

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM 2008

Por JORGE MIRANDA*

SUMÁRIO

1. VOLUME AS DECISÕES.—2. PRINCIPAIS DECISÕES.—3. TRABALHO EM REGIME EXPERIMENTAL E SEGURANÇA NO EMPREGO.—4. CONTRATAÇÃO COLECTIVA E SISTEMA DE SEGURANÇA SOCIAL.—5. AVALIAÇÃO DE DOCENTES, PROTECÇÃO DA CONFIANÇA, ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE.—6. CARREIRA UNIVERSITÁRIA E AUTONOMIA DA UNIVERSIDADE.—7. DIREITOS DOS CONSUMIDORES, TRANSPORTE AÉREO, INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA DE CONVENÇÃO INTERNACIONAL.—8. GARANTIAS DE DEFESA EM PROCESSO DISCIPLINAR PARTIDÁRIO. 9. O ESTATUTO DOS AÇORES.—10. A LEI DO TABACO NA MADEIRA.—11. UM REFERENDO MUNICIPAL.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. Em 2008, o Tribunal Constitucional proferiu os seguintes acórdãos, classificados em razão das diversas competências que a Constituição e a lei lhe atribuiu:

Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

— Decisões sobre reclamações a respeito da admissibilidade de recursos	137
— Decisões sobre questões de processo	281
— Decisões de mérito	163
— Outras decisões	2

* 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 (Unisinos, 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 de Direito Constitucional* em 6 volumes.

Fiscalização abstracta

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

Eleições e referendos

— Decisões em contencioso eleitoral	5
— Decisões sobre referendos locais	2

Partidos

— Decisões sobre partidos e coligações	8
— Decisões sobre financiamento dos partidos e campanhas eleitorais	14
— Decisões sobre recursos de decisões de órgãos partidários	3

Outras competências

— Decisões sobre declarações de rendimentos e incompatibilidades dos titulares de cargos políticos	5
--	---

2. Comparando com as decisões de 2007, verifica-se um aumento significativo na fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção em que se passa de 6 para 10 decisões.

As matérias atinentes a direitos fundamentais continuam a dominar.

2. PRINCIPAIS DECISÕES

3. Foram as seguintes as decisões mais interessantes do Tribunal, no domínio dos direitos, liberdades e garantias:

- Acórdão n.º 213/2008, de 2 de Abril (dados pessoais, reserva da intimidade da vida privada e justiça penal);
- Acórdão n.º 239/2008, de 22 de Abril (interdição do exercício de profissão por efeito de aplicação de sanções disciplinares militares);
- Acórdão n.º 311/2008, de 30 de Maio (acesso a tribunal, tribunais arbitrais, apoio judiciário);
- Acórdão n.º 486/2008, de 7 de Outubro (autonomia privada, igualdade entre particulares);
- Acórdão n.º 564/2008, de 13 de Novembro (direito à capacidade civil, insolvência);

— Acórdão n.º 593/2008, de 10 de Dezembro (direitos das pessoas colectivas, domicílio, tutela da privacidade).

4. Quanto a garantias de Direito e de processo penal, indiquem-se:

— Acórdão n.º 70/2008, de 31 de Janeiro (garantias de defesa do arguido, destruição de material gravado por meio de escutas telefónicas quando considerado relevante e sem que o arguido antes dele tenha tomado conhecimento);

— Acórdão n.º 115/2008, de 20 de Fevereiro (normas penais em branco, reenvio de normas penais para normas técnicas);

— Acórdão n.º 183/2008, de 12 de Março (contumácia, prescrição do procedimento criminal, princípio da legalidade);

— Acórdão n.º 237/2008, de 22 de Abril (aplicação de sanções a testemunha faltosa, princípio da proporcionalidade);

— Acórdão n.º 378/2008, de 15 de Julho (corrupção desportiva, escutas);

— Acórdão n.º 428/2008, de 12 de Agosto (segredo de justiça);

— Acórdão n.º 446/2008, de 23 de Setembro (escutas telefónicas);

— Acórdão n.º 555/2008, de 19 de Novembro (garantias do arguido).

5. Sobre direitos sociais:

— Acórdão n.º 174/2008, de 11 de Março (contratação colectiva e sistema de segurança social);

— Acórdão n.º 222/2008, de 17 de Abril (direito a aposentação);

— Acórdão n.º 273/2008, de 13 de Maio (acesso à justiça, rendimento relevante para efeito de apoio judiciário);

— Acórdão n.º 313/2008, de 11 de Junho (pensões de sobrevivência, princípio da igualdade);

— Acórdão n.º 335/2008, de 19 de Junho (garantias especiais de salário);

— Acórdão n.º 410/2008, de 31 de Julho (pensões por acidente de trabalho, mortes, uniões de facto);

— Acórdão n.º 490/2008, de 7 de Outubro (revisão de pensões por acidentes de trabalho, princípio da igualdade);

— Acórdão n.º 441/2008, de 23 de Setembro (apoio judiciário, insuficiência económica);

— Acórdão n.º 580/2008, de 26 de Novembro (direito à habitação, arrendamento, protecção da família).

— Acórdão n.º 632/2008, de 23 de Dezembro (trabalho em regime experimental, segurança no emprego).

6. Sobre questões ligadas à educação:

- Acórdão n.º 184/2008, de 12 de Março (avaliação de docentes, protecção da confiança, acesso à função pública, princípio da igualdade);
- Acórdão n.º 398/2008, de 29 de Julho (direito de criação de escolas privadas, leis de bases e leis de autorização legislativa, regulamentos delegados);
- Acórdão n.º 491/2008, de 7 de Outubro (carreira universitária, autonomia da Universidade).
- Acórdão n.º 572/2008, de 26 de Novembro (greve dos professores a exames, serviços mínimos, necessidades sociais impreteríveis).

7. Sobre direitos dos consumidores:

- Acórdão n.º 117/2008, de 20 de Fevereiro (direitos dos consumidores, transporte aéreo, inconstitucionalidade de norma de convenção internacional).

8. Sobre questões de propriedade:

- Acórdão n.º 231/2008, de 21 de Abril (indenização por expropriação por utilidade pública);
- Acórdão n.º 496/2008, de 9 de Outubro (direito de propriedade, ordenamento do território, demolições).

9. Sobre matérias financeiras:

- Acórdão n.º 238/2008, de 22 de Abril (lei das finanças regionais e estatutos das regiões autónomas);
- Acórdão n.º 258/2008, de 30 de Abril (taxas e impostos, taxas para realização de infraestruturas urbanísticas);
- Acórdão n.º 346/2008, de 25 de Junho (relações financeiras entre o Estado e as regiões autónomas, orçamento de Estado);
- Acórdão n.º 365/2008, de 2 de Julho (taxas da Entidade Reguladora da Comunicação Social, taxas e impostos);
- Acórdão n.º 499/2008, de 14 de Outubro (finanças locais e finanças regionais, solidariedade do Estado com as regiões autónomas).

10. Sobre eleições, referendos e partidos políticos:

- Acórdão n.º 236/2008, de 22 de Abril (contas dos partidos);
- Acórdão n.º 259/2008, de 30 de Abril (garantias de defesa em processo disciplinar partidário);

- Acórdão n.º 290/2008, de 29 de Maio (inscrição de partido político);
- Acórdão n.º 471/2008, de 1 de Outubro (publicação de resultados eleitorais, impugnação de actos da Comissão Nacional de Eleições);
- Acórdãos n.ºs 524 e 559/2008, de 29 de Outubro, e 19 de Novembro, respectivamente (referendo municipal).

11. Sobre tribunais:

- Acórdão n.º 69/2008, de 31 de Janeiro (regime processual experimental);
- Acórdão n.º 302/2008, de 29 de Maio (tribunais administrativos e tribunais judiciais);
- Acórdão n.º 370/2008, de 2 de Julho (processo nos tribunais administrativos, situações jurídicas definidas por actos administrativos);
- Acórdão n.º 375/2008, de 9 de Julho (transacção judicial, custas e taxas de justiça, princípio da proporcionalidade).

12. Sobre as regiões autónomas:

- Acórdão n.º 10/2008, de 14 de Janeiro (incompatibilidades e impedimentos na Madeira, matéria de estatutos regionais);
- Acórdão n.º 85/2008, de 13 de Fevereiro (Deputados independentes na Assembleia Legislativa Regional da Madeira);
- Acórdão n.º 402/2008, de 29 de Julho (estatuto político-administrativo dos Açores);
- Acórdão n.º 423/2008, de 4 de Agosto (lei do tabaco na Madeira).

13. Sobre polícia e forças de segurança:

- Acórdão n.º 304/2008, de 30 de Maio (polícia judiciária, forças de segurança, regulamentos delegados).

3. TRABALHO EM REGIME EXPERIMENTAL E SEGURANÇA NO EMPREGO

14. O artigo 107º do Código do Trabalho, nos contratos por tempo indeterminado, admite um período experimental com a duração de 90 dias para a generalidade dos trabalhadores, 180 dias para os trabalhadores com cargos de complexidade técnica, elevado grau de responsabilidade e especial qualificação ou com funções de confiança e 240 dias para o pessoal de direcção e para os quadros superiores.

O Parlamento, recentemente, alterou este preceito, passando o período experimental a ter a duração de 180 dias também para os trabalhadores

indiferenciados, o que levou o Presidente da República a requerer a fiscalização preventiva da nova norma.

Estava em causa, segundo o Presidente, uma restrição a um direito fundamental — o direito dos trabalhadores à segurança do emprego consignado no artigo 53º da Constituição — violadora do princípio da proporcionalidade, visto que quanto mais dilatado fosse o período experimental, mais precária ficaria sendo a situação dos trabalhadores. Não seria aqui possível operar uma concordância prática entre a salvaguarda do direito de iniciativa económica privada e o sacrifício do direito à segurança do emprego.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 632/2008, de 23 de Dezembro¹, atendeu às razões assim resumidas e pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma.

15. Depois de lembrar a dupla incidência do artigo 53º — dirigido quer ao Estado quer aos particulares — e a sua jurisprudência sobre a matéria e de notar que a formulação literal do artigo 53º da Lei Fundamental inclui a expressa menção da segurança no emprego, o Tribunal começou por reiterar a necessidade de ver nele não só a proibição de despedimentos arbitrários (sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos) mas também a proibição de situações injustificadas de precariedade do trabalho.

A existência de um período experimental, com certas características, não mereceria qualquer censura constitucional. A necessidade da «prova» — com todas as consequências decorrentes, sobretudo para o trabalhador — inscrever-se-ia na própria teleologia do contrato de trabalho por tempo indeterminado, esse mesmo que corresponde ao «paradigma» das relações juslaborais que se conformam plenamente com o valor constitucional da segurança no emprego. Relações como estas, longas e duradouras, necessitaria — e em princípio para benefício de ambas as partes — de uma via de respiração, conferida pela previsão legal de um tempo durante o qual tanto trabalhador quanto empregador se pudessem livremente desvincular de um compromisso que, no seu entendimento, se não antes visse viável.

«Mas tal período não pode deixar de ser limitado por lei. Por razões de defesa dos interesses do trabalhador — e por razões decorrentes do princípio constitucional da não precariedade injustificada do emprego — a duração da «experiência» teria que ter, evidentemente, um limite máximo fixado pelo legislador. Este teria, assim e em princípio, a liberdade de conformar o *quantum* da «prova», mas não a liberdade de deixar de o

¹ *Diário da República*, 1ª série, n.º 6, de 9 de Janeiro de 2009.

conformar. E mais ainda: semelhante liberdade de conformação legislativa — referente apenas à escolha do tempo concreto de duração do período experimental — deveria, também ela, ser limitada. A duração do período experimental «não pode ser fixada em período de tal forma prolongado que resulte desvirtuado o princípio da segurança no emprego, como sucederá, indiscutivelmente, nos casos em que a duração se estendesse por tempo tão longo (dois ou três anos, por exemplo) que se teria de considerar estar-se perante uma fixação fraudulenta, forma encapotada de permitir o despedimento sem justa causa» (acórdão n.º 64/91).

Submetendo então a norma questionada ao teste da proporcionalidade, nas suas três dimensões de adequação, necessidade e racionalidade, o acórdão concluiu que o alargamento nele previsto não satisfazia as exigências desse princípio. A duração do período experimental para os trabalhadores indiferenciados, para além de ser aumentada para o dobro, acabava por coincidir com o tempo de «experiência» dos próprios trabalhadores qualificados.

Ora, seria necessário, ou exigível, que, nos contratos de duração indeterminada, os trabalhadores indiferenciados passassem a ter um período experimental não só coincidente com o dobro do tempo actualmente vigente mas ainda coincidente com o tempo de «prova» a que estão sujeitos os trabalhadores especializados? Razões empíricas, e de imediata resposta, diriam que não. Pela própria natureza das coisas, a «prova» seria tanto menos exigente quanto menos exigente fosse também, pela sua «qualidade» ou «especialização», o teor da prestação de trabalho: prestações menos qualificadas poderiam ser testadas ou «experimentadas» (tanto por empregador quanto por trabalhador) em menos tempo do que as outras, mais qualificadas.

Seriam precisamente os trabalhadores sem especiais qualificações, ou sem especial autonomia técnica, os mais carentes da protecção do Direito, por serem também eles — pela sua ‘fungibilidade’ — os potencialmente mais expostos a situações injustificadas de precariedade de emprego. Assim, qualquer medida legislativa a eles destinada, e que determinasse aumento da precariedade da sua situação laboral, não poderia deixar de se traduzir numa significativa «compressão» do bem jurídico protegido pelo artigo 53.º da Constituição (n.º 13).

16. Poder-se-ia, *prima facie*, não considerar inconstitucional a pura e simples extensão de 90 para 180 dias do trabalho à experiência de trabalhadores não especializados e o teste de proporcionalidade a que recorre o acórdão não é, só por si, concludente, nem dele resulta um critério suficientemente seguro.

Poder-se-ia até admitir que, estando previsto na revisão do Código do

Trabalho em curso um mais rigoroso regime do trabalho a termo, o legislador pudesse adoptar essa medida a título de compensação. O que se afigura determinante, porém, da inconstitucionalidade é a equiparação do trabalho indiferenciado e não especializado ao trabalho especializado. E isso, além de infringir o princípio da proporcionalidade, infringe o princípio da igualdade, o qual manda tratar desigualmente situações desiguais.

O artigo 53º da nossa Constituição não tem muitos paralelos noutras Constituições: só temos presente o artigo 7º, I da Constituição brasileira; nos demais países constará apenas do Direito ordinário. Todavia, ele é, por certo, um preceito emblemático do Estado social e, em particular, do Estado social institucionalizado em 1976 — porque, como se lê outrossim no acórdão (n.º 7), «a intenção constitucional de proteger especialmente a condição existencial do trabalhador enquanto titular de direitos, liberdades e garantias só pode relevar de uma outra intenção mais funda, que é a que vai incluída no princípio da realização da democracia económica, social e cultural».

4. CONTRATACÃO COLECTIVA E SISTEMA DE SEGURANÇA SOCIAL

17. Tem sido controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional o problema de saber se as normas constantes de convenções colectivas de trabalho cabem no âmbito do artigo 277º da Constituição para efeito de fiscalização da constitucionalidade. Num dos últimos acórdãos em que ele foi tratado, o acórdão n.º 174/2008, de 11 de Março², a respeito do direito à segurança social, foi-lhe dada resposta em sentido positivo.

Aí, retomando a argumentação de anteriores acórdãos e de declarações de voto de alguns juízes, o Tribunal entendeu que as disposições constantes das convenções colectivas, apesar da sua origem contratual, constituíam hoje não só regras dotadas das características de generalidade e abstracção mas também verdadeiras normas, num conceito funcionalmente adequado ao sistema de fiscalização constitucionalmente adoptado. Nelas se encontrariam ainda a heteronomia (intenção vinculativa não dependente da vontade dos destinatários) e o reconhecimento jurídico-político (imposição deste vinculismo pelo ordenamento jurídico).

Estando nós num tempo de apelo à revitalização da contratação colectiva, em que se deseja que cada vez mais as relações laborais sejam reguladas por normas que nasçam da vontade concordante dos representantes dos seus destinatários, não seria compreensível que todo um vastíssimo

² *Diário da República*, 2ª série, n.º 98, de 21 de Maio de 2008.

sector da vida dos cidadãos, com particular relevância constitucional, como o que se prende com os direitos dos trabalhadores, ficasse privado de acesso ao Tribunal Constitucional.

De resto, a relevância normativa das cláusulas das convenções colectivas teria sido reforçada com a publicação do Código do Trabalho, ao consentir o afastamento de normas legais por convencionais (ainda que estas se não mostrassem mais favoráveis aos trabalhadores), ao manter a regra da subsidiariedade dos instrumentos não negociais de regulamentação colectiva em face dos negociais e ao reafirmar que as normas convencionais vinculam mesmo trabalhadores e empregadores não representados pelas associações signatárias no momento da celebração ou que delas venham a desfiliar-se.

18. Quanto a nós, temos vindo a sustentar uma posição contrária, com base em duas razões principais: a natureza da contratação colectiva como garantia institucional inerente a uma sociedade civil, com pluralidade de interesses, não absorvida pelo Estado; e o receio de submeter as normas dela emergentes ao mesmo sistema de constitucionalidade das normas legisladas acarretar uma publicização deslocada e inconveniente³.

Tendemos hoje, no entanto, a mudar de opinião, não porque assimilamos as convenções a actos normativos públicos, mas porque fazemos agora uma leitura mais estrita do artigo 56º, n.º 4 da Constituição e porque o princípio da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais aponta para que instrumentos jurídicos que tão fortemente os afectam — sejam os direitos dos trabalhadores, sejam a iniciativa económica privada — não fiquem à margem da apreciação pelo órgão supremo de garantia desses direitos, o Tribunal Constitucional.

Realmente, a lei desempenha um papel muito importante no domínio da contratação colectiva. É ela que estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a sua celebração e à eficácia das respectivas normas, bem como (conforme o Tribunal Constitucional tem admitido) e, quanto ao seu âmbito material, pode fixar-lhe restrições, observado o princípio da proporcionalidade do artigo 18º, n.º 2. Sendo assim, bem ou mal, há uma interferência do poder público que conduz a uma conjugação do princípio da autonomia como limites heterónomos bastante significativos. E, por isso, pode aceitar-se, como se lê no presente acórdão, a possibilidade, se não a necessidade de um controlo de constitucionalidade.

Por outro lado, se não convence o argumento da eventual sobreposição de normas convencionais a normas legais (por estas poderem ser tomadas como supletivas), já os convence o argumento tirado da circunstância de

³ Por último, *Manual de Direito Constitucional*, VI, 3ª ed., Coimbra, 2008, p. 183.

as convenções colectivas poderem obter eficácia, independentemente das portarias de extensão, para além dos seus destinatários imediatos, os membros das associações sindicais e das associações patronais.

19. No tocante à questão substantiva a julgamento do Tribunal, ela dizia respeito a dois pontos:

- saber se era conforme com a Constituição a existência de um sistema de segurança social para os trabalhadores bancários à margem do sistema público de segurança social;
- saber se, para além ou independentemente disso, eram conformes com a Constituição as normas do Acordo Colectivo de Trabalho do Sector Bancário que, para efeito de pensões de reforma, apenas considerava os valores correspondentes à retribuição-base e às diuturnidades, e não também quaisquer outros valores recebidos a título de retribuição.

Quanto ao primeiro ponto, o Tribunal Constitucional, reconhecendo embora as obrigações do Estado decorrentes da consagração do direito à segurança social — o que implicava a existência de um sector único — justificou a existência de regimes específicos pela dificuldade de os integrar nesse sistema.

«A salvaguarda — lê-se no acórdão (3.2.) — do regime previdencial do sector bancário, através de normas de direito transitório das leis de bases do sistema de segurança social, não pode, obviamente, deixar de ser interpretada no sentido de que futuramente se verificará a integração de todos trabalhadores bancários no regime geral do sistema público de segurança social.

»Contudo, essa integração não é fácil, desde logo por causa da ausência da obrigação contributiva que caracteriza *grosso modo* o regime próprio dos bancários em particular. No regime convencional dos empregados bancários a responsabilidade financeira é assumida directamente pelas próprias instituições bancárias, ao invés do que sucede com o sistema público de segurança social em que o risco social é transferido obrigatoriamente para instituições públicas pelo pagamento das correspondentes contribuições. Assim, a eventual transferência dos trabalhadores bancários para a segurança social a partir de determinada data teria de ser acompanhada de medidas de financiamento e de sustentabilidade, designadamente a responsabilização das entidades bancárias pelo período anterior de carreira daqueles trabalhadores, em relação ao qual não se verificaram contribuições para o sistema.

»Enquanto esta difícil integração não se concretiza, as sucessivas leis de bases gerais da segurança social salvaguardaram a vigência do

regime previdencial do sector bancário constante dos instrumentos de contratação colectiva.

(...)

»Perante a admissibilidade desta diversidade de sistemas não faz sentido exigir uma igualação do conteúdo das regras dos sistemas não estatais ao regime geral do sistema público da segurança social. Admitindo-se a vigência de regimes diversos, apoiados em diferentes pressupostos, não é exigível uma identidade de soluções, uma vez que o princípio constitucional da igualdade não exige um tratamento igual para realidades distintas».

E também quanto ao segundo ponto o Tribunal estimou que não se verifica a inconstitucionalidade.

«A Constituição da República Portuguesa não consagra, em qualquer das suas normas ou princípios, a exigência de que se tenha em consideração, como critério para o cálculo do montante das pensões de reforma, o montante da retribuição efectivamente auferida pelo trabalhador no activo. Na verdade, a Constituição não define e não concretiza o conteúdo do direito à segurança social, nem estabelece prazos para essa concretização, remetendo para a lei, através do artigo 63.º, n.º 2, essa tarefa. Daqui decorre que não procede a leitura da expressão “todo o tempo de trabalho” como tendo de incluir, em si, a expressão “toda a remuneração mensal” realmente auferida pelo trabalhador durante o tempo de trabalho. Pode, e, numa certa perspectiva, haverá mesmo que distinguir entre a necessária consideração de todo o tempo de trabalho e uma (inexistente) imposição de utilização, como critério de cálculo do valor da pensão, do montante dos rendimentos realmente auferidos (incluindo remuneração base e outros rendimentos complementares) durante o tempo de trabalho» (n.º 3).

20. Discordamos francamente do entendimento do Tribunal.

As cláusulas do Acordo Colectivo de Trabalho Vertical para o Sector Bancário infringem não só o duplo princípio da unidade e do carácter público do sistema de segurança social como infringem o princípio da universalidade, por subtraírem as pessoas de determinada categoria profissional à plena efectivação do direito à segurança social; assim como infringem o princípio da igualdade, por introduzirem diferenciações arbitrárias entre eles e os demais trabalhadores e diferenciações entre trabalhadores bancários integrados e não integrados nos quadros das respectivas instituições.

O Decreto-Lei n.º 519-C/79, de 29 de Dezembro, vedou aos instrumentos de contratação colectiva estabelecer ou regular benefícios complementares assegurados pelas instituições de crédito [artigo 6.º, n.º1, alínea e)].

E compreende-se que assim tivesse disposto. Como afirmaria o próprio Tribunal Constitucional (no acórdão n.º 517/98), a matéria das prestações complementares de segurança social não faz parte do núcleo duro da contratação colectiva, porque, como bem resulta do confronto do artigo 59.º da Constituição (que trata dos direitos dos trabalhadores) com o artigo 63.º (atinentes à segurança social), o direito a prestações de segurança social (maxime o direito à pensão de reforma) não é, de facto, um direito exclusivo dos trabalhadores, mas, antes, um direito dos cidadãos.

Existiriam, aliás, sólidas razões (lia-se ainda nesse acórdão) para excluir da contratação colectiva as prestações complementares de segurança social, visto que, atento o elevado esforço financeiro que o pagamento dessas pensões exige, os trabalhadores só têm verdadeira garantia de que o mesmo será feito quando ele fica a cargo de entidades com aptidão, designadamente financeira, para gerir esquemas de seguro, a que acresce que a assunção de um tal encargo por parte do empregador pode afectar grandemente os seus activos financeiros, pondo em risco a sua subsistência e os direitos dos credores.

Não obstante tudo isto, nem esse diploma, nem as sucessivas leis de bases da segurança social lograram até agora suficiente efectividade para fazer cessar o regime convencional aplicável aos trabalhadores bancários. Desta sorte, em vez de ser o Estado a organizar a protecção social devida aos trabalhadores bancários, são as instituições de crédito, por si ou por serviços sociais privativos, a garanti-la (cláusula 136.ª, n.º 1, do Acordo Colectivo de Trabalho Vertical). E, como consequência, entre outros, em vez de eles virem a receber pensões de reforma baseadas nas concretas retribuições auferidas ao longo das suas vidas (gratificações, horas extraordinárias, outros complementos salariais), acabam por ter direito apenas a pensões baseadas em tabelas de vencimentos definidas em abstracto, não raro com montantes muitíssimo inferiores.

Conforme escreve Rui Medeiros⁴, o legislador, na concretização do vasto programa constitucional plasmado no artigo 63.º da Constituição de 1976, podia, inicialmente, adoptar soluções gradualistas.

Recorde-se que a situação de partida, no momento da entrada em vigor da Constituição, era substancialmente diversa. «Os princípios consignados no Estatuto do Trabalho Nacional — segundo os quais a previdência social deveria erguer-se em realização progressiva sobre a organização do trabalho, designadamente através de contratos colectivos — conduziram, logicamente, à estrutura diferenciada do sistema por sectores profissionais: caixas sindicais, quando resultantes de convenção colectiva de

⁴ In JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005, p. 647.

trabalho, e caixas de reforma ou previdência, para os trabalhadores de determinada profissão, ramo de actividade ou empresa, em zonas não organizadas corporativamente» (v. Parecer da Câmara Corporativa n.º 39/VII sobre a reforma da previdência social, in *Pareceres*, 1961, I, pág. 214).

Ora, ponderando o tempo entretanto decorrido desde a entrada em vigor da Constituição de 1976, afigura-se jurídico-constitucionalmente duvidosa qualquer tentativa de legitimar as situações de inexistência, no momento actual, de um pleno cumprimento da imposição constitucional de universalização do sistema.

5. AVALIAÇÃO DE DOCENTES, PROTECÇÃO DA CONFIANÇA, ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE

21. 25 Deputados à Assembleia da República requereram ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade de algumas normas legislativas, respeitantes à classificação e à carreira docente dos educadores de infância e dos professores do ensino básico e secundário, com diversos fundamentos, entre os quais:

- por se estabelecer um sistema de quotas máximas para as classificações mais elevadas (de Excelente e Muito Bom), o que afrontaria o princípio da igualdade;
- por, ao criar-se uma nova categoria de professores — a de professores titulares — para quem atinja o topo da carreira, se fazer regressir os professores que, entretanto, já se encontravam nos lugares cimeiros dessa carreira, o que violaria o princípio da tutela da confiança;
- por, ao estabelecer-se como requisito para o recrutamento transitório como professor titular a prestação efectiva de funções, desconsiderarem-se situações legalmente equiparadas e poder levar-se a que fossem afastados do concurso professores dispensados de funções lectivas por razões de saúde, o que ofenderia o direito à protecção da saúde.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 184/2008, de 12 de Março⁵, com vários votos de vencido, só viria a declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da última norma questionada, não das outras.

22. Quanto à norma limitativa da atribuição das notas mais elevadas de classificação, o Tribunal considerou que ela era uma solução de gestão

⁵ *Diário da República*, 1ª série, n.º 79, de 22 de Abril de 2008.

dos recursos humanos da administração pública em geral, e não apenas dos docentes abrangidos por essa norma — ela pretendia ser um instrumento da correcta avaliação do desempenho dos funcionários públicos; e não violava princípios de igualdade.

«Desde logo, os contingentes são definidos previamente à avaliação, de modo que os avaliadores sabem que só podem atribuir um número limitado de classificações acima de Bom. Além disso, a escala de classificações tem uma amplitude de um a dez valores (artigo 46.º, n.º 1, do Estatuto), permitindo atribuir uma nota adequada a cada avaliado, de modo a espelhar a diversidade dos desempenhos verificados. As menções qualitativas correspondem a uma escala numérica previamente definida (artigo 46.º, n.º 2, do Estatuto) e a nota final é calculada a partir de um conjunto de critérios de avaliação extensos e variados, relativos ao desempenho concreto e efectivo do avaliado (artigo 45.º do Estatuto).

»Daí decorre que uma avaliação séria e rigorosa levará a dispersar as classificações atribuídas pelos diversos graus da escala, diminuindo a probabilidade de os avaliados com classificação superior a Bom serem em número superior ao das quotas fixadas.

»Se, ainda assim, isso vier a suceder, não pode afirmar-se que a norma questionada legitime os avaliadores a efectuar uma escolha arbitrária. Pelo contrário, a lei exige dos avaliadores uma actuação ponderada e reflectida, obrigando-os a ter em conta diversos parâmetros e a justificar as opções tomadas — veja-se que a atribuição de classificações superiores a Bom tem que ser expressamente fundamentada e pressupõe a verificação dos requisitos previstos no artigo 46.º, n.ºs 4 e 5, do Estatuto. A avaliação é um acto vinculado, desenrolando-se de acordo com um procedimento legalmente definido e orientando-se por princípios de justiça, designadamente o princípio da igualdade (sendo os avaliadores agentes administrativos, aplica-se-lhes o disposto no artigo 266.º, n.º 2, da Constituição)».

Quanto à violação do princípio de tutela da confiança, também o Tribunal respondeu negativamente, por não ser possível vislumbrar a constituição de uma expectativa materialmente fundada não só da manutenção das suas previsões anteriores sobre o provável andamento das suas carreiras como mesmo das situações já alcançadas em função do direito em vigor.

Não estava em causa a redução dos direitos ou regalias profissionais, designadamente, a remuneração. Bem pelo contrário, a norma questionada garantia aos professores, que à data da sua entrada em vigor estivessem posicionados nos 8.º, 9.º e 10.º, escalões a manutenção dos índices remuneratórios auferidos.

A expectativa respeitante apenas à continuidade da posição de certos professores nos lugares de topo da carreira era, unicamente, uma expecta-

tiva de manutenção de um *statu quo*, que não pode considerar-se juridicamente relevante para o efeito de merecer a tutela dispensada pelo princípio constitucional da protecção da confiança. Nem se via, além disso, como a situação em apreço constituísse uma verdadeira regressão profissional. Na verdade, os docentes manter-se-iam numa categoria da carreira que já existia e continuava a existir: a categoria de professor. Mudava apenas a organização interna desta categoria, passando a estar repartida por seis escalões.

23. Finalmente, a propósito do direito à protecção da saúde, salientou o acórdão a eficácia jurídica das normas de direitos sociais e a sua dimensão ou valência objectiva, irradiante para outros lugares do ordenamento.

Mas o juízo de inconstitucionalidade não se respaldou tanto na infracção do artigo 64º da Constituição quanto na violação do artigo 47º, n.º 2, sobre acesso à função pública em igualdade. Ao excluir do universo de docentes que podiam ser opositores do concurso para acesso a professores titulares aqueles que se encontrassem em dispensa total ou parcial da componente lectiva — o que abrangia as situações existentes até 2007, em que a figura de «dispensa de componente lectiva» era, precisamente, aplicável em caso de doença — o legislador estava a introduzir no sistema de regras relativas ao direito de promoção numa carreira da função pública uma diferença não fundada em nenhum valor constitucionalmente relevante.

24. A avaliação dos educadores de infância e dos professores de ensino básico e secundário, com as inerentes consequências para as carreiras respectivas, tem provocado, nos últimos tempos, larga controvérsia. Dificilmente poderia deixar de chegar ao Tribunal Constitucional.

Nenhuma dúvida oferece o modo como ele resolveu o terceiro problema, o da exclusão do concurso para professor titular de docentes sem serviço lectivo por motivos de saúde. Tal como parece claro que, numa perspectiva não formalística do princípio da igualdade — e até de realização de democracia cultural e de cumprimento pelo Estado das suas incumbências de promoção da educação e da cultura — não poderia supor-se inconstitucionais o sistema de quotas e a criação da categoria de professor titular. Onde, o Tribunal não terá sido muito convincente terá sido no tratamento do princípio da tutela da confiança.

6. CARREIRA UNIVERSITÁRIA E AUTONOMIA DA UNIVERSIDADE

25. É regra do Direito universitário português (e julga-se também da generalidade dos ordenamentos de outros países) que as apreciações de

currículo de candidatos a provimento em categorias superiores da carreira não valham fora dos respectivos concursos. Por isso, o Vice-Reitor de uma Universidade indeferiu o pedido de certo professor para que, entretanto, havia exercido funções dirigentes fora da Universidade, para, ao abrigo de determinada disposição legal, fosse criado um lugar de professor catedrático.

Da decisão interpôs recurso o professor para os tribunais administrativos e como estes lhe tivessem dado ganho de causa, o Vice-Reitor, por seu turno, recorreu para o Tribunal Constitucional, invocando infracção por aquele preceito legislativo do princípio da igualdade: pois os docentes nomeados para funções de chefia poderiam aproveitar-se da aprovação em mérito científico e pedagógico ocorrida em concurso anterior, ao contrário do que se verificaria em relação aos restantes docentes.

Alegou ainda violação da garantia da autonomia universitária, do artigo 76º, n.º 2, da Constituição, por esse benefício envolver a imposição externa à Universidade do aumento dos seus quadros e, sobretudo, permite a progressão na carreira académica à revelia dos critérios de avaliação universitários, segundo os quais não basta, num concurso, obter mérito absoluto, é necessário obter mérito relativo.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 491/2008, de 7 de Outubro⁶, concedeu provimento ao recurso do Vice-Reitor, acolhendo, no essencial, como bem fundada, a sua argumentação e ainda convocando o princípio do acesso em igualdade à função pública.

26. O aresto merece inteira concordância e, em especial, na parte em que, de forma feliz, se debruça sobre a autonomia universitária.

Como aí se lê, a «autonomia universitária afirmou-se ao longo dos tempos, essencial e prevalecentemente, enquanto liberdade de pensar, de investigar e de ensinar. Mas uma liberdade institucionalizada, na comunidade social, ou exercida, de modo objectivo, por um concreto *corpus* científico.

«Ao reconhecer às universidades, no n.º 2 do artigoº 76.º, a autonomia estatutária, científica e pedagógica, administrativa e financeira, a nossa Constituição não deixou de estar a recuperar o acervo axiológico-histórico que verdadeiramente as identifica: como instituições que praticam e assentam a sua actividade na liberdade de pensar e de investigar e que transmitem o conhecimento assim obtido aos estudantes universitários e à comunidade social.

»O artigoº 42.º da Constituição reconhece como direitos fundamentais a liberdade de criação intelectual, artística e científica, compreendendo também essa liberdade o “direito à invenção, produção e

⁶ *Diário da República*, 2ª série, n.º 219, de 11 de Novembro de 2008.

divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor”.

»Por seu lado, o seu artigoº 43.º garante a liberdade fundamental de aprender e ensinar, proíbe o dirigismo estadual da educação e da cultura “segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas” e consagra a não confessionalidade do ensino público.

»Ora, a autonomia das universidades visa garantir, institucionalmente, o exercício dessa liberdade de investigação e de ensino, reconhecidos como direitos pessoais fundamentais.

»Nesta medida, a universidade apresenta-se simultaneamente como instituição que se afirma na liberdade científica e na liberdade de ensinar o conhecimento assim obtido — no que se costuma designar por “liberdade de cátedra” — como corpo, essencialmente constituído pelos “professores universitários” que exercem pessoalmente essa liberdade científica e de ensino e que transmitem o conhecimento, por si alcançado, aos alunos universitários» (8.5.).

(...)

«Essa liberdade científica ou de “cátedra”, ínsita no sentido da autonomia científica e pedagógica, reconhecida constitucionalmente às universidades, postula, de um lado, que o acesso à docência e à investigação universitária e a progressão na carreira sejam feitas, apenas, segundo o critério do mérito e da capacidade científica e pedagógica universitárias, e, do outro, que no processo dessa avaliação, os docentes universitários, enquanto agentes dessa liberdade científica, tenham necessariamente de intervir».

(...)

«A norma constante do n.º 2 do artigoº 76.º da Constituição assume a autonomia universitária como uma garantia fundamental cujo recorte subjectivo ultrapassa o mero plano institucional para se projectar, também, em alguma medida, no âmbito dos agentes universitários, nomeadamente, no que importa à liberdade de investigação, de ensino, de pensamento e de pedagogia, com respeito pela Constituição, abrangendo o que se costuma designar por “liberdade de cátedra”».

(...)

Quanto ao exercício de funções fora da Universidade, “o mérito, porventura”, nelas alcançado, apenas poderá interessar no acesso ou na progressão da carreira universitária nos exactos termos públicos em que pode ser apreciado o mérito e a capacidade científica dos demais docentes.

»A autonomia universitária e a liberdade científica e de cátedra, que vão nela implicadas, exigem que a avaliação para a docência e a progressão na carreira se continue a fazer segundo o mesmo método geral, de confrontação pública da capacidade e de mérito, ou seja, portanto, segundo a regra de avaliação do mérito absoluto e relativo.

»Nesta medida, o *acquis*, mesmo de natureza científico ou pedagógico, porventura adquirido fora da universidade pelo docente que exerceu um cargo dirigente da função pública, apenas pode alcançar alguns efeitos dentro da própria aplicação do método geral estabelecido para a avaliação do mérito e da capacidade científica».

7. DIREITOS DOS CONSUMIDORES, TRANSPORTE AÉREO, INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA DE CONVENÇÃO INTERNACIONAL

27. Determinado cidadão propôs uma acção contra uma companhia aérea, pedindo uma indemnização de 61.734,31 euros, por perda de uma mala num voo operado por essa companhia. O Supremo Tribunal de Justiça, considerando que a responsabilidade pelo extravio da mala estava limitada aos valores previstos no artigo 22º, n.º 2 da Convenção de Varsóvia de 1929 (sobre transporte aéreo internacional) e que esse montante (calculado em 468 euros) já tinha sido pago, julgou a acção improcedente.

Da decisão houve recurso para o Tribunal Constitucional, com dois fundamentos principais: 1º a limitação da reparação estabelecida naquela norma internacional desrespeitaria o artigo 60º da Constituição; 2º e violaria tanto o princípio da igualdade, como a proibição de abuso de poder económico, consignados nos artigos 13º e 81º, alínea e), por criar uma cláusula típica de imposição pela parte forte (a transportadora) à parte fraca (o passageiro) do pagamento de um seguro que desobrigaria a transportadora, sendo certo que o preço da passagem já pressuporia esse custo.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 117/2008, de 20 de Fevereiro⁷, negou provimento ao recurso.

28. Segundo o Tribunal (na linha do anterior acórdão n.º 650/2004, tirado em fiscalização abstracta), dos termos em que o direito dos consumidores à reparação dos danos vem consagrado no artigo 60º não resulta que «seja vedado ao legislador ordinário efectuar modelações do regime de responsabilidade. (...) A obrigação de indemnizar não tem de ser configurada de modo a que venha sempre a ser ressarcida a totalidade dos danos calculados nos termos gerais da responsabilidade civil, quer do ponto de vista qualitativo (p. ex.: exclusão de danos não patrimoniais ou de lucros cessantes), quer do ponto de vista quantitativo (limitações *a forfait* do montante da indemnização). O legislador dispõe, em princípio, da liberdade de conformar mais ou menos limitativamente o regime da responsabilidade civil, seja definindo condições para a obrigação de indemnização, seja limitando os danos ressarcíveis». Ponto é «que dos limites fixados não

⁷ *Diário da República*, 2ª série, n.º 70, de 9 de Abril de 2008.

resulte um ressarcimento irrisório ou desprezível e, por fim, que, a haver limitações à reparação integral dos prejuízos, sejam elas justificadas pelos interesses em presença» (n.º 5).

(...)

«Visto o regime da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 22.º da Convenção de Varsóvia no seu todo, também neste caso não se estaria perante uma verdadeira restrição ao direito de reparação dos danos, mas perante uma norma de conformação ou condicionamento da obrigação de indemnizar em função do risco assumido pelas partes no momento de contratar.

»Na verdade, o passageiro pode assegurar a indemnização integral dos danos, mesmo em caso de mera negligência do transportador ou seus propositos, mediante uma declaração especial de interesse na entrega no destino feita no momento de confiar o volume ao transportador e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual. Nesse caso, será o transportador obrigado a pagar uma indemnização até ao limite da quantia declarada, salvo se provar que ela é superior ao interesse real do expedidor na entrega. Vale por dizer que, no contrato normal de transporte, se pressupõe a aceitação, por parte do passageiro, de que a bagagem que regista não tem valor superior a 17 “direitos especiais de saque” por quilograma, *rectius*, ao produto do peso da bagagem registada por esse valor unitário. No preço pelo qual o transportador normalmente se dispõe a fazer o transporte do passageiro e da sua bagagem, assumindo as consequências de não conseguir assegurar o resultado por, em algum ponto do complexo circuito das operações de condução da bagagem, ocorrerem factos causadores da sua perda ou danificação, está implícita essa aceitação ou, pelo menos, a correspondente repartição de risco. Se o passageiro pretender contratar noutros termos, faz a declaração correspondente e paga o preço suplementar, assim assegurando que a obrigação de indemnizar em caso de destruição, perda, danificação ou atraso na entrega da bagagem não fique sujeita à cláusula limitativa estabelecida para as condições normais» (n.º 6).

»Este limite não é de tal modo exíguo que atinja o núcleo essencial do direito do consumidor à reparação dos danos e tem justificação razoável nos interesses contraditórios que na situação se confrontam. Aos interesses dos lesados em serem integralmente ressarcidos pelos prejuízos sofridos contrapõe-se o interesse das transportadoras em não serem sobrecarregadas com indemnizações, ou com procedimentos onerosos para preveni-las, que tornem economicamente inviável a sua actividade. Mas há também o interesse dos consumidores em geral em usufruir a preços acessíveis da mais ampla oferta de transporte aéreo internacional, que se veria contrariado pela necessidade de repercutir nos preços o risco para os operadores de transporte aéreo de o preço do bilhete de passageiro o poder fazer incorrer no

pagamento de indemnizações elevadas, em situações de mera negligência presumida. E há o interesse dos Estados na existência e funcionamento regular e eficiente de tais serviços a partir e com destino ao território respectivo. O regime convencional corresponde a um equilíbrio razoável entre todos estes interesses» (n.º 7).

Por outro lado, «ainda que a limitação do montante indemnizatório a favor de uma das partes no contrato fosse «candidato positivo» à equiparação às proibições de discriminação com base nas categorias suspeitas elencadas no n.º 2 do artigo 13.º — e não é, não sendo assimilável a uma discriminação com base na situação económica, que seria a categoria mais próxima, porque a situação económica das partes contratantes não é factor diferenciador — é descabida a conclusão de que a norma convencional não tem fundamento material ou justificação razoável. Ela visa até objectivos de defesa global do consumidor, obstando a que um dos componentes do preço das viagens aéreas seja a cobertura sistemática de riscos que a generalidade dos casos não justifica. A existência de limites de responsabilidade uniformes para a perda, os danos ou a destruição da bagagem e para os prejuízos causados pelos atrasos, aplicáveis a todas as viagens efectuadas por transportadoras comunitárias, garantirá o estabelecimento de regras simples e claras para os passageiros e para as companhias aéreas e permitirá que os passageiros reconheçam a necessidade de fazerem ou não um seguro complementar» (n.º 8).

29. Através deste acórdão, como se verifica, o Tribunal Constitucional exerceu o seu poder de fiscalização sucessiva da constitucionalidade de uma norma de Direito internacional convencional — fenómeno raro entre nós (deve ter sido esta a sexta vez em que tal terá acontecido) e rara na generalidade dos países, por a fiscalização sucessiva dificilmente se conciliar com o princípio da boa fé nas relações internacionais.

Neste caso, a decisão não poderia ser outra senão a de não inconstitucionalidade da norma impugnada, por o passageiro ter a possibilidade de fazer o seguro correspondente ao valor dos objectos contidos na bagagem. Todavia, a argumentação terá ido longe de mais, ao sobrevalorizar os interesses dos consumidores em geral e os dos transportadores aéreos. E, embora, provavelmente, excessiva, também a diferença entre a indemnização pedida (mais de 60.000 euros) e a efectivamente paga (menos de 500) não deixa de provocar alguma reflexão.

8. GARANTIAS DE DEFESA EM PROCESSO DISCIPLINAR PARTIDÁRIO

30. Têm sido muito poucos os casos de acções de impugnação de deliberações de órgãos de partidos políticos propostas no Tribunal Constitu-

cional [artigo 223º, n.º 2, alínea *h*) da Constituição e artigo 103º-D da Lei orgânica do Tribunal]. Um destes casos foi o julgado pelo acórdão n.º 259/2008, de 30 de Abril⁸.

Três militantes de determinado partido haviam sido expulsos, por deliberação da Comissão Nacional de Jurisdição do partido, por terem integrado uma candidatura independente, em eleições locais, concorrente da desse partido e por, assim, terem desrespeitado os estatutos, os regulamentos e as decisões dos seus órgãos. Como tivessem impugnado a deliberação, o Tribunal reconheceu-lhes razão, por não ter ficado provado que tivessem sido notificados das notas de culpa pela forma adequada, nem elas que lhes tivessem chegado por outros meios.

A garantia de audiência prévia dos arguidos em processo disciplinar não se traduz apenas no direito a pronunciarem-se sobre os factos que lhes são imputados; implica também que a peça acusatória cumpra certas exigências, como identificar factos concretos e circunstanciados, indicar os deveres ofendidos e valorar disciplinarmente as condutas. Só a acusação que cumpra estas exigências permite a percepção nítida da infracção que é imputada, dos termos em que ela é considerada relevante e da sanção que se prevê. Daí, não se tendo tal verificado *in casu*, a nulidade insuprível do processo e da decisão punitiva.

31. Para lá do caso concreto, o acórdão oferece algum interesse por causa das considerações que tece acerca do Direito disciplinar dos partidos políticos, mesmo se não merecem total apoio.

Por um lado, enquanto Direito sancionatório, entende que lhe devem ser aplicados os princípios gerais de Direito penal. Contudo, por outro lado, haveria diferença entre os seus âmbitos de aplicação, por os partidos serem associações de Direito privado com relevância constitucional, cuja disciplina prossegue interesses egoísticos, ao passo que no Direito penal o poder punitivo é exercido no interesse colectivo.

Não concordamos com essa qualificação. Há muito que vimos defendendo que os partidos não são pessoas colectivas de Direito privado, devido às funções e aos poderes constitucionais de que gozam, ao regime da sua formação e da sua subsistência, ao princípio da unicidade de inscrição e à sujeição ao controlo do Tribunal Constitucional. E o acenado interesse egoístico que prosseguem pode ser ainda entendido de um prisma objectivo em conexão com o pluralismo político: é para salvaguardar o pluralismo que cada partido tem as suas normas estatutárias e disciplinares próprias, no âmbito, porém, do Estado de Direito. Tendemos, pois, a reduzir, e não a aumentar, as diferenças entre o Direito disciplinar partidário e o Direito disciplinar administrativo.

⁸ *Diário da República*, 2ª série, n.º 108, de 5 de Junho de 2008.

9. O ESTATUTO DOS AÇORES

32. A Assembleia Legislativa Regional dos Açores propôs à Assembleia da República, no exercício do seu poder de iniciativa originária, um novo estatuto para a Região Autónoma, destinado a extrair todas as virtualidades abertas pela revisão constitucional de 2004, que aumentou, consideravelmente, a autonomia regional.

Tal como a Assembleia Legislativa, a Assembleia da República aprovou por unanimidade (embora com alterações) esse texto — fenómeno raro, só explicável por estarem muito próximas eleições regionais.

Mas o Presidente da República — decerto confrontado ou mais à vontade com essa unanimidade — requereu ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de treze das normas constantes do diploma. E o Tribunal Constitucional viria a pronunciar-se, pelo acórdão n.º 402/2008, de 29 de Julho⁹.

33. A primeira das questões apreciadas pelo Tribunal tinha que ver com a fórmula constante do artigo 69º, n.º 5 do estatuto, segundo o qual, em caso de dissolução da Assembleia Legislativa Regional as eleições teriam lugar no prazo máximo de 60 dias, sob pena de inexistência jurídica do acto.

O Presidente da República sustentou que a primeira parte do preceito excedia o âmbito estatutário por dever ser objecto de lei eleitoral, que tem o regime de leis orgânicas; e que a segunda parte envolvia um condicionamento das competências presidenciais, não previsto na Constituição.

O Tribunal Constitucional entendeu, pelo contrário, que não havia inconstitucionalidade, já que tratava de preceito não inovador de mera aplicação às eleições regionais do princípio geral do artigo 113º, n.º 6.

Não repararam, todavia, nem o Presidente nem o Tribunal em que a Constituição fala em «marcação» e não em «realização das eleições» (como bem lembrou, em declaração de voto, o juiz Mário Torres). «A expressa cominação de inexistência do acto de dissolução no caso de as eleições não se realizarem no prazo de 60 dias, independentemente da causa que determine essa ultrapassagem do prazo, surge como desproporcionada, bastando atentar em que pode resultar de causas de força maior ou mesmo do funcionamento normal do processo eleitoral».

34. O artigo 114º, n.º 3 do estatuto impunha a audição pelo Presidente da República dos presidentes da Assembleia Legislativa e do Governo Regional antes da declaração de estado de sítio ou de emergência.

⁹ *Diário da República*, 1ª série, de 18 de Agosto de 2008.

O principal argumento invocado pelo Presidente no sentido da inconstitucionalidade assentou na natureza dessa declaração como acto de soberania, pelo que qualquer intervenção de órgãos de autonomia apenas seria admissível se contemplada na Constituição; e, de todo o modo, haveria uma reserva de lei orgânica na matéria — a da lei do regime do estado de sítio e do estado de emergência (artigo 166º, n.º 2).

O Tribunal aceitou o argumento, considerando ainda que o dever geral de audição dos órgãos regionais pelos órgãos de soberania relativamente a questões das suas competências respeitantes às regiões autónomas (artigo 229º, n.º 2) era afastado pela regra especial do artigo 138º¹⁰.

35. O artigo 45º, n.º 1 e o artigo 46º, n.ºs 5 e 6 do diploma, ocupavam-se da iniciativa legislativa e da iniciativa referendária perante a Assembleia Legislativa Regional. Para o Presidente da República, encontrar-se-iam aí inovações relativamente ao disposto na Constituição e, quanto à iniciativa referendária, era matéria que só podia ser versada em lei própria, em lei orgânica.

O Tribunal deu provimento ao pedido (salvo no tocante ao artigo 46º, n.º 5), não sem notar a diferença, no Direito referendário português, entre iniciativa referendária (sempre de órgãos representativos) e pré-iniciativa (aberta a grupos de cidadãos).

36. O artigo 49º, n.º 2, alínea *c*) do estatuto cometia à Assembleia Legislativa Regional competência para legislar sobre o regime de elaboração e organização do orçamento.

Não foi difícil ao Tribunal concordar com o Presidente da República em como havia aí uma manifesta inconstitucionalidade orgânica, por pertencer à reserva absoluta de competência legislativa do Parlamento o regime geral de elaboração e organização dos orçamentos do Estado, das regiões autónomas e ds autarquias locais [artigo 164º, alínea *r*)].

37. O artigo 53º, n.º 2, alínea *i*) do diploma dava competência à Assembleia Legislativa para legislar, no âmbito da utilização privativa de bens do domínio público do Estado, sobre os regimes de licenciamento das actividades de extracção de inertes e da pesca. O Presidente arguiu este preceito por brigar com a competência legislativa reservada da Assembleia da República sobre a definição e regime dos bens do domínio público [artigo 165º, alínea *v*)].

¹⁰ No estudo «Sobre a audição dos órgãos das regiões autónomas pelos órgãos de soberania» (in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra, 2002, pág. 785) escrevemos que «se as circunstâncias o permitirem, também os órgãos regionais deverão ser ouvidos quando tenha de ser decretado qualquer desses estados em qualquer das regiões ou em parte delas». Revemos agora esta opinião.

O Tribunal começou por admitir que nem todas as dimensões normativas enunciadas na norma de fundo relativa ao domínio público — o artigo 84º da Constituição — estavam compreendidas nesta reserva de competência; e observou que o princípio era de cooperação e concertação entre o Estado e as regiões autónomas (artigo 229º, n.º 1), até porque as regiões participam na definição das políticas respeitantes às águas territoriais, à zona económica exclusiva e aos fundos marinhos contíguos [artigo 227º, n.º 1, alínea s)].

No entanto, a titularidade do domínio público marítimo é do Estado, «atenta a sua incindível conexão com a identidade e a soberania nacionais». Uma coisa seria a possibilidade de transferência de certos poderes de gestão para as Regiões, outra coisa atribuir à respectiva Assembleia o poder legislativo. Os valores e interesses garantidos pela titularidade do Estado exige que o legislador nacional não abdique, por inteiro, da sua competência reguladora de explorações económicas. Donde, a inconstitucionalidade da norma.

Acrescentaríamos, por nós, outra nota: a impossibilidade de a Assembleia da República conceder à Assembleia Legislativa Regional autorização legislativa sobre domínio público [artigo 227º, n.º 1, alínea l)].

38. O artigo 61º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*) integrava na competência legislativa da Assembleia dos Açores a garantia do exercício da actividade sindical na Região e as relações individuais e colectivas de trabalho.

O artigo 63º, n.º 2, alínea *h*), conferia-lhe competência sobre a regulação do exercício de actividade dos órgãos de comunicação social.

Sendo matérias atinentes a direitos, liberdades e garantias [artigo 165º, n.º 1, alínea *b*)], não poderia, obviamente, constar de lei regional.

39. O artigo 66º, n.º 2, alínea *a*) conferia à Assembleia Legislativa o poder de legislar sobre a manutenção da ordem pública e da segurança de espaços públicos, incluindo a polícia administrativa.

O Tribunal, na esteira do requerimento do Presidente da República, salientou que nessa alínea inserir-se-iam, praticamente, tanto aspectos organizatórios como aspectos materiais e funcionais, o que feria a reserva absoluta da Assembleia da República sobre regime das forças de segurança [artigo 164º, alínea *u*)] e a reserva relativa, de carácter geral, sobre direitos, liberdades e garantias [artigo 165º, n.º 1, alínea *b*), de novo].

E, além de inconstitucionalidade orgânica, ocorria inconstitucionalidade material, por ofensa do princípio de unidade de organização das forças armadas (artigo 272º, n.º 4), o qual veda não apenas a criação de forças de segurança de âmbito regional (e local) como a sujeição das forças de segurança de âmbito regional (e local) a directrizes emanadas dos órgãos das Regiões (ou das autarquias locais).

40. De harmonia com o artigo 47º, n.º 3 do diploma, as propostas de estatutos — ou, antes, de alterações aos estatutos, conforme corrigiu o Tribunal — e as propostas de lei concernentes à eleição da Assembleia Legislativa Regional deviam ser aprovadas por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções nessa Assembleia.

O Presidente da República impugnou a norma com diversos fundamentos, o mais importante dos quais era o de infracção do artigo 116º, n.º 3 da Constituição, consagrador do critério da maioria simples como regra geral de deliberação dos órgãos colegiais.

Ao invés, o Tribunal considerou que as normas estatutárias poderia prever procedimentos específicos de elaboração das propostas de revisão dos estatutos e das leis eleitorais «como dimensão nuclear de autonomia». Nem uma maioria qualificada na Assembleia Legislativa afectaria a competência própria da Assembleia da República; embora em certas conjunturas políticas, bloqueios de iniciativa pudessem importar menor chamamento desta ao exercício da sua competência de decisão final, isso não implicaria a invalidade constitucional da norma em apreço.

Quanto a nós, não temos dúvidas sobre a total procedência do pedido do Presidente da República:

- 1º) Por ser algo estranho que depois de trinta anos de propostas de estatutos aprovadas por maioria relativa, agora se passasse a postular maioria qualificada de dois terços;
- 2º) Por mal se compreender que, em relação à iniciativa da lei eleitoral regional fosse ela exigida, quando, para as restantes leis eleitorais — uma e outras de aprovação só pela Assembleia da República — qualquer Deputado a possa exercer;
- 3º) Porque (como, ao fim e ao resto reconheceu o acórdão), uma diminuição do poder de iniciativa de uma lei traz sempre consigo uma diminuição do poder de deliberação;
- 4º) Porque, apesar de o artigo 116º, n.º 3, em exegese literal, comportar o poder de qualquer lei fixar maioria diferentes da maioria relativa, certo é que essa mesma lei nunca poderia, para ela própria, fixar maioria qualificada de modificação, pois isso ofenderia o princípio democrático de livre jogo de alternativa política.

41. Do artigo 67º, n.º 2 do diploma decorria que, para lá de todas as matérias previstas expressamente no estatuto, a Assembleia Legislativa poderia também legislar para o território regional e «em concretização do princípio da subsidiariedade» em outras matérias não reservadas aos órgãos de soberania.

O Presidente da República contestou o preceito invocando o artigo 228º,

n.º 1 da Constituição (na fórmula posterior a 2004), que prescreve incidir a autonomia legislativa regional sobre as matérias enunciadas no respectivo estatuto político-administrativo; e invocando outrossim a jurisprudência do Tribunal, que recorta o conceito de âmbito territorial também através de um critério material, impeditivo de as leis regionais afectarem os valores e interesses de outras instituições ou pessoas colectivas públicas.

O Tribunal concordou com o Presidente. A cláusula geral do referido artigo 67º, n.º 2 não cumpriria satisfatoriamente o mandato constitucional a ele cometido, no que diz respeito à competência da Assembleia Legislativa de definir e enunciar as matérias por ela abrangidas. Pelo seu teor irrestrito e indeterminado, com total omissão de qualificações materiais delimitadoras, ele não atingiria o grau de densificação constitucionalmente exigível. A referência a «território regional» seria quase tautológica por a Região Autónoma ser uma pessoa colectiva territorial, assim como seria de préstimo diminuto o princípio da subsidiariedade por ser de natureza programática.

Por nós, iríamos, porém, muito mais longe do que o Presidente da República e o Tribunal, salientando um ponto decisivo que nem um, nem outro, curiosamente, tiveram em conta.

Já defendemos¹¹, que, a despeito de inexistir agora algo equivalente à alínea o) do artigo 228º de 1997, que a lista de matérias constante dos estatutos seria — em face dos artigos 6º, n.º 1, 112º, n.º 4, e 227º, n.º 1, alínea c) — uma lista aberta. Não mantemos essa maneira de ver, por não podermos deixar de conferir todo o relevo ao artigo 168º, n.º 6, alínea f), também introduzido em 2004.

Segundo este preceito, as disposições dos estatutos político-administrativos das regiões autónomas que enunciam as matérias que integram o respectivo poder legislativo carecem de aprovação por maioria de dois terços de Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. Logo, independentemente de se falar ou não em constitucionalização dos preceitos estatutários, uma coisa parece certa: que certa matéria só entrará no domínio legislativo regional se explicitamente assim for considerada através daquela maioria parlamentar.

Terá sido este um compromisso objectivo feito aquando da revisão constitucional de 2004. Por uma parte, ela afastou o conceito de interesse específico, tomado restritivamente pela jurisprudência, e substituiu-o pelo de âmbito territorial. Mas, por outra parte, doravante só pertencem às atribuições legislativas regionais as matérias que, como tais, os estatutos vierem a declarar.

¹¹ *Manual de Direito Constitucional*, V, 3ª ed., Coimbra, 2004, p. 401.

42. Da conjugação dos artigos 44º e 41º do estatuto aprovado pelo Parlamento resultava a atribuição de forma de decreto legislativo regional aos actos da Assembleia Legislativa de regulamentação de leis e decretos-leis emanados dos órgãos de soberania que não reservassem para este o respectivo poder regulamentar.

A sua inconstitucionalidade vinha suscitada pelo seguinte: primeiro, porque a forma de decreto legislativo regional permitiria que o acto regulamentar se eximisse à obrigatória invocação de lei habilitante e ao princípio da legalidade (artigos 112º, n.º 7 e 266º, n.º 2 da Constituição); e depois, porque se criaria um «tipo híbrido de acto legislativo», contra o princípio da tipicidade das leis (artigo 112º, n.º 5).

Porém, o Tribunal Constitucional arredou — e julgamos que bem — esses receios, por os regulamentos em questão serem de exclusiva competência da Assembleia Legislativa e na prática, até agora não terem surgido dificuldades na aplicação do artigo 227º, n.º 1, alínea *d*) da Constituição. A necessidade de apurar a natureza material dos actos, independentemente da autoria e da forma, não se poria apenas perante aqueles actos, verificando-se também a respeito dos actos regulamentares do Governo sob a forma de decreto-lei.

43. Justifica-se uma brevíssima ponderação da importância das questões submetidas à apreciação do Tribunal na perspectiva da forma de Estado unitário regional, que continua a ser o Estado português.

De relativamente pouca ou de média importância eram as relativas ao tratamento de certas matérias por normas estatutárias, e não por leis orgânicas, visto que, não participando da natureza estatutária, nunca beneficiariam do valor reforçado do estatuto; ou as referentes ao licenciamento de determinadas actividades no domínio público marítimo.

Já de considerável gravidade eram as questões atinentes:

— à imposição de audição dos presidentes dos órgãos regionais pelo Presidente da República quando da declaração de estado de sítio ou de emergência na Região, por acarretar mais do que um condicionamento da competência presidencial um condicionamento do poder do Estado;

— à pretensa competência da Assembleia Legislativa Regional para legislar sobre actividade sindical, relações individuais e colectivas de trabalho, actividade dos órgãos de comunicação social, manutenção da ordem pública e da segurança de espaços públicos, por serem áreas de extrema delicadeza em que a experiência (e não só a portuguesa) demonstra que o Estado garante mais e melhor a liberdade do que poderes regionais e locais;

— à maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alteração do estatuto e da lei eleitoral regional, por tal acarretar uma diminuição do poder deliberativo da Assembleia da República.

44. Só foi pena que o Presidente da República não tenha também requerido a fiscalização de outras normas de mais que duvidosa constitucionalidade, como eram¹²:

- a do artigo 4º, n.º 4, ao estabelecer que a bandeira da Região seria hasteada nas instalações dependentes dos órgãos de soberania, sem excluir edifícios dos tribunais e unidades militares;
- a do artigo 7º, n.º 1, alíneas *i*) e *z*), ao preverem a cooperação externa com entidades regionais estrangeiras, à margem das orientações definidas pelos órgãos de soberania [artigo 227º, n.º 1, alínea *u*) da Constituição];
- a do artigo 7º, n.º 1, alínea *o*), sobre criação de provedores sectoriais regionais;
- a do artigo 144º, ao determinar a audição dos órgãos de governo regional pelo Presidente da República antes da dissolução da Assembleia Legislativa;
- a do artigo 119º, ao regular uma «audição qualificada» de órgão de governo regional relativamente a certas iniciativas legislativas e regulamentares.

Muito provavelmente, aqui, mais cedo ou mais tarde, o Tribunal Constitucional será chamado, em fiscalização sucessiva, a decidir.

10. A LEI DO TABACO NA MADEIRA

45. Na sequência da Convenção-Quadro da Organização Mundial de Saúde de 21 de Maio de 2003 para o Controlo do Tabaco e de várias medidas legislativas já adoptadas, a Assembleia da República aprovou a Lei n.º 37/2007, de 14 de Agosto, a prescrever severos limites ao consumo do tabaco em recintos fechados.

Por seu turno, na «adaptação» desta lei à Região Autónoma da Madeira, a respectiva Assembleia Legislativa aprovou um diploma com duas normas, cuja constitucionalidade o Representante da República veio arguir de inconstitucionalidade em fiscalização preventiva.

¹² E são, porque, apesar de o Presidente da República ter exercido veto político acerca do artigo 144º, o Parlamento veio a confirmar o estatuto e ele já foi promulgado e publicado (Lei n.º 2/2009, de 12 de Janeiro).

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 423/2008, de 4 de Agosto¹³, pronunciou-se pela inconstitucionalidade da primeira norma, não da segunda.

46. A Lei n.º 37/2007 admite o levantamento da proibição de fumar em estabelecimentos de restauração e de bebidas com área destinada ao público inferior a cem metros quadrados, verificados determinados limites objectivos. O diploma regional fazia-o depender apenas da opção dos proprietários, desde que fizessem a devida sinalização.

O problema não estava, porém, na contradição entre um e outro preceito — por ter desaparecido o parâmetro das leis gerais da República em 2004. Resultava, sim, de o preceito regional contender com direitos, liberdades e garantias, por se referir ao direito à protecção da saúde, na sua vertente negativa, de direito a que o Estado e terceiros se abstenham de prejudicar o bem jurídico saúde, conexas com o direito à integridade física. Ora, matérias de direitos, liberdades e garantias entram na reserva de competência legislativa da Assembleia da República, a qual nem sequer pode, sobre elas, conceder qualquer delegação ou autorização legislativa.

47. A Lei n.º 37/2007 proíbe qualquer forma de contributos públicos ou privados destinados a eventos ou actividades com vista à promoção de um produto de tabaco ou do seu consumo, bem como o patrocínio de eventos ou actividades por empresas do sector do tabaco. O decreto da Assembleia Legislativa Regional permitia o levantamento destas proibições, excepcionalmente, aquando da realização de provas desportivas ou de outros eventos de prestígio internacional e de relevante interesse regional, como tal reconhecidos, em cada caso pelo Governo Regional.

Aqui já não se trataria da dimensão negativa do direito à protecção da saúde. Tratar-se-ia tão só de políticas públicas e a Constituição não impediria diferenças de regimes, contanto que observadas as regras de competência, entre as quais a de transposição regional das directivas comunitárias (artigo 112º, n.º 8 da Constituição). Não obstante, o que nunca poderia ocorrer seria a violação de obrigações internacionais ou comunitárias do Estado Português.

48. O Tribunal mostrou-se bastante dividido, com diversas declarações de voto.

Quanto à primeira questão, sustentaram alguns juízes, no sentido da não inconstitucionalidade:

¹³ *Diário da República*, 1ª série, n.º 180, de 17 de Setembro de 2008.

- Ou que o direito à protecção da saúde se concretizaria por meio de prestações fácticas e jurídicas, não devendo transmutar-se as políticas públicas em nome do bem jurídico integridade física;
- Ou que a legislação do tabaco seria uma forma indirecta de protecção da saúde pública, e não de um bem jurídico individual.

Quanto à segunda questão, entenderam outros juízes, ao invés, no sentido da inconstitucionalidade:

- Que, tendo o âmbito territorial da legislação regional de ser apreendido em face dos fins, dos fundamentos e dos limites da autonomia (artigo 225º da Constituição), não seriam consentidas intervenções das Regiões em matérias que, por força de compromissos exteriores reclamassem uma intervenção unitária do Estado;
- Que o âmbito regional não poderia agregar matérias cujo desenvolvimento legislativo se bastasse com a intervenção do legislador nacional, como sucederia quando a transposição de uma directiva da União Europeia, de integração homogénea e aplicável a todo o território nacional, não conferia ao legislador regional nenhuma margem de manobra (doutro modo, ocorreria uma situação de incumprimento por que haveria de responder o Estado Português).

49. Pela nossa parte, entendemos que o diploma regional em apreço não sofria de inconstitucionalidade orgânica, visto que não possuía a natureza de diploma sobre direitos, liberdades e garantias.

Por certo, tal como toda a doutrina e toda a jurisprudência constitucional, discernimos nos direitos chamados económicos, sociais e culturais tanto uma vertente positiva (a mais específica) como uma vertente negativa, traduzida esta, em cada direito (no direito à protecção da saúde, no direito ao trabalho, no direito ao ensino, etc.), na exigência de nenhuma intromissão atentatória de correspondente bem jurídico por parte do Estado ou de entidades privadas. E pode existir legislação regulamentadora das pretensões correspondentes a essa vertente.

Simplemente, as leis antitabagistas não são leis regulamentadoras do direito à protecção da saúde, aproximáveis, por exemplo, das leis sobre liberdade de associação ou sobre liberdade de ensino. São, sim, leis protectivas de um interesse difuso — o interesse dos cidadãos em geral a não serem afectados pelo fumo do tabaco em recintos fechados, manifestação de interesse mais ampla de defesa da saúde pública (e, sob este aspecto, damos razão a alguns dos votos de vencido). Não há um direito subjectivo individual a não ser incomodado pelo fumo do tabaco ou um direito individual a um ambiente não poluído. O que pode emergir é um direito a

indenização no caso de prejuízo para a saúde causado pela inalação de tabaco.

Mas não poderia contrapor-se, alegando que a proibição de fumar naqueles recintos afectaria um direito, liberdade e garantia — por que não, o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º, n.º 1), com as necessárias consequências quanto à competência legislativa? Não parece. As normas de proibição, como as normas impositivas de deveres pressupõem, precisamente, o inverso: que há zonas possíveis de actividade humana subtraídas ao campo dos direitos fundamentais.

Acrescentemos, em coerência com a posição por nós há muito preconizada (embora a saibamos minoritária), que apenas estão abrangidos pela reserva de competência legislativa do artigo 165º, n.º 1, alínea *b*) os direitos de natureza análoga, a direitos, liberdades e garantias do título II da parte I do texto constitucional, e não os do título III. O artigo 17º da Constituição não estende a direitos análogos senão a regime material.

50. Tão pouco se justificava alegar a inconstitucionalidade orgânica em nome das obrigações internacionais do Estado, que transformariam as matérias respectivas em questões da República.

Este argumento provava de mais. Levado aos seus últimos corolários lógicos, implicaria que sempre que determinada matéria (*v.g.* pescas, turismo, artesanato) fosse objecto de uma convenção internacional vinculativa do Estado Português ou de um regulamento ou de uma directiva da União Europeia, ficariam as Assembleias Legislativas Regionais impedidas de sobre ela legislar, mesmo que tal matéria não constasse dos artigos 164º e 165º (e até, pelo contrário, constasse de norma estatutária de competência).

O problema não está aí. O problema que pode suscitar-se é outro: o da conformidade da normação regional com a normação jus-internacional ou jus-europeia. Mas esse também se suscita perante qualquer lei emanada dos órgãos de soberania, pois as normas de Direito interno não prevalecem sobre as normas de Direito internacional e são juridicamente ineficazes quando as contrariem (artigo 8º). E não é um problema de inconstitucionalidade orgânica, nem sequer de inconstitucionalidade, estando, portanto, arredado do regime de fiscalização preventiva do artigo 278º.

51. Muito menos subscrevemos a ideia de uma dimensão material de âmbito territorial já enfatizada no acórdão n.º 258/2007.

Esta ideia vai claramente ao arripio das modificações constitucionais de 2004. Além de contraditória em si mesma por misturar elementos de diferente natureza, revela-se inútil à luz do artigo 168º, n.º 6, alínea *f*), o qual apenas admite como matéria de autonomia regional — pressupondo o âmbito territorial — as matérias determinadas nos estatutos, segundo uma

maioria qualificada da Assembleia da República (vimos este ponto há pouco, a respeito do estatuto dos Açores).

Se os fundamentos, os fins e os limites da autonomia — designadamente, as características sociais, culturais, sociais e económicas das regiões — podem assumir alguma relevância será no plano da inconstitucionalidade material, não no da inconstitucionalidade orgânica.

52. Resulta então de tudo isto que o decreto vindo da Assembleia Legislativa Regional da Madeira não padecia de qualquer inconstitucionalidade?

Não. Ele era inconstitucional, porém, só por colidir com o princípio da igualdade — porque, justamente, nenhuma característica cultural, económica e social da Região Autónoma da Madeira era fundamento material bastante para uma diferenciação, para a atribuição de mais direitos aos proprietários de estabelecimentos de restauração ou de bebidas ou aos patrocinadores de eventos e outras actividades do que aqueles que a Lei n.º 37/2007 atribui às mesmas pessoas e entidades no resto do país. E cabe lamentar que o Tribunal Constitucional, voltado para a inconstitucionalidade orgânica, não tivesse dedicado um pouco mais de atenção a este prisma, que o Representante da República não tinha esquecido no seu requerimento de arguição.

XI. UM REFERENDO MUNICIPAL

53. Com antecedente remoto no artigo 66º da Constituição de 1911 e antecedente próximo em alguns dos projectos apresentados à Assembleia Constituinte em 1975, o referendo local viria a ser criado ou restaurado (como se queira) aquando da revisão constitucional de 1982 e, depois, alargado pela revisão de 1997, complementada pela Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto.

Em primeiro lugar, ele está sujeito aos princípios comuns aos outros referendos previstos na Constituição (o nacional e o regional), tais como: relevante interesse e unicidade da matéria, dilematicidade ou bipolaridade das perguntas, objectividade, precisão e clareza das perguntas, separação entre a propositura e a convocação (não são nunca os mesmos órgãos o que propõe a realização do referendo e o que o convoca), fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade, possibilidade de reformulação da pergunta ou das perguntas em caso de inconstitucionalidade ou ilegalidade, vinculatividade dependente da participação de mais de metade dos eleitores inscritos, separação entre a decisão referendária e o acto final sobre a matéria.

Depois, naturalmente, ele obedece a regras específicas, tais como: objecto circunscrito pelas atribuições da autarquia local em que o referendo se efectua (sejam exclusivas ou partilhadas com o Estado e as regiões autónomas), participação dos eleitores recenseados na respectiva área, competência da assembleia de freguesia e das assembleias municipais para a deliberação de realização e dos presidentes do órgão executivo para a convocação (obrigatória, ao contrário do que se passa nos referendos nacional e regional), necessidade de aprovação do acto vinculado no prazo de 60 dias, estritas garantias da vinculatividade da decisão referendária com dissolução da assembleia em caso de não observância do resultado do referendo, vedação de aprovação de acto de sentido contrário ao resultado do referendo antes de novas eleições para a assembleia.

54. A gravidade das implicações do instituto e a necessidade — comprovada pela experiência histórica de outros países — evidentemente mais a propósito de referendos nacionais do que a propósito de referendos locais — de evitar desvios justificam a sujeição dos referendos a fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade. E sujeição obrigatória [artigos 115º, n.º 8 e 223º, n.º 2, alínea *f*) da Constituição], ao contrário do que sucede com as convenções e os actos legislativos (artigo 278º).

Trata-se de apurar a conformidade com as normas constitucionais e legais pertinentes ao procedimento, à pergunta ou às perguntas formuladas e ao sentido das respostas que venha a prevalecer (ou seja, ao resultado, positivo ou negativo do referendo). Quanto ao procedimento e às perguntas, o problema é de constitucionalidade e legalidade formal; quanto ao sentido, de constitucionalidade material.

Além das que dizem respeito ao objecto (apreciação de legalidade e não só de constitucionalidade e apreciação das perguntas e do universo dos cidadãos chamados a votar), são diferenças entre esta fiscalização e a fiscalização dos actos legislativos:

- a) Quanto à fundamentação do pedido — necessária na fiscalização de actos legislativos e convenções, descabida aqui por não haver pedido.
- b) Quanto à abertura do processo — de livre iniciativa do Presidente da República ou do Representante da República no artigo 278º e obrigatória, aqui, para o Presidente da República ou para o presidente do órgão da autarquia local.
- c) Quanto à natureza do prazo para a abertura de processo — preclusivo no artigo 278º (passados os oito dias já não é possível requerer a fiscalização), não preclusivo aqui (a abertura do processo para além dos oito dias constitui mera irregularidade).

- d) Quanto à contagem do prazo — no artigo 278º a contar da recepção do diploma; e, aqui, no referendo nacional, a contar da publicação da respectiva resolução da Assembleia da República (artigo 26º da Lei Orgânica n.º 15-A/98) e, no referendo local, a contar da aprovação de deliberação pelo órgão da autarquia (artigo 25º da Lei Orgânica n.º 4/2000).
- e) Quanto ao contraditório — necessidade de audição do autor da norma na fiscalização preventiva do artigo 278º; mas não do autor da proposta de referendo (embora no referendo nacional o Presidente da República possa enviar ao Tribunal Constitucional os elementos que tenha por convenientes e, no referendo local, o presidente do órgão deva enviar a acta da reunião em que tenha sido aprovada a proposta).
- f) Quanto à desistência do pedido — possível na fiscalização do artigo 278º, impossível aqui por a apreciação ser obrigatória.
- g) Quanto à reformulação após pronúncia pela inconstitucionalidade — possibilidade de o Presidente da República promulgar ou o Representante da República logo assinar o diploma; mas necessidade de a proposta de referendo nacional reformulada ter de ser submetida a nova apreciação pelo Tribunal.
- h) Quanto à confirmação — admitida a confirmação parlamentar do acto objecto de pronúncia pela inconstitucionalidade na fiscalização do artigo 278º; mas não no referendo, pela própria lógica de salvaguarda de constitucionalidade contra factos consumados resultantes de votação popular.

55. A prática não tem correspondido às expectativas surgidas à volta do referendo local (quando bem seria de supor que a experiência referendária começasse e se intensificasse a nível local, perante problemas concretos e de conhecimento imediato dos cidadãos, antes de se passar ao âmbito nacional).

Com efeito, desde 1982, apesar de Portugal contar com mais de 4.000 freguesias e mais de 300 municípios, só se realizaram três referendos locais, um numa freguesia do concelho de Viana do Castelo e outro numa freguesia do concelho de Tavira e outro, agora, no município de Viana do Castelo.

Explicam este fenómeno razões de natureza política — menor sentido de participação dos cidadãos e menor vontade, por parte dos titulares de órgãos autárquicos, de sujeição das suas propostas a votação popular — e uma jurisprudência muito restritiva do Tribunal Constitucional, sobretudo a respeito da formulação das perguntas.

56. O acórdão n.º 559/2008, de 11 de Novembro¹⁴, teve por objecto o referendo que viria a realizar-se em 25 de Janeiro no município de Viana do Castelo acerca da sua eventual adesão à comunidade intermunicipal do Minho e do Lima (estrutura descentralizada de coordenação de municípios vizinhos criada por lei recente).

Como o Tribunal, apesar de não ter considerado inconstitucional ou ilegal nem a matéria, nem o procedimento do referendo, tivesse, num primeiro momento (pelo acórdão n.º 524/2008) julgado inconstitucional a pergunta apresentada, a assembleia municipal reformulou-a, para a tornar mais objectiva, precisa e clara, indo ao encontro do exigido pela Constituição e pela lei; e foi isso que este novo acórdão verificou.

O interesse do aresto está justamente no modo como densificou os conceitos de objectividade, precisão e clareza.

A pergunta era clara, porque o que se inquiria era se o cidadão concordava com a integração do município de Viana do Castelo na concreta entidade jurídica em causa, sendo que os componentes verbais da pergunta se referiam a elementos conformados normativamente e com recurso a termos verbais de sentido definido, independentes de qualquer ponderação subjectiva.

Era precisa, porque a relação entre o facto sobre o qual o cidadão era interrogado e a realidade a que o mesmo se referia, para resposta de sim ou de não — se concordava com a integração do Município de Viana do Castelo na comunidade intermunicipal Minho-Lima — se encontrava totalmente definida na lei, em termos de o seu sentido, apenas, poder ser o, aí, recortado, não consentindo qualquer outro sobre se a integração podia ocorrer dentro de outras circunstâncias factuais ou jurídicas.

E era clara, porque era perfeitamente possível, ao eleitor «médio» — padrão normativo pressuposto, também, para o exame dos demais requisitos, como se afirmara no Acórdão n.º 524/08 — representar, quer o facto simples perguntado «se concorda com a integração», quer o facto associado a que diziam respeito «comunidade intermunicipal Minho-Lima», porquanto tais termos deixavam, facilmente, entender que o que se pretendia saber era se o leitor estava ou não de acordo em que o Município de Viana do Castelo fizesse parte de uma concreta e preexistente (do ponto de vista normativo) comunidade intermunicipal¹⁵.

¹⁴ *Diário da República*, 2ª série, n.º 233, de 2 de Dezembro de 2008.

¹⁵ O referendo viria a efectuar-se em 25 de Janeiro de 2009, com resultado contrário à integração do município na comunidade intermunicipal.