

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM 2001

Por JORGE MIRANDA *

SUMARIO

1. VOLUME DAS DECISÕES.—2. AS PRINCIPAIS DECISÕES.—3. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL MAIS FAVORÁVEL.—4. DEFICIENTES DAS FORÇAS ARMADAS E EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS DE PORTUGUESES E ESTRANGEIROS.—5. EXTRADIÇÃO E PENA DE MORTE.—6. ESCUTAS TELEFÓNICAS E INTERVENÇÃO DO JUIZ.—7. CONTRATO DE ARRENDAMENTO, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS.—8. DE NOVO, A QUESTÃO DA PROPRIEDADE DA FARMÁCIA.—9. PEGADAS DE DINOSSÁURIOS.—10. DEMOLIÇÃO DE PRÉDIOS EM PARQUES NATURAIS.—11. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA E FUNCIONÁRIOS DE JUSTIÇA.—12. OS PARTIDOS POLÍTICOS E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.—13. INICIATIVA DA FISCALIZAÇÃO ABSTRACTA E MANDATÁRIOS JUDICIAIS.—14. UM PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.—15. DUAS VAGAS NO TRIBUNAL.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. O Tribunal Constitucional emitiu em 2001 o seguinte número de decisões, distribuídas pelos diversos tipos de competências que lhe são conferidas:

Fiscalização concreta da constitucionalidade

— Decisões sobre reclamações a respeito da admissibilidade de recursos	45
— Decisões sobre recursos:	
• decisões processuais	238
• decisões de mérito	221

* Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidade de Lisboa.

Fiscalização abstracta

— Decisões em fiscalização preventiva	1
— Decisões em fiscalização sucessiva	2
— Decisões em fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.....	1

Outras competências

— Sobre partidos políticos e coligações de partidos	18
— Sobre contas de partidos políticos.....	8
— Sobre recursos de decisões de órgãos de partidos	2
— De contencioso eleitoral.....	47
— Sobre declarações de património e rendimentos de titulares de órgãos do poder	3

No conjunto, foram 586 acórdãos, passando a ser de 10.987 o número de decisões do Tribunal Constitucional desde a sua entrada em funcionamento em 1983.

A estes acórdãos acrescem 310 decisões sumárias do relator (transitadas em julgado).

2. Continua, em face destes dados, a verificar-se a tendência para o muito maior relevo da fiscalização concreta e para o apagamento da fiscalização abstracta, embora tenha havido (o que não se registava desde há anos) um acórdão sobre fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.

Ao mesmo tempo, aumentou sensivelmente o volume de decisões emitidas fora do contencioso de normas jurídicas, designadamente de Direito eleitoral (por causa das eleições municipais efectuadas em Dezembro), e surgiram também (no âmbito de uma nova competência do Tribunal, introduzida em 1997) dois acórdãos sobre recursos de decisões de órgãos de partidos políticos.

2. AS PRINCIPAIS DECISÕES

3. O domínio da fiscalização concreta não poderia deixar de se traduzir numa maior importância dos acórdãos sobre direitos fundamentais e direitos conexos, entre os quais:

- Acórdão nº 1/2001, de 10 de Janeiro (extradição, pena de morte).
- Acórdão nº 57/2001, de 13 de Fevereiro (ambiente, indemnização por imposição de deveres de protecção da natureza).
- Acórdão nº 92/2001, de 13 de Março (recurso contencioso, prazos, condicionamentos e restrições).

- Acórdão nº 103/2001, de 14 de Março (legitimidade dos sindicatos para exercerem o direito de acesso a tutela jurisdicional em nome dos seus associados).
- Acórdão nº 117/2001, de 14 de Março (segurança no emprego, despedimento por razões objectivas).
- Acórdão nº 137/2001, de 28 de Março (garantias de processo penal, livre apreciação das provas).
- Acórdão nº 153/2001, de 4 de Abril (greve na função pública, educadores de infância e professores do ensino básico, princípio da igualdade).
- Acórdão nº 157/2001, de 4 de Abril (processo equitativo no contencioso administrativo, intervenção do Ministério Público).
- Acórdão nº 183/2001, de 18 de Abril (princípio da igualdade, aplicação da lei penal mais favorável quando afecte direitos fundamentais).
- Acórdão nº 187/2001, de 2 de Maio (propriedade de farmácia).
- Acórdão nº 217/2001, de 16 de Maio (crimes essencialmente militares).
- Acórdão nº 265/2001, de 19 de Junho (garantias de defesa em processo contra-ordenacional).
- Acórdão nº 276/2001, de 26 de Junho (actividade sindical em empresas, comissão intersindical).
- Acórdão nº 279/2001, de 26 de Junho (acesso à justiça, igualdade das armas em processo penal).
- Acórdão nº 302/2001, de 27 de Junho (contrato de arrendamento, princípio da proporcionalidade nas relações entre particulares).
- Acórdão nº 305/2001, de 27 de Junho (indemnização conexa com sanção penal).
- Acórdão nº 309/2001, de 3 de Julho (arrendamento a instituições particulares de solidariedade social, direito de propriedade, direito à habitação).
- Acórdão nº 347/2001, de 10 de Julho (escutas telefónicas).
- Acórdão nº 423/2001, de 9 de Outubro (equiparação entre portugueses e estrangeiros, deficientes das Forças Armadas).
- Acórdão nº 457/2001, de 23 de Outubro (*jus aedificandi*, direito ao ambiente, demolição de prédios em parque natural).
- Acórdão nº 464/2001, de 24 de Outubro (sucessão de leis penais, *vacatio legis*).
- Acórdão nº 469/2001, de 24 de Outubro (garantias de defesa em processo tributário).
- Acórdão nº 581/2001, de 20 de Dezembro (acção penal, Ministério Público, processo equitativo).

4. As matérias económicas praticamente só adquiriram relevância através de acórdãos no âmbito do Direito tributário:

- Acórdão nº 284/2001, de 26 de Junho (aplicação das normas constitucionais no tempo, princípio da não retroactividade da lei fiscal).
- Acórdão nº 308/2001, de 3 de Julho (tributação das pensões de preço de sangue).

5. No tocante à organização política, citem-se:

- Acórdão nº 378/2001, de 25 de Setembro (impugnação de actos de partido político, função de Deputado).
- Acórdão nº 424/2001, de 9 de Outubro (candidaturas de grupos de cidadãos a órgãos das autarquias locais, inconstitucionalidade por omissão).

6. Relativamente aos tribunais, são de indicar:

- Acórdão nº 169/2001, de 18 de Abril (Constituição e processo civil, especificação e questionário, independência dos tribunais).
- Acórdãos nºs 178/2001 e 244/2001, de 18 de Abril e de 23 de Maio (Conselho Superior da Magistratura e Conselho dos Oficiais de Justiça).
- Acórdão nº 421/2001, de 3 de Outubro (advocacia).

7. Quanto às regiões autónomas, apresentam algum interesse:

- Acórdão nº 278/2001, de 26 de Junho (regulamentação de leis gerais da República).
- Acórdão nº 529/2001, de 14 de Dezembro (lei das grandes opções do plano, audição das regiões autónomas).
- Acórdão nº 586/2001, de 20 de Dezembro (regulamento e actos legislativos).

8. Finalmente, no respeitante à própria fiscalização da constitucionalidade, refiram-se:

- Acórdão nº 150/2001, de 28 de Março (fiscalização concreta, cumprimento das decisões do Tribunal Constitucional).
- Acórdão nº 186/2001, de 2 de Maio (iniciativa de fiscalização sucessiva abstracta, grupo de Deputados, representação).
- Acórdão nº 235/2001, de 23 de Maio (providências cautelares, conhecimento da inconstitucionalidade).

3. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL MAIS FAVORÁVEL

9. Ao mesmo tempo que consagra a não aplicação retroactiva dos crimes, das penas e das medidas de segurança, a Constituição manda aplicar retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido (art. 29º, nº 4). As duas regras firmam-se num mesmo princípio de defesa de direitos fundamentais.

Por isso, nessa senda, a jurisprudência constitucional portuguesa tem vindo a dar uma interpretação extensiva à segunda regra, de maneira a referi-la não apenas a normas penais mas outrossim a normas processuais penais que afectem direitos fundamentais (como os relativos à prisão preventiva). Assim sucedeu também, independentemente da solução dada ao caso concreto *sub judice*, no acórdão nº 183/2001, de 18 de Abril¹.

4. DEFICIENTES DAS FORÇAS ARMADAS E EQUIPARAÇÃO DE DIREITOS DE PORTUGUESES E ESTRANGEIROS

10. O art. 1º do Decreto-lei nº 43/76, de 20 de Janeiro, reconheceu direito a reparação aos cidadãos portugueses que se tivessem deficientado ou viessem a deficientar-se no cumprimento do serviço militar e, para tanto, previu medidas de reabilitação, assistência e integração social.

O art. 1º do Decreto-lei nº 319/84, de 1 de Outubro, tornou extensivas as suas disposições aos cidadãos portugueses que, pertencendo a corporações de segurança e similares ou como civis, e tendo colaborado em operações de apoio às Forças Armadas nos antigos territórios do ultramar, tivessem adquirido uma diminuição de capacidade geral de ganho em resultado de acidente.

Ora, recentemente, o Provedor de Justiça (o *Ombudsman* português) veio arguir a constitucionalidade destas normas, com fundamento em violação do princípio da equiparação de direitos dos estrangeiros que se encontram ou residam em Portugal aos cidadãos portugueses (art. 15º da Constituição, corolário do princípio da igualdade do art. 13º). Estar-se-ia diante de uma discriminação tanto mais grave quanto se sabia que as pessoas dela vítimas eram, ao tempo em que haviam sofrido a deficiência, cidadãos portugueses que, na sua quase totalidade, só tinha deixado de o ser em virtude da independência das ex-colónias.

Notificado para responder (no âmbito do contraditório característico do processo constitucional de fiscalização abstracta), o Primeiro-Ministro contra-argumentaria com a conexão existente entre a situação jurídica de

¹ *Diário da República*, 2ª série, nº 133, de 8 de Junho de 2001.

cidadão qualificado como deficiente das Forças Armadas e a condição de cidadão-militar e com a reserva constitucional aos cidadãos portugueses de participação nas Forças Armadas, pelo que a lei não poderia outorgar a não nacionais um estatuto que pressupõe ou possibilita a (re)integração nas fileiras (activas) daquelas Forças.

Pelo seu acórdão nº 423/2001, de 9 de Outubro², extremamente pormenorizado e preciso, o Tribunal Constitucional acolheu as razões do Provedor e declarou a inconstitucionalidade das normas.

11. O acórdão oferece sobretudo interesse pela análise empreendida do princípio da equiparação, um dos momentos mais relevantes (a par da recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da consagração do direito de asilo) do jus-universalismo acolhido pelo legislador constituinte de 1976.

Antes de mais, não obstante inscrito em sede de direitos fundamentais, o princípio não se circunscreve a estes direitos: vale outrossim para os direitos provenientes de leis ordinárias. Depois, as únicas excepções são as que derivam, desde logo, da própria Constituição: direitos políticos e funções públicas sem carácter predominantemente técnico (excepções estas, por seu turno, acrescente-se, susceptíveis de excepções, relativamente aos cidadãos dos países de língua portuguesa e da União Europeia). Finalmente, se a lei pode reservar certos direitos apenas a portugueses, não o pode fazer de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcionada.

Por outro lado, ao invés do que sustentava o Primeiro-Ministro, o acórdão mostra que os deficientes das Forças Armadas não são necessariamente militares: podem deixar de o ser e até podem ser civis (como decorre de um dos diplomas contestados). Naturalmente, deficientes estrangeiros não poderão ser reintegrados nas Forças Armadas, mas isso não impede que possam ser titulares de direitos de natureza assistencial.

O Estado Português não se terá desinteressado totalmente da sorte dos cidadãos dos territórios do antigo ultramar que, incorporados nas Forças Armadas portuguesas, mais tarde viriam a perder a nacionalidade portuguesa. Contudo, o regime a eles destinado (Decreto-lei nº 348/82, de 3 de Setembro) revela-se particularmente pouco abrangente quando comparado com o vertido no Decreto-lei nº 43/76, quer no concernente ao cálculo das pensões, quer no respeitante às pensões de preço de sangue, quer no respeitante a outros direitos; além disso, só contempla a situação de militares, e não também de civis.

Por tudo isso, e tendo em conta as condições de aquisição das deficiências e as circunstâncias supervenientes, as discriminações trazidas pelo Decreto-lei nº 43/76 e pelo Decreto-lei nº 319/84 colidem não só com o

² *Diário da República*, 1ª série-A, nº 258, de 7 de Novembro de 2001.

princípio da equiparação mas também com o princípio de justiça inerente a um Estado de Direito democrático.

O Tribunal não deixou, entretanto, de notar que o princípio de equiparação apenas opera *de pleno* relativamente aos estrangeiros que residam em território português, o que tornaria necessário, quanto àqueles que apenas aqui se encontrassem, definir, por acordos internacionais, os termos da extensão de direitos com estrutura de direitos sociais.

Assim como, por causa do muito tempo volvido desde 1976, os efeitos da inconstitucionalidade foram objecto de limitação ao abrigo do art. 282º, nº 4 da Constituição, sem prejuízo de ao legislador ficar aberta a porta para equacionar a situação de outro modo, indo mais longe.

12. O acórdão merece ser aplaudido a todos os títulos e só provoca estranheza que tenham passado tantos anos até que (tendo em conta a ainda mais surpreendente inércia do legislador) um dos órgãos de iniciativa de apreciação de inconstitucionalidade viesse desencadear o processo.

De realçar no texto a afirmação do princípio da justiça (que o art. 266º da Constituição, aliás, refere entre os princípios da actividade administrativa) como estruturante do Estado de Direito democrático. E de realçar também a atenção prestada às condições *de facto*, prova mais uma vez de que a justiça constitucional, trabalhando sobre normas, não pode ser, apesar disso (ou por causa disso, como se queira) cega nem aos valores nem às realidades *de facto*.

5. EXTRADIÇÃO E PENA DE MORTE

13. Ao contrário do que sucede na fiscalização concreta, os cidadãos portugueses não têm acesso directo à fiscalização abstracta. Só o têm através do exercício do direito de petição perante qualquer dos órgãos com poder de iniciativa (art. 281º da Constituição), particularmente perante o Provedor de Justiça, órgão vocacionado para a defesa dos direitos fundamentais.

E foi assim, no seguimento da petição de um cidadão, que o Provedor impugnou no Tribunal Constitucional a norma do art. 6º, nº 2, alínea *a*) da Lei nº 144/99, de 31 de Agosto (nova lei de cooperação judiciária penal), na pate em que permite a extradição em casos em que seja aplicável a pena de morte ou pena de que resulte lesão irreversível da integridade física quando o Estado requisitante, por acto irrevogável e vinculado para os seus tribunais ou outras entidades competentes para execução da pena, tenha previamente comutado a pena de morte.

Fundamentou o pedido no essencial na distinção feita no art. 33º da Constituição após 1997 entre um preceito respeitante à pena de morte (o

nº 4) e um preceito respeitante à pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida (o nº 5): enquanto o primeiro veda, sem limites ou excepções, a extradição, o segundo admite-a «em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada».

Nem se alegasse que o escopo do primeiro preceito — a salvaguarda da vida humana — ficaria suficientemente protegido pela verificação dos requisitos previstos na Lei nº 144/99, já que, para além dos elementos literal e histórico da interpretação, não poderia pôr-se no mesmo plano a pena de morte e a de prisão perpétua.

É que a irrevogabilidade e a vinculatividade da decisão de não aplicação de pena dependeriam sempre das condições específicas do ordenamento interno do Estado requisitante, designadamente em sede de invalidade da deliberação revogatória e sua fiscalização, bem como de condições *de facto*, propiciadoras ou não de um efectivo Estado de Direito; e mesmo incorrendo o Estado infractor em responsabilidade internacional, o extraditado poderia vir a sofrer a pena que ele acabasse por lhe infligir. Ora, se a Constituição aceita correr tal risco quanto à prisão perpétua, já não o aceita quanto à pena de morte, pela natureza irremediável da sua aplicação.

O Tribunal Constitucional, contudo, pelo acórdão nº 1/2001, de 10 de Janeiro³, votado por unanimidade, não deu provimento ao pedido e não declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada.

14. A garantia relativa à extradição pode ser encarada com dois alcances não coincidentes:

- como sendo proibida a extradição quando no Estado requisitante o crime seja *abstractamente* punível com pena de morte ou outra pena de que resulte lesão irreversível da integridade física;
- ou como sendo interdita, a não ser que, *em concreto*, o Estado requisitante se vincule de modo irrevogável a que os seus tribunais e demais autoridades não apliquem tal pena.

Ao passo que o Provedor de Justiça se arrimou no primeiro sentido, o Tribunal Constitucional declarou-se favorável ao segundo, afirmando que havia sido sempre esse o que tinha acolhido (e citando, para tanto, os acórdãos nºs 417/95, 430/95, 449/95, 474/95 e 1146/86). E a revisão constitucional de 1997 não o teria infirmado: os trabalhos preparatórios de revisão mostrariam que com ele não se teria querido afectar a sua jurisprudência respeitante à extradição em caso de pena de morte, mas tão-só a que o

³ *Diário da República*, 2ª série, nº 33, de 8 de Fevereiro de 2001.

Tribunal vinha adoptando em caso de prisão perpétua⁴. A visão do Provedor de Justiça seria o retomar de uma tese maximalista quanto à pena de morte que não teria tido eco na Comissão eventual de revisão.

15. Só concordamos com o acórdão na parte que dedica à extradição em caso de prisão perpétua. Não na parte relativa à extradição em caso de pena de morte.

Independentemente das interessantes considerações de teor histórico que produz, ele não consegue explicar, através do elemento teleológico da interpretação, como é possível aí onde a Constituição, pura e simplesmente, proíbe a extradição *sem nenhuma ressalva* (no n.º 4 do art. 33º), adicionar ou enxertar o inciso vindo da Lei n.º 144/99 (a decisão do Estado requisitante de previamente comutar a pena de morte por acto irrevogável e definitivo para os seus tribunais e outras entidades competentes para a execução da pena).

Ele não consegue explicar como, não tendo sido alterado na revisão de 1997 (ao contrário do que se chegou a pretender) o preceito constitucional sobre extradição em caso de pena de morte, agora se lhe confere um novo sentido — mesmo se assente na leitura que, aparentemente, dele fazia já o Tribunal Constitucional. E não consegue explicar a contraposição frente ao preceito concernente à prisão perpétua (o n.º 5), bem posta em relevo pelo Provedor de Justiça — sem paralelo com a pouco clara diferenciação entre garantias juridicamente vinculantes de Direito interno e garantias de Direito internacional público quanto à não aplicação da pena (II, n.ºs 6 e 10 do acórdão).

Onde a Constituição não distingue (no n.º 4 do art. 33º, ao invés do que faz no n.º 5), não pode o intérprete distinguir. E não pode por uma única e peremptória razão: a inviolabilidade da vida humana (proclamada no art. 24º), que o Estado tem a obrigação de preservar, por todos os meios de que disponha, mesmo em relação a estrangeiros e a apátridas, que se encontrem em território português, em nome do jus-universalismo da Constituição (arts. 7º, 8º, n.º 1, 16º) e do próprio princípio da equiparação (art. 15º).

Apenas a *impossibilidade logo em abstracto*, e não *em concreto*, porque dependente de eventuais contingências jurídicas e políticas no país para onde se envia o extraditando se coaduna com a protecção absoluta conferida ao direito à vida⁵.

16. Subsequentemente ao acórdão em apreço, realizou-se uma nova revisão constitucional, ligada à ratificação do estatuto constitutivo do

⁴ Jurisprudência sobre extradição em caso de prisão perpétua (nomeadamente no caso VARIZO) que tínhamos aplaudido com satisfação na altura própria.

⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 210-211.

Tribunal Penal Internacional, e que atingiu também o art. 33º da Constituição.

Com base na ideia de um «espaço de liberdade, segurança e justiça» (novo art. 7º, nº 6 da Constituição), veio estabelecer-se que as garantias relativas à extradição e à expulsão não prejudicariam a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia (novo nº 5).

Mas a regra pertinente à extradição em caso de pena de morte foi deslocada para um novo preceito (o nº 6), não sendo abrangida por essa atenuação (ou parcial desconstitucionalização) de garantias. Foi deslocada e pode considerar-se que ficou reforçada, por um maior contraste: «*Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requiriente, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física*».

6. ESCUTAS TELEFÓNICAS E INTERVENÇÃO DO JUIZ

17. A Constituição proíbe toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal (art. 34º, nº 4).

Um destes casos é o das escutas telefónicas a que se referem os arts. 187º e 188º do Código de Processo Penal, mas que terão de se entender também sujeitas às normas de garantia dos arguidos do art. 32º da Constituição, mormente com intervenção do juiz.

Por isso, no acórdão nº 347/2001, de 10 de Julho⁶, o Tribunal Constitucional, dando provimento a um recurso, julgou inconstitucional, por violação dos arts. 32º, nº 8, 34º, nºs 1 e 4, e 18º, nº 2, da Constituição, a norma constante do art. 188º, nº 1 do Código de Processo Penal, na redacção anterior à que foi dada pela Lei nº 59/98, de 25 de Agosto, quando interpretada no sentido de *não impor* que o auto da interceptção e gravação das conversações e comunicações telefónicas seja, de imediato, lavrado e levado ao conhecimento do juiz e que, autorizada a interceptção e gravação por determinado período, seja concedida autorização para a sua continuação sem que o juiz tome conhecimento do resultado da anterior.

⁶ *Diário da República*, 2ª série, nº 260, de 9 de Novembro de 2001.

7. CONTRATO DE ARRENDAMENTO, PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS

18. Fora decretada em tribunal a resolução de certo contrato de arrendamento por o inquilino ter dado a um terceiro a utilização gratuita de uma das salas dos andares arrendados sem autorização do senhorio.

Inconformado, o inquilino recorreu para a 2^a instância, invocando a inconstitucionalidade da norma legal aplicável [o art. 64^o, n^o 1, alínea f) do Regime do Arrendamento Urbano] por violação do princípio constitucional da proporcionalidade. Mas a Relação não lhe deu razão, considerando que esse princípio só faria sentido quanto a actos de natureza pública, e não quando estivessem em causa relações jurídico-privadas.

Desta decisão houve recurso para o Tribunal Constitucional em que o recorrente sustentou que, em vez da resolução do contrato, o que se justificaria seria a sua redução, por apenas se tratar do incumprimento de uma das suas partes. O princípio da proporcionalidade teria, aliás, aplicação nos arts. 292^o, 334^o e 1028^o do Código Civil (atinentes, respectivamente, a redução de negócio, abuso de direito e pluralidade de fins).

Pelo acórdão n^o 302/2001, de 27 de Junho⁷, o Tribunal Constitucional manteria, porém, a decisão recorrida, ainda que com um importante voto de vencido.

19. Sem dúvida, aceitou o Tribunal Constitucional, o princípio da constitucionalidade é um princípio objectivo da ordem jurídica e que, tendo começado por incidir na conformação dos actos dos poderes públicos e na tutela dos direitos fundamentais, se foi alargando a outras realidades jurídicas sem que haja obstáculo à sua actuação no domínio das relações privadas. Não obstante, *in casu*, não poderia conduzir ao resultado desejado pelo recorrente.

Tudo estaria em adoptar uma ponderação sistemática de interesses. Por um lado, a lei protege o arrendatário através de diversas normas, em nome da função económica e social do arrendamento (ainda quando não seja para habitação). Em contrapartida, se o arrendatário se revela menos cumpridor das suas obrigações, ela põe à disposição do senhorio um meio fácil de reacção, o direito de resolução.

Logo, podendo ver-se aí, de certo modo, uma medida de compensação atribuída ao senhorio perante numerosos aspectos do regime que têm primeiramente em conta a posição do arrendatário, o art. 64^o, n^o 1, alínea f) impugnado não contrariaria o princípio da proporcionalidade.

⁷ *Diário da República*, 2^a série, n^o 257, de 6 de Novembro de 2001.

20. Contra a solução assim encontrada, votou o Juiz Luís Nunes de Almeida, procurando chegar — com o apoio de vastas citações doutrinárias — a um mais adequado e rico entendimento do princípio da proporcionalidade (cuja relevância nas relações privadas mostraria pontos de contacto com a questão mais vasta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Com efeito, caberia ao legislador assegurar o equilíbrio entre as partes no contrato, por meio de normas imperativas ou injuntivas. E, estas normas actuariam, em regra, umas vezes, através da *substituição* de determinado conteúdo ou disposição do negócio por outra considerada mais conforme com a prossecução do interesse visado e, outras vezes, através da *supressão* de cláusulas injustas, desproporcionadas ou, de um modo geral, violadoras de direitos.

Por seu turno, a figura da redução do negócio (associada fundamentalmente à invalidade parcial do negócio jurídico) bem poderia aplicar-se aos casos de resolução do contrato, por analogia com o disposto no art. 292º do Código Civil — designadamente à resolução do contrato de arrendamento — quando fosse possível diferenciar ou nele existissem diversas unidades autónomas. Aqui o princípio da proporcionalidade compaginar-se-ia com o da boa fé.

Ora, continuava a declaração dissidente, se o incumprimento do contrato se revestisse — como parecia ser o que se verificava — de «escassa importância», o interesse do senhorio à resolução do contrato haveria de ser equilibrado com o interesse do inquilino na sua manutenção — até porque o direito do arrendatário de permanecer no local arrendado se ancoraria no postulado da segurança jurídica.

Consequentemente, não seria conforme com a Constituição interpretar o art. 64º, nº 1, alínea f) do Regime do Arrendamento Urbano com o alcance de não admitir, em caso algum, a aplicação do instituto da redução às hipóteses de resolução do arrendamento, quando este se ligasse a violação ou a incumprimento parcial do contrato. Muito pelo contrário, o princípio da proporcionalidade imporia que se utilizasse o meio menos oneroso — que seria esse — e não o mais oneroso — a resolução do contrato.

21. O grande significado deste aresto está no reconhecimento (ao invés do que fizera o Tribunal da Relação) da aplicação do princípio da proporcionalidade também no terreno do Direito privado.

Quanto à solução em si, tenderíamos a sufragar o voto de vencido do Juiz Luís Nunes de Almeida, embora sentíssemos algum desconforto quanto à sua praticabilidade no caso *sub judice*.

8. DE NOVO, A QUESTÃO DA PROPRIEDADE DA FARMÁCIA

22. O Provedor de Justiça requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade das normas da Lei nº 2125, de 20 de Março de 1965, e do Decreto-lei nº 48.547, de 27 de Agosto de 1968, que consagrou um regime de reserva da propriedade da farmácia aos farmacêuticos.

A reserva constituiria um exclusivo de tipo corporativo, porquanto para defesa da saúde pública bastaria que a lei impusesse a direcção técnica das farmácias pelos farmacêuticos, com autonomia. Introduzindo uma restrição ao direito de propriedade (art. 62º da Constituição), infringiria o princípio da igualdade (art. 13º), por privar a generalidade das pessoas singulares e colectivas da possibilidade de apropriação de um bem em favor de determinada categoria de sujeitos.

Não era a primeira vez que o problema chegava ao Tribunal Constitucional. Já no acórdão nº 76/85, o Tribunal dele se tinha ocupado, decidindo pela não inconstitucionalidade. Não obstante, como no sistema de fiscalização adoptado em Portugal, as decisões negativas ou de não provimento de inconstitucionalidade não precludem a possibilidade de ulterior repetição do pedido, este era perfeitamente admissível⁸.

Pelo seu acórdão nº 187/2001, de 2 de Maio⁹, o Tribunal Constitucional manteria o juízo de 1985.

23. Trata-se de um longo e desenvolvido aresto, com recurso a vários elementos históricos, comparativos e jurisprudenciais, e em que merece especial realce a análise do direito de propriedade e da actividade farmacêutica.

Quanto ao direito de propriedade:

- que, além dos limites estabelecidos na Constituição, ele deve entender-se sob reserva das restrições estabelecidas por lei;
- que a garantia do direito de propriedade não inclui, só por si, a garantia da liberdade de empresa;
- que nem todas as faculdades compreendidas no direito de propriedade se revestem de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias;
- que pode duvidar-se que possua essa natureza um genérico direito de apropriação de quaisquer bens, incluindo empresas;

⁸ As normas impugnadas eram anteriores à Constituição. Mas, como se sabe, prevaleceu sempre desde 1976 a tese da competência dos órgãos de concentração da fiscalização para conhecimento do Direito ordinário, e a própria Constituição consagra-a no art. 282º, nº 2.

⁹ *Diário da República*, 2ª série, nº 146, de 26 de Junho de 2001.

- que pode haver condicionamentos e indisponibilidades relativas à transmissão da propriedade;
- que o direito de propriedade de meios de produção terá de ser encarado em face da Constituição económica e social.

Debruçando-se depois sobre a actividade farmacêutica, sublinha-se a sua ligação — contemplada no art. 64º, nº 3 da Constituição — à saúde pública, a sua função de interposição de médicos e doentes, bem como de fabricantes e doentes, e as exigências de actualização científica que acarreta. A propriedade do estabelecimento pelo farmacêutico representa uma garantia de independência e da própria qualidade de profissão liberal que ele exerce.

Poderia entender-se (continua o acórdão) que esta finalidade não implica, como *única* forma de ser prosseguida, a indivisibilidade entre direcção técnica e propriedade. Mas afigura-se razoável aceitar que ela é prosseguida em *grau mais intenso* através de um regime como este que assegura a responsabilidade pessoal do proprietário/director técnico. E, ao invés, pode temer-se que o risco para a saúde pública seja *maior* quando na venda dos medicamentos intervém (directa ou indirectamente, pela propriedade e gestão da farmácia) quem não tem preparação científica, nem está subordinado a uma deontologia adequada. Acresce a vantagem de impedir a formação de *trusts* farmacêuticos, com integração vertical das actividades de distribuição e comercialização com a produção.

Não sendo desrazoável o regime, tão pouco ele vulnera o princípio da igualdade, porque a diferenciação instituída entre farmacêuticos e não farmacêuticos se reporta a uma categoria definida em termos objectivos (uma categoria profissional titulada por habilitações académicas), é aberta (acessível a qualquer pessoa que exerça a sua liberdade de aprender) e não discriminatória (em face dos factores de discriminação enunciados no art. 13º da Constituição).

24. Também nós já nos tínhamos pronunciado sobre o problema da propriedade da farmácia, em parecer emitido por altura do acórdão nº 76/85¹⁰, sustentando a não inconstitucionalidade das normas da Lei nº 2125.

Como aí escrevemos, do art. 64º da Constituição ressalta uma directiva inconciliável com uma postura liberal, individualista, agnóstica. A farmácia não é um bem como qualquer outro que esteja no comércio jurídico. É um bem situado no domínio da saúde, incindível do tratamento constitucional que a esta se confira; não vale por si só, é instrumental em relação à protecção da saúde. Donde, a necessidade de enlace do artigo 62º com o arti-

¹⁰ Publicado com o título *Propriedade e Constituição (a propósito da lei da propriedade de farmácia)*, in *O Direito*, 1974-1987, pgs. 75 e segs. Estudo, no entanto, não citado no acórdão agora em apreço.

go 64º, de o artigo 62º ser compreendido como estando condicionado no concernente à propriedade da farmácia pelo que impõe o artigo 64º. Seria uma visão parcial e distorcida do problema da constitucionalidade da Lei nº 2125 a que focasse tão-somente o artigo 62º sem se debruçar também sobre o artigo 64º.

Não seria o sistema da Lei nº 2125 o único sistema capaz de preservar e promover a protecção da saúde no domínio da farmácia. Porém, se inconstitucionalidade poderia ocorrer, seria a de legislação que reduzisse ou reconduzisse a farmácia à classe das explorações comerciais e industriais; não a de legislação como a actual, que configura a farmácia, antes de mais, como o campo de trabalho do profissional da saúde que é o farmacêutico.

Não temos tantas certezas hoje como em 1985 acerca do regime legal vigente, em face de certos factos menos positivos que se têm revelado, mas continuamos a pensar que ele não é inconstitucional.

9. PEGADAS DE DINOSSÁURIOS

25. A certo proprietário foi aplicada uma coima por alteração da morfologia do solo e do coberto vegetal em área abrangida por «monumento natural». Tendo recorrido para o tribunal judicial de 1ª instância e deste para a Relação, interporia depois recurso para o Tribunal Constitucional com base na inconstitucionalidade do art. 4º, nº 2 do Decreto Regulamentar nº 12/96, de 22 de Outubro.

Para o recorrente, este preceito — ao proibir toda e qualquer actividade aos proprietários em áreas incluídas no perímetro do monumento — equivaleria a uma expropriação de facto e sem indemnização, com ofensa do art. 62º da Constituição. Só tal não seria, quando muito, se não se aplicasse a actividades preexistentes (como era o caso da actividade do recorrente, a extracção de calcáreo).

O Ministério Público, pelo contrário, defendeu ser legítimo o Governo, por decreto regulamentar (com base e em desenvolvimento de precedente decreto-lei sobre áreas protegidas) prescrever determinados deveres de abstenção para os proprietários de terrenos abrangidos por monumentos naturais como forma de salvaguardar os interesses ambientais e culturais da comunidade. Quanto à eventual existência de um direito de indemnização como compensação pelas restrições assim impostas, esse seria problema que extravasaria do âmbito do processo contra-ordenacional.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 57/2001, de 13 de Fevereiro¹¹, negaria provimento ao recurso.

¹¹ *Diário da República*, 2ª série, nº 87, de 12 de Abril de 2001.

26. Seguindo mais uma vez a índole explicativa e quase didáctica da jurisprudência constitucional portuguesa, o acórdão traça a evolução do tratamento da protecção da natureza no Direito português, com relevo para a Lei nº 11/87, de 7 de Abril, e para o Decreto-lei nº 19/93, de 23 de Janeiro (este já com várias alterações, como vai sucedendo com tantos outros, nestes tempos de inflação legislativa ...).

Este segundo diploma definiu como áreas protegidas o parque nacional, a reserva natural, o parque natural e o monumento natural (art. 2º) e autorizou o decreto regulamentar de classificação de uma área protegida a fixar condicionamentos ao uso, à ocupação e à transformação do solo, bem como a interditar no interior da área protegida as acções e actividades susceptíveis de prejudicar o desenvolvimento natural da fauna e da flora ou das características da área protegida, as actividades agrícolas, florestais, industriais, minerais, comerciais ou publicitárias, a execução de obras ou empreendimentos públicos ou privados, a extracção de materiais inertes, a utilização das águas, a circulação de pessoas e bens e o sobrevoos de aeronaves (art. 13º, nº 6).

Assim, de acordo com o Tribunal, o Governo estava credenciado a impor aos proprietários de terrenos ou explorações situados em área de protecção do monumento em causa — o Monumento Natural das Pegadas dos Dinossáurios — os condicionamentos e interdições indispensáveis para a preservação da raridade do achado, assim como para sancionar o incumprimento desses condicionamentos ou a infracção dessas interdições.

Não poderia, porém, considerar-se descabido que o arguido no processo contra-ordenacional e agora recorrente contestasse a constitucionalidade dessas normas, por não preverem indemnização. Simplesmente, elas não tinham que dispor sobre tal matéria — pois a questão da indemnização deveria suscitar-se noutra sede, designadamente através de requerimento dirigido à Administração ou através de acção intentada para o efeito (ainda que, de todo o modo, o Tribunal recordasse que, em caso anterior — o do acórdão nº 329/99 — tinha feito apelo a outras normas do ordenamento jurídico, as quais conferiam, sim, direito a indemnização).

Em voto de vencido, o Juiz Vítor Nunes de Almeida pronunciar-se-ia em sentido discrepante, escrevendo não ser exigível ao recorrente pagar uma coima pelo desrespeito de proibição que inviabilizara de forma absoluta a exploração da pedreira, sua propriedade e sua única fonte de rendimentos, sem que o diploma que as estabelecia contemplasse o pagamento de uma indemnização justa.

27. A nossa maneira de ver questões como estas pode resumir-se no seguinte:

- a) Todos os actos restritivos e ablativos da propriedade privada envolvem o direito a indemnização (art. 62º, nº 2 da Constituição), en-

tenda-se conexo ou não com o princípio geral da responsabilidade civil do Estado por acções ou omissões lesivas de particulares (art. 22º);

- b) A protecção dos bens ambientais e culturais não pode concretizar-se sem observância dos parâmetros do Estado de Direito e à luz também do princípio da solidariedade entre as gerações [art. 66º, nº 2, alínea *d*), *in fine*] — e a razão e a experiência mostram que será tanto mais fácil sedimentar na consciência colectiva essa ideia de protecção quanto mais claro esteja o direito a indemnização;
- c) Sendo conveniente, não é indispensável que toda e qualquer lei restritiva ou ablativa de direitos patrimoniais contenha critérios e montantes de indemnização; é sempre possível e necessário encontrar solução a partir dos princípios gerais; e essa é uma tarefa a que os tribunais não podem eximir-se.

O proprietário da pedreira sacrificada por causa das pegadas de dinossauros sofreu, por certo, um grave prejuízo económico (e, porventura, também moral) em consequência da criação do «monumento». Não estava (ou não está), porém, desarmado juridicamente; tudo dependia (ou depende ainda) de exercer, em termos adequados, os seus direitos.

28. Resta um problema, curiosamente não considerado nem pelo recorrente nem pelo Tribunal Constitucional: o de derivarem de um decreto regulamentar os condicionamentos e as interdições aos direitos de propriedade e de iniciativa económica.

Poderia supor-se que o não poderia fazer, por os direitos, liberdades e garantias estarem sujeitos a reserva de lei e por nenhuma lei estar autorizada a conferir a acto regulamentar o poder de, com eficácia externa, integrar os seus preceitos (art. 112º, nº 6 da Constituição).

Porém, em rigor, são ainda normas legislativas (as do Decreto-lei nº 19/93 e da legislação complementar) que fixam esses condicionamentos e interdições, e o decreto regulamentar (no fundo, um acto administrativo de eficácia geral) confina-se à sua aplicação ou à subsunção nessas normas das situações concretas carecidas de intervenção.

10. DEMOLIÇÃO DE PRÉDIOS EM PARQUES NATURAIS

29. O Estado propôs acção judicial com vista à demolição de edifício construído no parque natural da Arrábida. A lide subiria ao Supremo Tribunal de Justiça que, com base no Decreto-lei nº 622/76, de 28 de Julho, e no regulamento constante da Portaria nº 26-F/80, de 9 de Janeiro, ordenou

a demolição, por depender de autorização qualquer construção naquele parque e ela não ter sido obtida.

Do acórdão houve recurso para o Tribunal Constitucional, em que o recorrente invocou violação dos arts. 20º, 122º, 2º, 62º, 65º e 266º, nº 2 da Constituição. *Verificar-se-ia uma restrição desproporcionada do direito de propriedade e do direito à habitação.* E nem sequer fora aprovado e publicado o plano de ordenamento do parque, nem se conceberia que a demolição fosse decretada sem se demonstrar previamente que não poderia ser autorizada a construção em face dos critérios fundadores do parque.

O recorrido, pela sua parte, além de contestar a inconstitucionalidade arguida, veio sustentar que era sobre o particular que tinha realizado obras ilegítimas que recaía o ónus de providenciar pelo suprimento ou pela sanção da falta de autorização, requerendo à entidade competente a prática do acto administrativo destinado à emissão *a posteriori* da licença ou autorização legalmente exigida. E também que não era viável discutir directamente, no âmbito de uma acção de demolição pendente em tribunais comuns, a concessão dessa licença, já que tal levaria a que os tribunais judiciais se substituissem à Administração na prática de um acto administrativo.

Pelo acórdão nº 457/2001, de 23 de Outubro¹², o Tribunal Constitucional rejeitaria o recurso.

30. O Tribunal considerou que a medida restritiva atacada pelo recorrente atingia tão só o *jus aedificandi*, sendo discutível saber se esta faculdade se inseria ou não no conteúdo do direito de propriedade ou se radicava, antes, no acto administrativo autorizativo. Mas, mesmo que ali se integrasse, a demolição de obras ilegais não constituiria uma limitação desproporcionada do direito de propriedade

Muito menos, ofenderia o princípio da proporcionalidade impor-se ao particular — que havia começado por construir abusiva e ilegalmente a obra — o ónus da prova de que ela poderia ser autorizada como forma de obviar às consequências previstas na lei para o acto ilícito praticado. Tendo o particular começado por desprestigiar o seu dever de não construir sem autorização, não faria agora sentido premiar o infractor com a inversão do ónus de prova.

No tocante à pretensa violação do direito à habitação era ela igualmente improcedente, visto que o reconhecimento constitucional deste direito não significava, evidentemente, que cada cidadão pudesse construir a sua habitação onde quer que quisesse e na forma que lhe conviesse, passando por cima da lei.

Nada há a acrescentar. O Direito ambiental tem, para ser efectivo, de impedir factos consumados.

¹² *Diário da República*, 2ª série, nº 275, de 27 de Novembro de 2001.

11. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA E FUNCIONÁRIOS DE JUSTIÇA

31. O art. 218º, nº 3 da Constituição preceitua:

«A lei poderá prever que do Conselho Superior da Magistratura façam parte funcionários de justiça, eleitos pelos seus pares, com intervenção restrita à discussão e votação das matérias relativas à apreciação do mérito profissional e ao exercício da função disciplinar sobre os funcionários de justiça».

Esta norma tem sido interpretada pelo Tribunal Constitucional — por exemplo, nos acórdãos nº 178/2001 e 244/2001, de 18 de Abril e de 23 de Maio¹³ — do seguinte modo: 1º) que ela autoriza, não impõe a participação de funcionários de justiça no Conselho Superior da Magistratura; 2º) que, todavia, não consente que o legislador atribua tal competência a órgão diferente, pois essa competência só esse Conselho a pode exercer.

O primeiro asserto é incontestável. Já não o segundo, pois, precisamente, a intervenção dos funcionários de justiça só faz sentido — de harmonia com o princípio da democracia participativa (art. 2º da Constituição) — quando o Conselho sobre a sua situação tenha de se ocupar, e sendo essa participação facultativa, facultativa também parece dever ser a competência do Conselho Superior da Magistratura a eles atinente.

Também não se discute, como se diz naqueles acórdãos, que os funcionários de justiça fazem parte da estrutura dos tribunais e que são elementos fundamentais para a realização prática da garantia constitucional da respectiva independência. Daí não decorre que seja o Conselho o único órgão constitucionalmente idóneo para exercer apreciação profissional e acção disciplinar em relação a eles; o legislador poderá encontrar outras vias, mesmo se a que consiste na existência de um Conselho de Oficiais de Justiça tão pouco se afigura satisfatória ou, porventura mesmo, compatível com a Constituição, pela carga corporativa a que se prende.

12. OS PARTIDOS POLÍTICOS E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

32. Uma das Constituições actuais que vai mais longe no tratamento dos partidos é a Constituição portuguesa de 1976, tanto por razões de coerência com os princípios da democracia representativa como por reacção contra o regime autoritário (que se pretendia sem partidos) de antes de 1974 e contra as tentativas leninistas de 1975.

¹³ *Diário da República*, 2ª série, nºs 133 e 155, de 8 de Junho e de 6 de Julho de 2001.

Os partidos concorrem para a organização e para a expressão da vontade popular, no respeito pelos princípios da independência nacional, da unidade do Estado e da democracia política (art. 11º, em sede de princípios fundamentais). Eles adquirem relevância quer no domínio dos direitos, liberdades e garantias (art. 51º), quer no domínio da organização política (*maxime* art. 114º), e recebem mesmo importantíssimas funções constitucionais (como o exclusivo da apresentação de candidaturas ao Parlamento segundo o art. 151º). Associações de direito constitucional, não se reconduzem nem a meras associações privadas, nem a associações públicas em sentido jurídico-administrativo.

Mas, se os partidos — tal como os eleitores — estão dentro e não fora do Estado, e se este é um Estado de Direito democrático, então eles devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros (art. 51º, nº 5) e justifica-se admitir o acesso ao Tribunal Constitucional para impugnação de eleições e deliberações dos órgãos de partidos [art. 223º, nº 2, alínea g)].

Assim, qualquer militante de um partido político pode impugnar, com fundamento em ilegalidade ou violação de regra estatutária, as decisões punitivas dos respectivos órgãos partidários, tomadas em processo disciplinar de que seja arguido, e bem assim as deliberações dos mesmos órgãos que afectem, directa e pessoalmente, os seus direitos de participação nas actividades do partido; e pode ainda qualquer militante impugnar as deliberações dos órgãos partidários com fundamento em grave violação de regras essenciais relativas à competência e ao funcionamento democrático do partido (art. 103º-D da lei orgânica do Tribunal Constitucional, que noutro preceito regula o correspondente processo).

No acórdão nº 378/2001, de 25 de Setembro¹⁴, o plenário do Tribunal Constitucional teve oportunidade de julgar, pela primeira vez, um caso no âmbito destes poderes jurisdicionais, previstos desde 1997 e 1998.

33. A 2ª Secção do Tribunal não havia tomado conhecimento da acção intentada por um militante de certo partido de impugnação da decisão do Conselho de Jurisdição do mesmo partido que lhe havia aplicado a pena de suspensão até ao final da legislatura por, enquanto Deputado, ter infringido a disciplina partidária. Não havia tomado conhecimento por ela ter sido proposto fora de prazo.

Mas o recorrente, invocando a nulidade do acto que o atingira — decorrente de violação das normas constitucionais e legais de garantia da irresponsabilidade civil, criminal e disciplinar dos Deputados — veio alegar que a sua arguição não dependia de qualquer limite temporal e que até podia ser declarada *ex officio* pelo tribunal.

¹⁴ *Diário da República*, 2ª série, nº 258, de 7 de Novembro de 2001.

O partido recorrido contra-alegou, sustentando que a imunidade parlamentar devia compatibilizar-se com o valor, também constitucionalmente estabelecido, da existência de partidos políticos e que os Deputados não poderiam conceber-se de forma atomística. Nem estava em causa a manutenção ou não do mandato de um Deputado, e tão só o direito à auto-organização dos partidos políticos, o qual inclui o poder disciplinar sobre os seus militantes com efeitos meramente internos.

O Tribunal Constitucional não deu provimento ao recurso, reiterando a necessária sujeição a um prazo (de cinco dias) para a propositura da acção de impugnação do acto partidário. A invocação da nulidade deste acto tão pouco afastaria a aplicação desta regra.

34. Pensamos que o Tribunal Constitucional não podia ter decidido diversamente, tanto por razões processuais quanto por o problema se resumir a uma disputa interna de um partido, que não afectava nem direitos fundamentais nem sequer o estatuto de Deputado.

A irresponsabilidade disciplinar dos Deputados é uma garantia básica dos Deputados, sim, frente às entidades com quem tenham uma relação de emprego, público ou privado, ou qualquer forma de dependência. Não vale nas relações internas dos grupos parlamentares, em que se verifica — e tem de verificar-se — disciplina de voto em questões políticas fundamentais (como são, por exemplo, as questões orçamentais e, em geral, aquelas que se ligam à subsistência do Governo). E, de todo o modo, mesmo, no limite, o Deputado expulso do partido (o que não era o caso) por razões disciplinares, conserva o seu mandato, desde que não se inscreva em partido diferente daquele por que se haja candidatado [art. 160º, nº 1, alínea c)].

Problema completamente diferente — mas que não foi suscitado — era, e é, o de saber se, no interior dos partidos, os procedimentos disciplinares observam, com todo o rigor, os princípios do Estado de Direito.

13. INICIATIVA DA FISCALIZAÇÃO ABSTRACTA E MANDATÁRIOS JUDICIAIS

35. O poder de iniciativa de fiscalização abstracta da constitucionalidade é conferida pela Constituição portuguesa a certos órgãos e a certas fracções de titulares de órgãos (arts. 278º, 281º e 283º), que são na fiscalização sucessiva de inconstitucionalidade por acção, consoante os casos, um décimo dos Deputados à Assembleia da República ou um décimo dos Deputados às Assembleias Legislativas Regionais dos Açores e da Madeira.

É um poder funcional, e não um direito subjectivo, e dominado exclusivamente por uma perspectiva de interesse público e objectivo. E é conferido a esses órgãos (o Presidente da República, o Presidente do Parlamento, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, entre outros) ou a esses

conjuntos de Deputados *intuitu institutionis*, e não *intuitu personae*, o que exclui qualquer forma de representação.

Isto mesmo foi afirmado no acórdão nº 186/2001, de 2 de Maio¹⁵, em que o Tribunal Constitucional recusou tomar conhecimento de um pedido de fiscalização sucessiva formulado por 25 Deputados à Assembleia da República, que se haviam feito representar por outro Deputado, também advogado, e que pretendia intervir como mandatário dos demais.

Como muito bem se lê no acórdão, no exercício daquele poder os Deputados intervêm *enquanto tais* e a sua iniciativa pressupõe a expressão de um *indirizzo politico* concertado. Tal iniciativa não é coabitável com uma representação convencional, nos limites estritos do mandato judicial, que permita a certo ou certos titulares desse direito de direcção política fazer-se representar por terceiros a quem se concedem poderes forenses gerais.

14. UM PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

36. A doutrina e a jurisprudência de diversos países vêm dedicando não pouca atenção ao fenómeno da inconstitucionalidade por omissão ou do incumprimento do dever de legiferação e vêm procurando soluções idóneas para os múltiplos problemas teóricos e práticos que suscita. A Constituição portuguesa de 1976 foi, no entanto, uma das primeiras que *ex professo* a conteplou.

A fiscalização não possui carácter preventivo, nem substitutivo. Não tem carácter preventivo, mas sim natureza de fiscalização *a posteriori*, porque o Tribunal Constitucional não interfere na formação de quaisquer actos e só pode agir em consequência duma omissão juridicamente relevante a cujo reconhecimento tem de proceder. Não tem carácter substitutivo, porque não pode o Tribunal adoptar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão.

É assim por uma necessidade de equilíbrio entre o princípio da garantia da Constituição, encarnado no Tribunal Constitucional, e o princípio democrático, encarnado nos órgãos legislativos; é assim, mais uma vez, por decorrência do Estado de Direito democrático. E, como órgão jurisdicional, evidentemente, o Tribunal Constitucional só pode decidir a instância de órgãos externos (que são hoje o Presidente da República, o Provedor de Justiça e os presidentes das Assembleias Legislativas dos Açores e da Madeira).

¹⁵ *Diário da República*, 2ª série, nº 145, de 25 de Junho de 2001.

37. Mas talvez por isso e talvez por menor sensibilidade ao instituto por parte dos órgãos de iniciativa, têm sido em pequeno número as vezes em que a fiscalização foi exercida até agora.

Em 26 anos de vigência da Constituição, só houve onze pedidos, que versaram sucessivamente sobre:

- direitos de participação das organizações de trabalhadores;
- participação na reforma agrária;
- organizações de ideologia fascista;
- trabalhadores de serviço doméstico;
- acesso à Universidade;
- acesso ao ensino dos trabalhadores e dos filhos dos trabalhadores;
- direitos dos cidadãos perante a utilização da informática;
- crimes de responsabilidade dos titulares de cargos públicos;
- referendos ou consultas directas aos cidadãos a nível local;
- comunicação do direito de arrendamento aos filhos menores nascidos fora do matrimónio;
- acção popular;
- candidaturas não partidárias a órgãos electivos municipais.

Não quer isto dizer que outras matérias, correspondentes a outras tantas normas constitucionais não exequíveis por si mesmo, não pudessem suscitar pedidos de fiscalização¹⁶.

38. O mais recente pedido de apreciação da existência de inconstitucionalidade por omissão foi o formulado pelo Provedor de Justiça¹⁷ em 1999 relativamente à regulamentação de candidaturas por grupo de cidadãos (e não apenas por partidos) aos órgãos dos municípios, candidaturas admitida desde a revisão constitucional de 1997.

No seu acórdão nº 424/2001, de 9 de Outubro¹⁸, o Tribunal Constitucional reconheceu que à data do pedido estavam reunidas as circunstâncias típicas de uma omissão legislativa (mesmo numa visão restritiva do conceito), por se configurar uma muito concreta e específica incumbência cometida pela Constituição ao legislador, perfeitamente definida no seu sentido e alcance, sem deixar qualquer margem de liberdade quanto à de-

¹⁶ Para revitalizar o instituto e para desprendê-lo de problemas de equilíbrio de poder entre órgãos políticos temos defendido a criação de uma segunda via, concreta, de acesso à fiscalização: sempre que, em qualquer caso submetido a julgamento, o tribunal não pudesse dar protecção a um direito fundamental por falta de norma legal concretizadora de norma constitucional, poderia suscitar a questão perante o Tribunal Constitucional. Seria via parecida, até certo ponto, com o mandato de injunção brasileiro.

¹⁷ O único órgão que, nos últimos anos, tem exercido poder de iniciativa de fiscalização.

¹⁸ *Diário da República*, 2ª série, nº 264, de 14 de Novembro de 2001.

cisão de intervir ou não. Haveria apenas que ponderar se o tempo decorrido era ou não bastante para o cumprimento dessa tarefa.

Entretanto, a Lei Orgânica nº 1/2001, de 14 de Agosto, viria a dispor sobre a matéria, fixando os requisitos de organização e apresentação de candidaturas independentes aos órgãos das autarquias locais e adaptando, em conformidade, a lei de financiamento das campanhas eleitorais. Ora, assim, concluiu o Tribunal, já não se verificava a omissão legislativa e, portanto, o incumprimento da Constituição.

39. Obviamente, em 9 de Outubro de 2001, o Tribunal não poderia ter decidido de outro modo e sabe-se que as eleições gerais para os órgãos do poder local apenas deveriam efectuar-se em Dezembro desse mesmo ano.

Todavia, o Tribunal Constitucional deixou passar dois anos sobre o requerimento do Provedor de Justiça e como poderia ter havido antes daquela data a necessidade de realizar eleições intercalares para este ou aquele município, até lá ficariam os grupos de cidadãos que a elas quisessem concorrer desprovidos dos meios adequados para exercer o seu direito.

Não foi, aliás, esta a primeira circunstância em que se registou alguma demora na resposta a pedidos de fiscalização. E cabe perguntar se, bem pelo contrário, não se justificaria conferir certo grau de urgência ao processo concernente à inconstitucionalidade por omissão, para se *tomarem a sério* as exigências de exequibilidade de todas as normas constitucionais.

15. DUAS VAGAS NO TRIBUNAL

40. Em Setembro de 2001 renunciaram aos mandatos de membros do Tribunal Constitucional os juízes Messias Bento e Vítor Nunes de Almeida¹⁹. Até hoje (Março de 2002) ainda não foram substituídos e é possível que o não sejam antes da renovação parcial do Tribunal prevista para Julho de 2002, nos termos da alteração da sua lei orgânica introduzida em 1998.

¹⁹ Declarações de renúncia publicadas no *Diário da República*, 1ª série-A, nº 220, de 21 de Setembro de 2001.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

