷, decretou a extinção de um partido político — a Frente de Unidade Popular (F.U.P.). E foi — felizmente — o único caso verificado desde 1976.

24. A acção fora proposta em 1987, pelo Ministério Público, ao abrigo das alíneas *c*) e *d*) do art. 21º da lei de partidos anterior à Constituição (embora posterior à revolução) e, nessa altura, ainda em vigor — o Decreto-lei nº 595/74, de 7 de Novembro, por o fim real desse partido — criar condições para, a prazo e mediante insurreição armada, tomar o poder — ser ilícito e contrário à ordem pública.

Porém, a instância tinha sido suspensa em 1989, em face do processo criminal desencadeado contra pessoas integradas nas Forças Populares — 25 de Abril (FP-25), uma das componentes do partido, que haviam desencadeado a violência, chegando a cometer assassinatos. Só em 2003, depois de transitada em julgado a última decisão condenatória, viria a ser retomada. Vale dizer: foi preciso esperar 16 anos para o Tribunal Constitucional se considerar habilitado a levar até ao fim a acção promovida pelo Ministério Público!

Tão longa e lamentável demora teve por origem toda uma série de recursos e de expedientes processuais por parte dos advogados dos arguidos — o que mostra bem a necessidade de uma racionalização de todo o sistema e de uma mudança de atitude por parte dos seus intervenientes. Na

⁷ *Diário da República*, 2ª série, nº 102, de 30 de Abril de 2004.

prática, o partido em causa tinha há muito deixado de existir, mas imagine-se o que seria se tal não tivesse sucedido.

25. Acresce que, entretanto, fora publicada uma nova lei dos partidos, a Lei Orgânica nº 2/2003, de 22 de Agosto, que tinha deixado de cominar como causas (ou causas explícitas) de extinção judicial de um partido político as contempladas nas referidas alíneas *c*) e *d*) do art. 21º da lei de 1974. O Tribunal Constitucional soube, contudo, ultrapassar a dificuldade, se bem que não da melhor forma.

Ele veio sustentar que o art. 18º da Lei Orgânica não continha uma enumeração taxativa dos fundamentos da extinção judicial dos partidos políticos e que o capítulo I dessa lei inviabilizaria a constituição de um partido como a F.U.P. Todavia, esse raciocínio envolvia alguns riscos no plano das garantias de pluralismo partidário e, em rigor, nem era necessário (como, aliás, o acórdão reconheceria).

Com efeito, porque os partidos — mesmo não sendo, no Direito português, simples associações privadas — não deixam de ser associações, a eles se aplica, sem sombra de dúvida, o art. 46º, nº 1 da Constituição, o qual impede a existência de associações que «se destinem a promover a violência» e cujos fins sejam «contrários à lei penal». E o art. 182º, nº 2 do Código Civil prescreve que as associações se extinguem por decisão judicial quando «o seu fim seja sistematicamente prosseguido por meios ilícitos ou imorais» ou «a sua existência se torne contrária à ordem pública» [alíneas *c*) e *d*)].

10. INDEMNIZAÇÃO EM CASO DE CLASSIFICAÇÃO DE BENS COMO DE DOMÍNIO PÚBLICO

26. No acórdão nº 353/2004, de 19 de Maio⁸, estavam em foco algumas normas respeitantes ao domínio público, os arts. 3º, nºs 2 e 5 do Decreto-lei nº 468/71 de 5 de Novembro, ao estabelecerem que a classificação de certos bens como de domínio público implica a sua transferência para esse domínio, independentemente de indemnização.

O Tribunal Constitucional, na senda da sua jurisprudência, julgou aquelas normas inconstitucionais, por violação da garantia da propriedade privada (art. 62º da Constituição), direito ou feixe de direitos com estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias (art. 17º). Nem podia ter sido de outra forma.

Ou seja: o interesse público à integração de certos bens — no caso concreto, um prédio situado nas margens de um rio — no domínio público do

⁸ *Diário da República*, 2ª série, nº 150, de 28 de Junho de 2004.

Estado prevalece sobre o interesse do particular a manter a sua propriedade, mas tem, necessariamente, como contrapartida que a expropriação se opere com justa indemnização. E a lei definidora do regime dos bens do domínio público (pressuposto no art. 84º, nº 2) está adstrita ao respeito dessa garantia.

11. REAFIRMANDO A JURISPRUDÊNCIA SOBRE CASO JULGADO

27. Na fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional português — ao contrário do que se passa com outros Tribunais Constitucionais — apenas julga no caso concreto. Mas, quando tenha julgado inconstitucional a mesma norma três vezes, pode vir a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, por iniciativa de um dos seus juízes ou do Ministério Público.

Foi o que fez pelo acórdão nº 564/2004, de 31 de Setembro⁹, tendo por objecto o art. 10º, nº 4 da Lei nº 85/2001, de 4 de Agosto, relativa às tabelas emolumentares dos registos e do notariado e em que se estabelecia — contra o respeito do caso julgado — que na execução das sentenças de anulação de actos de liquidação seriam deduzidos, na repartição da quantia paga, a parcela correspondente à participação emolumentar dos funcionários.

O interesse deste acórdão consiste, no entanto, na reconstituição da jurisprudência sobre o caso julgado, vinda desde os tempos da Comissão Constitucional e prosseguida pelo Tribunal.

28. Vale a pena recordar os pontos básicos dessa jurisprudência:

- a) A estabilidade e a força jurídica inerentes ao caso julgado como característica, em princípio, das sentenças dos tribunais e como decorrência ainda da regra de ressalva dos casos julgados em caso de declaração de inconstitucionalidade (art. 281º, nº 3 da Constituição);
- b) A segurança jurídica e o Estado de Direito como fundamentos do respeito do caso julgado;
- c) A ausência, porém, de uma intangibilidade absoluta, por se admitirem, em certas hipóteses, interesses ou valores constitucionalmente relevantes mais poderosos;
- d) Em qualquer caso, a impossibilidade de uma lei retroactiva atingir o caso julgado quando a Constituição proíba a retroactividade por intermédio de uma lei individual, como sucede nos domínios da

⁹ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 247, de 20 de Outubro de 2004.

restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 18º, nº 3), das normas penais incriminadoras (art. 29º, nº 2) e da criação de impostos (art. 102º, nº 3).

12. UM PROBLEMA DE QUALIFICAÇÃO DO RECURSO

29. Como determinado cidadão tivesse impugnado a liquidação do imposto sobre automóveis respeitante à matrícula nacional da viatura que havia adquirido na Alemanha, o tribunal tributário de 1ª instância deu-lhe razão, por tal liquidação se basear numa tabela inconstitucional, violadora do art. 90º do tratado de Amesterdão e do art. 8, nº 2 da Constituição.

Interposto recurso para o Tribunal Constitucional pelo Ministério Público, ao abrigo do art. 70º, nº 1, alínea *a*) da lei orgânica do tribunal (Lei nº 28/82, de 15 de Novembro), o relator do processo proferiu decisão sumária no sentido do seu não conhecimento. Os casos de contrariedade de norma legislativa com convenção internacional só poderiam ser objecto de recurso ao abrigo da alínea *i*), especificamente destinada a essas hipóteses. Além disso, estando em causa uma norma de Direito comunitário (primário) e dispondo o Direito comunitário de uma instância jurisdicional vocacionada para a sua tutela, seria incongruente fazer intervir outra instância, o Tribunal Constitucional português.

Inconformado com a decisão, o recorrente reclamou para a conferência. Reconhecendo que, efectivamente, a inconstitucionalidade motivadora do juízo de desaplicação pelo tribunal *a quo* era uma inconstitucionalidade indirecta, sustentou que poderia ou deveria proceder-se à alteração da qualificação, mesmo oficiosa, do vício, por se verificarem os pressupostos da referida alínea *i*) do nº 1 do art. 70º da lei do Tribunal Constitucional.

Chamado a decidir, o plenário do Tribunal negou-se a proceder à pretendida convoação através do acórdão nº 46/2004, de 19 de Janeiro¹⁰.

Haveria uma diferença essencial entre o recurso da alínea *c*) do nº 1 da lei orgânica — recusa de aplicação fundada autonomamente numa norma constitucional — e o recurso da alínea *i*) — recurso que se ocupa de questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicados na decisão recorrida. De resto, sendo a recusa de aplicação *sub judice* fundada em inconstitucionalidade, sempre se suscitariam dúvidas insolúveis sobre se, qualificado o vício de outro modo, teria subsistido a recusa de aplicação da norma julgada inconstitucional.

Nem bastaria que o recorrente indicasse qualquer alínea *i*) do art. 70º. Ele teria de identificar tais questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional logo no requerimento de interposição do recurso.

¹⁰ *Diário da República*, 2ª série, nº 50, de 28 de Fevereiro de 2004.

30. Não acompanhamos a maneira de ver do Tribunal. Mantemos a opinião segundo a qual o Tribunal Constitucional não está vinculado à qualificação produzida pelo tribunal *a quo* (assim, *Manual de Direito Constitucional*, vol. VI, pág. 201).

O ponto básico era o seguinte: saber se a sentença do tribunal *a quo* assentava na contradição entre uma norma de lei ordinária interna e uma norma de convenção internacional e saber se o Tribunal Constitucional era, por seu turno, competente para apreciar essa eventual desconformidade. Admitidas uma e outra coisa, antolha-se secundário que tenha ou não sido invocada inconstitucionalidade. A situação era idêntica àquela que poderia verificar-se se, noutro processo, em vez de ilegalidade por infracção de lei de valor reforçado [alínea *c*] do n.º 1 do art. 70º da lei orgânica e alínea *a*) do n.º 2 do art. 280º da Constituição] se invocasse inconstitucionalidade [alínea *a*) do n.º 1 do mesmo art. 70º e alínea *c*) do n.º 1 do art. 280º].

Delimitados os termos da questão, a palavra definitiva sobre a qualificação só poderia caber ao Tribunal Constitucional. Porque *jura novit curia*, incumbê-lhe, em qualquer processo, conservar a qualificação vinda do tribunal *a quo* ou adoptar outra que repute mais correcta, mas tudo sem prejuízo da sua competência de controlo. Não assumir esse poder significa — como significou no caso em apreço — deixar de julgar.

Muito menos se justificaria sugerir a competência de tribunais da União Europeia, porque o chamado reenvio prejudicial reporta-se ao Direito comunitário derivado, às normas dimanadas das instituições da União, e não ao Direito comunitário primário. Por mais especialidades que este tenha, ele não fica excluído do âmbito da alínea *i*) do art. 70º, n.º 1 da lei orgânica do Tribunal Constitucional.

13. O DIFÍCIL REFERENDO SOBRE A «CONSTITUIÇÃO EUROPEIA»

31. A integração europeia de Portugal (ou, doutro prisma, a participação de Portugal no processo de construção europeia), fez-se até agora à margem de qualquer referendo.

Em 1985, aquando da celebração do tratado de adesão às Comunidades Europeias, a Constituição não permitia ainda referendo a nível nacional. Ele seria só introduzido em 1989, e em termos bastante circunscritos, ficando excluídas do seu âmbito as organizações internacionais. E, por isso, em 1992 não foi possível submeter a referendo o tratado de Maastricht, não obstante um largo sector da opinião pública o preconizar.

A revisão constitucional de 1997 eliminou essa restrição. Mas o referendo proposto no ano seguinte acerca do tratado de Amesterdão não chegou a realizar-se, porque o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela

inconstitucionalidade da proposta e o Parlamento não a reformulou (apesar de o poder fazer). E em 2004 a situação tornar-se-ia muito semelhante.

32. Com efeito, a Constituição portuguesa prevê a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade de todos os referendos, nacionais, regionais e locais [arts. 115º, nº 8 e 223º, nº 2, alínea f)], e fiscalização obrigatória, ao invés do que sucede com a dos actos legislativos e a das convenções internacionais. O objectivo é impedir factos consumados: verificar se se respeitam as normas materiais e procedimentais constantes da Constituição e da lei, porquanto, depois de o povo decidir, torna-se muito difícil, em face do princípio democrático, pôr em causa a votação ou o seu resultado.

Trata-se, pois, de indagar se o objecto do referendo é um objecto possível (à face do elenco de matérias sobre que pode ou não versar), ou se ofende alguma norma de fundo, ou se não vai ocorrer em períodos ou em circunstâncias vedadas pela Constituição (os períodos eleitorais ou o estado de sítio ou de emergência) ou se a pergunta ou as perguntas (até ao máximo de três) são enunciadas com «objectividade, clareza e precisão» para respostas de sim ou não (art. 115º, nº 6). Foi apenas por deficiência da pergunta (tal como em 1998) que o Tribunal Constitucional se pronunciou pela inconstitucionalidade da proposta¹¹.

33. A pergunta aprovada pela Assembleia da República era a seguinte: «Concorda com a Carta de Direitos Fundamentais, a regra das votações por maioria qualificada e o novo quadro institucional da União Europeia, nos termos constantes da Constituição para a Europa?».

O Tribunal viu-a, não como uma pergunta única ou unitária, mas como um conjunto de três perguntas, como a *junção de três questões* numa só fórmula de *resposta única*. Donde, a sua falta de clareza. Ainda que se pudesse pretender que a Assembleia tivesse querido salientar três aspectos do tratado para conteúdo da proposta referendária, remetendo a pergunta para um juízo de ponderação global, a mera possibilidade de se lhe atribuir mais de um sentido afectaria a exigência de intelegibilidade; e o mesmo poderia dizer-se a respeito de cada uma das três questões.

34. Por certo, haveria formulações bem mais satisfatórias do que a apresentada e, sob o prisma político, poderia até considerar-se que o realce prestado à Carta de Direitos Fundamentais inculcaria logo uma resposta favorável. Aliás, se a Assembleia queria salientar o essencial num tratado tão vasto e complexo como o novo tratado de Roma, outros elementos haveria a referir. No entanto, no estrito plano jurídico-constitucional, a

¹¹ Acórdão nº 704/2004, de 17 de Dezembro, in *Diário da República*, 1ª série-A, nº 304, de 30 de Dezembro de 2004.

linha de pensamento adoptada pelo Palácio Ratton afigura-se demasiado rígida.

Não eram três perguntas, eram três segmentos; e o cidadão votaria sim se concordasse com todos ou não se discordasse; mas, se concordasse com este ou aquele segmento e discordasse daquele ou daqueles outros, o que teria de fazer era uma valoração da respectiva importância para concluir em sentido positivo ou negativo. Como escreveu a juíza Maria Fernanda Palma (um dos dois juízes que votaram vencidos), na sua declaração de voto, atendia-se aí a um critério racional.

Vale dizer: o que estava em causa era sempre e só a «Constituição europeia», embora encarada a partir do conteúdo que lhe conferiu o Parlamento e não cada um dos referidos três segmentos; o que estava em causa era a posição global pedida ao eleitorado acerca dele, e não o somatório de três questões autonomizadas ou despreendidas de um determinado contexto; o que o Parlamento perguntava aos cidadãos era se concordavam com a «Constituição europeia», com a sua Carta de Direitos Fundamentais, a regra das votações por maioria qualificada e um novo quadro institucional.

Acresce um aspecto fundamental, ligado à óbvia diferença de tratamento e regime das leis e dos tratados internacionais.

No caso de uma lei, acto de Direito interno, nada obsta a que o órgão proponente do referendo destaque esta ou aquela matéria, com a necessária consequência na norma correspondente. Já no caso de um tratado, acto de Direito internacional, o respeito da sua globalidade impõe-se por um evidente princípio de boa fé de tal sorte que, se existissem várias perguntas, a simples resposta negativa a uma, faria que ele não pudesse ser aprovado. Logo, na medida do possível — e julgamos que isso era possível na presente situação — uma proposta de referendo sobre um tratado deve ser lida nessa conformidade.

35. Na sequência do acórdão (e até antes) alguns Deputados afirmaram que, para ultrapassar a dificuldade assim surgida, deveria desencadear-se uma nova revisão constitucional, pois a Constituição, afinal, não consentiria referendos sobre tratados. Erro manifesto e grave, contudo.

Basta recordar o sistema de referendo nacional (art. 115º da Constituição) e cuja nota mais singular — talvez inédita em Direito comparado — consiste em o povo não aprovar ou rejeitar esta ou aquela convenção internacional, esta ou aquela lei, mas sim em decidir, através dele, que a convenção ou a lei deve ser aprovada ou não aprovada pelo órgão competente (com isso se prevenindo manipulações ou dramatizações plebiscitárias em detrimento da Assembleia da República).

Não há tratados aprovados directamente pelo povo, nem leis referendárias, nem tão-pouco sanção popular ou veto popular, como existe nou-

tros países. Em si o referendo não adquire eficácia externa, não produz efeitos (ou efeitos imediatos) na vinculação internacional do Estado, nem efeitos sobre as normas legislativas reguladoras das matérias sobre as quais incide. A sua eficácia esgota-se no interior do Estado (porque o povo, o eleitorado é parte do Estado, mesmo sem se reconduzir a órgão). Acto prévio em relação à aprovação da convenção ou da lei, congrega-se com esta, numa espécie de binário ou de acto complexo.

Assim seria possível, *mesmo hoje*, perguntar, tão somente, ao povo se concordava ou não com a «Constituição europeia», sabendo-se que uma resposta positiva não dispensaria o Parlamento de praticar (obrigatoriamente) o acto de aprovação e que uma resposta negativa implicaria a proibição de o fazer.

36. Quase no mesmo dia em que o Tribunal emitia o seu aresto, o Presidente da República dissolvia o Parlamento. Ora, por mera hipótese académica, poderia este depois disso reformular a pergunta (como a Constituição e a lei autorizam) ou só poderia ser a Assembleia a eleger a retomar o procedimento referendário?

Embora a dissolução não afecte a subsistência do mandato dos Deputados, nem a competência da Comissão Permanente (art. 172º, nº 3), uma Assembleia dissolvida só pode reunir-se para certos efeitos extraordinários como a autorização de declaração de estado de sítio ou de emergência ou de declaração de guerra (art. 138º) ou, porventura, para apreciação de programa do Governo que tenha de se constituir por morte, incapacidade ou incompatibilidade do Primeiro-Ministro do Governo em funções (arts. 192º e 195º). Não por causa de um referendo.

Por outro lado, deve entender-se que o procedimento de referendo caduca com a dissolução, à semelhança do que sucede com os procedimentos legislativos que estejam em curso. Será o novo Parlamento a deliberar se abre um novo procedimento ou não.

É que a proposta de referendo equivale a uma vinculação do Parlamento — obrigado a aprovar ou a não aprovar o acto sobre o qual incide a questão pendente de voto popular. Para além de a nova Assembleia querer alterar ou manter a pergunta ou as perguntas, mal se perceberia que ela ficasse adstrita a uma vinculação que não decidiu. E menos se compreenderia que, mesmo querendo retomar a proposta de referendo, não pudesse alterar a pergunta ou as perguntas constantes da proposta.

14. A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 2004

37. A supremacia, em maior ou menor grau, da legislação decretada pelos órgãos do Estado central (federal ou unitário regional) sobre a legis-

lação local (de Estado federado ou de região), não levanta dúvidas e aparece, explícita ou implicitamente, nos textos constitucionais, desde o art. VI, nº 2 da Constituição dos Estados Unidos ao art. 31º da Constituição alemã, ao art. 254º da Constituição indiana, o art. 24º, § 4º, da Constituição brasileira ou ao art. 49º da Constituição suíça, ao art. 117º da Constituição italiana e ao art. 150º, nº 3, da Constituição espanhola.

Também a Constituição portuguesa impunha, desde 1976, o respeito pelos decretos legislativos regionais das leis gerais da República [arts. 115º, nº 3, e 229º, nº 1, alínea a)] ou, desde 1997, pelos *princípios fundamentais* das leis gerais da República. Com a revisão constitucional de 2004 isto deixa, aparentemente, de fazer sentido. Agora inverte-se o postulado: normas legais decretadas sobre matérias não reservadas aos órgãos de soberania não se aplicam quando haja legislação regional própria (art. 228º, nº 2); logo, dir-se-ia que esta prevalece sobre aquelas.

Terá de ser, porém, assim? Será de admitir essa prevalência num Estado que continua unitário (arts. 6º e 225º, nº 3)? Como compatibilizar com a unidade do Estado a divisão do seu espaço jurídico em três espaços — Continente, Açores e Madeira — a que conduz, forçosamente, o novo preceito constitucional interpretado à letra?

Um caminho capaz de ultrapassar estas contradições consistiria em reconduzir a relação entre leis do Estado e leis regionais a uma relação de leis gerais e leis especiais. Os decretos legislativos regionais então teriam preferência sobre as leis do Estado em matérias a estas não reservadas, porque lei geral não revoga lei especial (art. 7º, nº 3, do Código Civil). Ao invés, se os decretos legislativos regionais surgissem como leis excepcionais — quer dizer, com regimes assentes em princípios opostos aos constantes das leis do Estado — então já não teriam a virtualidade de as derogar e, se as derogassem, deveriam ter-se por inválidos, por ilegalidade ou inconstitucionalidade indirecta.

Talvez não tenha sido, no entanto, isso que o legislador da revisão pretendeu, pois que retirou da competência do Tribunal Constitucional o conhecimento da violação de leis gerais da República por diplomas regionais [arts. 280º, nº 2, alínea b), 2ª parte, e 281º, nº 1, alínea c), 2ª parte].

38. Ainda por isso, por desaparecer a figura das leis gerais da República, à fiscalização preventiva da constitucionalidade (por iniciativa do agora chamado Representante da República) deixaram de ficar sujeitos os decretos regulamentares regionais da regulamentação dessas leis.

15. A MORTE DE LUÍS NUNES DE ALMEIDA

39. Subitamente, de ataque cardíaco, morreu Luís Nunes de Almeida.

Era o mais antigo dos juízes constitucionais portugueses, pois, jovem ainda, estivera na Comissão Constitucional, o primeiro órgão específico de fiscalização da constitucionalidade em Portugal, de 1976 a 1980; e era juiz do Tribunal Constitucional, desde a sua entrada em funcionamento em 1983. Em 1998 fora eleito vice-presidente e em 2003 presidente do Tribunal Constitucional. O seu mandato terminaria em 2007.

Era também um dos mais ilustres juízes constitucionais e um dos maiores constitucionalistas portugueses. Não obstante não ter levado até o fim uma carreira académica, era um verdadeiro universitário pelas suas qualidades de reflexão crítica, pelo rigor das análises e pela clareza de pensamento. Isso mesmo mostrou em múltiplos eventos científicos dentro e fora do país, como os organizados todos os anos em Aix-en-Provence.

16. NOVOS JUÍZES E NOVO PRESIDENTE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

40. O Tribunal Constitucional tem dois novos juízes: Vítor Gomes, pela renúncia de Alberto Tavares da Costa, e Maria João Antunes, pela morte de Luís Nunes de Almeida. Em treze juízes passou agora a haver quatro mulheres.

Para substituir Luís Nunes de Almeida como presidente do Tribunal seria eleito Artur Maurício, o primeiro juiz de carreira a ascender a esse cargo.