

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM 1998

Por JORGE MIRANDA *

SUMARIO

1. VOLUME DAS DECISÕES.—2. PRINCIPAIS DECISÕES.—3. AS ALTERAÇÕES DA LEI ORGÂNICA EM 1998.—4. A RECOMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL.—5. 1998, ANO DE REFERENDOS.—6. O REGIME DO REFERENDO NACIONAL.—7. O REGIME ESPECÍFICO DO REFERENDO SOBRE AS REGIÕES ADMINISTRATIVAS.—8. O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DOS REFERENDOS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—9. O REFERENDO SOBRE A INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—10. O FRUSTRADO REFERENDO EUROPEU.—11. O REFERENDO SOBRE AS REGIÕES ADMINISTRATIVAS.—12. CRIME POR EMISSÃO DE CHEQUE SEM PROVISÃO E PRISÃO POR DÍVIDAS.—13. LEI, SEPARAÇÃO DE PODERES, TUTELA DA CONFIANÇA.—14. ELEIÇÕES PARA O CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA E SEPARAÇÃO DE PODERES.—15. UM CASO ESTRANHO.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. Tendo em conta as diferentes modalidades de fiscalização da constitucionalidade previstas pela Constituição, o Tribunal Constitucional português emitiu em 1998 o volume seguinte de decisões:

Fiscalização concreta

Decisões sobre reclamações a respeito da
admissibilidade de recursos 125

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Lisboa y de la Universidad Católica Portuguesa.

Decisões sobre reclamações para a confere- rência	29	
Decisões sumárias	262	
Decisões em secção	501	917
<i>Fiscalização preventiva</i>		
De normas jurídicas	1	
De referendos nacionais	3	
De referendos locais	2	6
<i>Fiscalização sucessiva abstracta inconstitucio- nalidade por acção</i>	7	7
<i>Fiscalização da inconstitucionalidade por omis- são</i>	0	0

O Tribunal emitiu ainda 26 acórdãos sobre outras matérias da sua competência e 43 decisões meramente interlocutórias.

Ao todo, foram 1.012 decisões em 1998 (em 1997 tinham sido 741), o que eleva para 8.574 o número de decisões do Tribunal Constitucional de 1983.

2. O controlo concreto continua a dominar, agora com novos tipos de decisões na sequência das alterações feitas, já em 1998, na lei orgânica do Tribunal. As várias modalidades de controlo abstracto, pelo contrário, continuam em retrocesso, o que causa alguma preocupação.

A grande novidade foi representada pelos três acórdãos sobre a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de referendos nacionais.

2. PRINCIPAIS DECISÕES

3. No domínio dos direitos fundamentais registem-se como acórdãos mais importantes:

- Acórdão nº 13/98, de 13 de Janeiro (prazo para alegações em recursos interpostos em processo penal militar e princípio da igualdade);
- Acórdão nº 125/98, de 5 de Fevereiro (garantia do recurso contencioso administrativo);
- Acórdão nº 181/98, de 11 de Fevereiro (acesso a tribunal e suspensão de eficácia de acto administrativo impugnado);
- Acórdão nº 191/98, de 19 de Fevereiro (uso de telecópia em processos judiciais e princípio da igualdade);

- Acórdão n° 222/98, de 4 de Março (arrendamento rural, lei retrospectiva, princípio da confiança);
- Acórdão n° 274/98, de 9 de Março (Direito penal urbanístico e princípio da proporcionalidade);
- Acórdão n° 372/98, de 13 de Maio (dever do arguido de responder sobre antecedentes criminais);
- Acórdão n° 383/98, de 19 de Maio (garantia de recurso contencioso e princípio da igualdade);
- Acórdão n° 384/98, de 19 de Maio (garantia de recurso contencioso e conhecimento dos fundamentos da decisão recorrível);
- Acórdão n° 435/98, de 16 de Junho (acção para o reconhecimento de um direito);
- Acórdão n° 506/98, de 2 de Julho (processo de falências, limitação do princípio dispositivo);
- Acórdão n° 663/98, de 25 de Novembro (crime de emissão de cheque sem provisão, prisão por dívidas).

4. Sobre matérias de organização económica, apenas há a referir:

- Acórdão n° 275/98, de 9 de Março (retroactividade da lei tributária);
- Acórdão n° 354/98, de 12 de Maio (taxa de radiodifusão);
- Acórdão n° 504/98, de 2 de Julho (desalfandegação, cobrança de impostos).

5. Relativamente à organização do poder político e repercutindo-se sobre outras questões, salientam-se, antes de mais, os acórdãos sobre a constitucionalidade e a legalidade de referendos:

- Acórdão n° 288/98, de 17 de Abril (referendo sobre alterações legislativas concernentes à interrupção voluntária da gravidez);
- Acórdão n° 531/98, de 29 de Julho (referendo sobre o Tratado de Amesterdão);
- Acórdão n° 532/87, de 29 de Julho (referendo sobre a instituição em concreto das regiões administrativas).

6. Ainda no âmbito da organização do poder político podem ser indicados:

- Acórdão n° 24/98, de 22 de janeiro (lei e função administrativa, separação dos poderes);
- Acórdão n° 255/98, de 5 de Março (Tribunal de Contas, recursos, caso julgado formal);

- Acórdão nº 262/98, de 6 de Março (tribunais arbitrais em processo de expropriações);
- Acórdão nº 279/98, de 10 de Março (eleições para o Conselho Superior da Magistratura e separação de poderes);
- Acórdão nº 510/98, de 14 de Julho (amnistia, perdões genéricos, princípio da igualdade).

7. Finalmente, no que toca à fiscalização constitucional são de mencionar:

- Acórdão nº 115/98, de 4 de Fevereiro (fiscalização concreta);
- Acórdão nº 200/98, de 3 de Março (fiscalização sucessiva abstracta).

3. AS ALTERAÇÕES DA LEI ORGÂNICA EM 1998

8. O evento mais marcante relativo ao Tribunal Constitucional em 1998 foi a publicação da Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro, com numerosas alterações e alguns aditamentos à sua lei orgânica, a Lei nº 28/82, de 15 de Novembro.

Uma grande parte dessas alterações teve origem directa na revisão constitucional de 1997. Outras resultaram da experiência de funcionamento do Tribunal Constitucional desde a última alteração, em 1989, da lei orgânica, visando melhorar as condições de trabalho e acelerar as decisões¹.

As mais importantes modificações incidiram no regime de designação e no estatuto dos juízes, na organização interna do Tribunal e em vários aspectos atinentes à fiscalização sucessiva abstracta e, sobretudo, à fiscalização concreta. Os aditamentos reportaram-se às novas competências recebidas fora do domínio da fiscalização da constitucionalidade (art. 223º, nº 2)².

9. Como se sabe, dez dos treze juízes do Tribunal Constitucional são eleitos pelo Parlamento por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções. O modo de eleição não consta, porém, das normas constitucionais.

A Lei nº 28/82, na sua versão inicial, estabelecia que cada juiz seria eleito individualmente, embora a eleição de cada candidato só se consi-

¹ O texto da Lei nº 13-A/98 teve, de resto, por base um anteprojecto preparado pelos juízes do Tribunal em exercício.

² V. o parecer da comissão parlamentar, in *Diário da Assembleia da República*, 7ª legislatura, 3ª sessão legislativa, 2ª série-A, nº 32.

derasse definitiva depois de preenchidos todas as vagas. Agora, com a Lei nº 13-A/98, a eleição passa a fazer-se por lista completa, correspondente ao número total de juízes a eleger.

Não concordamos, de modo algum, com o novo sistema, porque ele dilui o sentido específico da eleição de cada juiz, esvazia quase por completo a liberdade dos Deputados e concentra todo o poder nos directórios partidários, os verdadeiros proponentes das candidaturas. Pretende-se evitar a repetição de situações, já verificadas noutros casos, de não obtenção da maioria necessária por este ou aquele candidato. Mas o preço afigura-se demasiado elevado, porque afinal os Deputados não são chamados senão a um acto de ratificação com graves efeitos deslegitimadores.

Com a tendência do sistema político português para um bipartidismo imperfeito, com domínio crescente de dois partidos centrais (o Partido Socialista e o Partido Social-Democrata), não admira que se verifique — tal como noutros países — uma repartição das candidaturas viáveis por esses partidos, nem que eles se ponham de acordo para se atingirem os dois terços. Simplesmente, até 1997 os Deputados tinham o poder de, dentro do quinhão reservado a cada partido (5 juízes em 10) aceitar ou rejeitar os candidatos propostos. Com a nova modificação legislativa deixam de possuir tal direito.

A alteração é, de resto, contraditória com os projectos de reforma do sistema eleitoral dos Deputados à Assembleia da República em que, justamente, os dois grandes partidos (se bem que por caminhos diferentes) preconizam formas de personalização das candidaturas, de modo a aproximar os Deputados dos eleitores.

10. A revisão constitucional alargou de 6 para 9 anos a duração dos mandatos dos juízes do Tribunal Constitucional e declarou-os não renováveis (novo art. 222º, nº 3 da Constituição). Mas admitiu, entretanto, um regime transitório relativo à primeira eleição e à primeira cooptação a ela subsequentes, destinado a garantir que o termo dos mandatos dos juízes assim designados não ocorresse simultaneamente quanto a todos, não se aplicando àqueles cujos mandatos viessem a ser reduzidos a limitação respeitante à não renovação (art. 196º da Lei Constitucional nº 1/97).

A Lei nº 13-A/98 aproveitaria plenamente essa possibilidade e disporia que no fim da primeira metade dos mandatos desses juízes se procederia a sorteio para determinar a cessação dos mandatos de quatro dos juízes eleitos e de um dos juízes cooptados.

Compreende-se a intenção assumida pelo legislador: reforçar a continuidade institucional e propiciar uma renovação parcial do Tribunal de tantos em tantos anos. Simplesmente, a possibilidade de recondução dos juízes com mandato reduzido, se pode representar para eles uma espécie

de compensação, não deixa de pôr em causa o objectivo de salvaguarda da independência subjacente à regra geral de não renovação dos mandatos. É um caso de escola de derrogação constitucional.

11. O regime de responsabilidade criminal dos juízes foi, por seu turno, modificado, no sentido da aproximação do regime de efectivação da responsabilidade dos membros do Governo (art. 196º da Constituição).

Antes eram aplicáveis aos juízes do Tribunal Constitucional, com as necessárias adaptações, as normas reguladoras da efectivação de responsabilidade dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça. Agora, movido procedimento criminal contra algum juiz do Tribunal Constitucional e acusado este por crime praticado no exercício das suas funções, o seguimento do processo depende de deliberação da Assembleia da República (novo art. 26º, nº 2 da lei orgânica).

Aparentemente, a alteração justifica-se por causa da natureza específica do Tribunal Constitucional e do nexó de designação dos juízes com a Assembleia. Resta saber se ela não pode vir também a afectar, indirectamente, a sua independência.

12. Mudanças muito significativas têm que ver com o funcionamento do Tribunal:

- O presidente fica adstrito a dar prioridade, na tabela dos recursos e demais processos preparados para julgamento, aos recursos proferidos em matéria penal em que algum dos interessados esteja detido ou preso ainda sem condenação definitiva, aos recursos de constitucionalidade interpostos de decisões proferidas em processos qualificados como urgentes pela respectiva lei processual e aos processos em que estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais [arts. 39º, nº 1, alínea *b*), e 43º, nºs 3 e 5];
- O vice-presidente passa a poder receber competência delegada e a presidir a uma das secções a que não pertença (art. 39º, nº 2);
- Passa a haver três, e não apenas duas secções não especializadas (art. 41º, nº 1).

Por outro lado, acrescenta-se um novo capítulo sobre o regime financeiro (arts. 47º-A e segs.), muito generoso para o Tribunal.

13. Com vista a acelerar os processos de fiscalização sucessiva abstracta, adoptam-se duas medidas (art. 63º):

- Entrega a cada um dos juízes, conjuntamente com os autos, de um memorando no qual são formuladas pelo presidente as questões

- prévias e de fundo a que o Tribunal há-de responder, bem como de quaesquer elementos documentais reputados de interesse;
- Decorridos quize dias, realização de um debate preliminar para se fixar a orientação do Tribunal, sendo então designado um relator.

14. Mais numerosas são as alterações enxertadas na fiscalização concreta, algumas das quais com idêntico objectivo e outras com sentido racionalizador ou garantístico:

- Referência aos recursos destinados a uniformização de jurisprudência (arts. 70º, nº 2, e 70º, nº 6);
- Equiparação a recurso ordinário das reclamações para os presidentes dos tribunais superiores, nos casos de não admissão ou de retenção dos recursos, bem como das reclamações dos despachos dos juízes relatores para a conferência (art. 70º, nº 3);
- Consideração de que se acham esgotados os recursos ordinários quando tenha havido renúncia, tenha decorrido o prazo sem a respectiva interposição ou os recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual (art. 70º, nº 4);
- Necessidade de suscitação da questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este ser obrigado a dela conhecer (art. 72º, nº 2);
- Generalização da regra segundo a qual o Ministério Público pode abster-se se interpor recurso de decisões conformes com orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, em jurisprudência constante do Tribunal (art. 72º, nº 4);
- Consideração como deserto do recurso no caso de o recorrente, depois de a isso convidado pelo relator, não indicar os elementos necessários ao conhecimento do recurso (art. 75º-A, nº 7);
- Garantia de reclamação para o Tribunal do despacho que no tribunal *a quo* retenha a subida do recurso (art. 76º, nº 4);
- Possibilidade, quando ao recurso couber efeito suspensivo, de o Tribunal, officiosamente e a título excepcional, lhe fixar efeito meramente devolutivo se, com isso, não afectar a utilidade da decisão a proferir (art. 78º, nº 5);
- Alargamento dos poderes do relator, por lhe competir doravante proferir decisão sumária (embora com garantia de reclamação para a conferência) quando entenda que não pode conhecer-se do objecto do recurso ou que a questão é simples, designadamente por a mesma já ter sido objecto de decisão anterior ou por ser manifestamente infundada (arts. 78º-A e 78º-B);

- Nova regulamentação dos prazos para alegações (art. 79º, nº 2) e para julgamento do objecto do recurso (art. 79º-B), impondo-se prioridade e redução a metade dos prazos quando haja interessados detidos ou presos ainda sem condenação definitiva, quando se trate de processo qualificado como urgente ou quando estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais (art. 78º-B, nº 3).

15. A lei regula as novas competências atribuídas ao Tribunal em 1997:

- Contencioso da perda do mandato dos Deputados à Assembleia da República e às assembleias legislativas regionais, tendo legitimidade para recorrer o próprio, qualquer grupo parlamentar ou (quanto à Assembleia da República) um mínimo de dez Deputados (arts. 91º-A e 91º-B);
- Recursos relativos a eleições realizados na Assembleia da República e nas assembleias legislativas regionais, atribuindo-se legitimidade a qualquer Deputado (art. 102º-D).
- Acções de impugnação de eleições de titulares de órgãos de partidos políticos, mas só sendo a impugnação admissível depois de esgotados todos os meios internos previstos nos estatutos (art. 103º-C);
- Acções de impugnação de deliberações tomadas por órgãos de partidos políticos com fundamento em ilegalidade ou em violação de regra estatutária, quando tenham natureza punitiva ou afectem directa e pessoalmente os direitos de participação de qualquer militante nas actividades do partido e também só sendo admissíveis depois de esgotados os meios internos (art. 103º-D);
- Possibilidade, no respeitante a estes dois tipos de acções, de suspensão da eficácia como preliminar ou incidente, a requerimento dos interessados (art. 103º-E).

16. Prevêem-se ainda três causas de extinção dos partidos políticos para além das contempladas na respectiva lei (que continua sendo o Decreto-lei nº 595/74, de 7 de Novembro): não apresentação de contas em três anos consecutivos, não anotação dos nomes dos titulares dos seus órgãos centrais num período superior a seis anos e impossibilidade de citação ou notificação na pessoa de qualquer dos titulares dos seus órgãos centrais (art. 103º-F).

Trata-se de matéria manifestamente deslocada e só por não se ter querido ou podido até agora elaborar uma nova lei dos partidos pode explicar-se a sua inserção aqui.

17. A expressa prescrição de prioridade conferida aos recursos em que estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais — quer

dizer, direitos consignados nos arts. 24º a 47º da Constituição — representa um primeiro passo para dar exequibilidade ao imperativo, também introduzido na revisão constitucional de 1997, de a lei assegurar aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela prioridade e pela celeridade de modo a obterem tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (novo art. 20º, nº 5 da Constituição).

Evidentemente, porém, não bastam as disposições da Lei nº 13-A/98 e até agora (quase no fim da legislatura) apenas se conhece um projecto de lei com esse intuito formal³.

4. A RECOMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

18. Finalmente, em Março de 1998, poucos dias após a entrada em vigor da Lei nº 13-A/98, os dois principais partidos promoveram a recomposição do Tribunal Constitucional, pondo termo à situação anómala de prorrogação em que se encontravam há dois anos e meio os mandatos de onze dos treze juízes.

Tal como das outras vezes, na designação dos dez juízes, observou-se uma prática igual à seguida em 1982-1983 e em 1989 (na base de um acordo político de difícil qualificação jurídica): cada um desses partidos propôs, através do seu grupo parlamentar, e obteve a eleição de cinco dos dez juízes a eleger; distribuição análoga observou-se na cooptação de dois juízes a cooptar; e o terceiro dos cooptados proveio de uma indicação ou aceitação conjunta⁴.

Como a vedação de recondução para um novo mandato, introduzida em 1997, não se aplicava — por razões evidentes de aplicação das normas jurídicas no tempo — aos juízes em funções, nove dos treze juízes voltaram a ser designados (e todos em conjunto, porque os dois juízes cujos mandatos ainda não tinham cessado em 1995 renunciaram agora para esse efeito).

O Parlamento elegeria cinco juízes de tribunais superiores — Guilherme da Fonseca, Messias Bento, bravo Serra e Vítor Nunes de Almeida (reconduzidos) e Artur Maurício (novo). E cinco docentes universitários — Maria Fernanda Palma e José Sousa e Brito (reconduzidos) e Maria Helena Brito, Maria dos Prazeres Beleza, e Paulo Mota Pinto (novos). Os dez cooptariam um magistrado — Alberto Tavares da Costa (reconduzido); e dois docentes universitários — José Cardoso da Costa e Luís Nunes de Almeida (estes dois últimos, por sinal, logo a seguir reeleitos presidente e vice-presidente).

³ O projecto de lei nº 571/VII dos Deputados Octávio Teixeira e outros (*Diário da Assembleia da República*, 7ª legislatura, 4ª sessão legislativa, 2ª série-A, nº 11).

⁴ Por isso, já houve quem comparasse o Tribunal a uma espécie de tribunal arbitral.

O Tribunal ficou constituído por seus juizes de carreira (em obediência, aliás, ao art. 222º, nº 2 da Constituição) e sete juizes de origem universitária. E passou a contar com três mulheres.

5. 1998, ANO DE REFERENDOS

19. Apesar de ter havido projectos de adopção do referendo desde a segunda metade do século XIX, a figura apenas seria verdadeiramente introduzida no nosso País, primeiro, a nível local em 1982, depois a nível nacional em 1989 e, finalmente, no âmbito das regiões autónomas em 1997.

Para isso concorreram dois factores. Em primeiro lugar, conforme a experiência comparada demonstra, institutos de democracia semidirecta pressupõem a consolidação e o funcionamento efectivo da democracia representativa. Em segundo lugar, no caso português, as vicissitudes históricas aconselhavam toda a prudência: não se podia esquecer nem a aprovação da Constituição autoritária de 1933 por «plebiscito» (em que as abstenções contaram como votos a favor), nem os propósitos, frustrados embora, em 1980, de modificação da Constituição de 1976 à margem das suas regras.

Ter-se-á ido, no entanto, longe de mais no tocante ao referendo nacional (o único de que aqui nos vamos ocupar) com as vedações e, sobretudo, com o sistema muito complicado de realização e, simultaneamente, muito frágil de vinculação que se quis estabelecer. *De jure condendo* valeria a pena uma reponderação.

20. Antes de 1998 não se tinha organizado nenhum referendo (nacional ou local). Neste ano, viriam a ser propostos três — um sobre a interrupção voluntária da gravidez, outro sobre a União Europeia e outro ainda sobre as regiões administrativas do Continente — não chegando a realizar-se o segundo e tendo sido o primeiro e o terceiro marcados por elevada abstenção (o que, por seu turno, deveria levar a reflectir os agentes políticos)⁵.

Antes de aludirmos à intervenção que o Tribunal Constitucional teve nos três referendos, importa resumir no essencial as normas reguladoras da matéria.

⁵ Nos dois referendos realizados ganharia o *não*, tangencialmente no referendo sobre o aborto e com larga maioria no referendo sobre as regiões administrativas.

6. O REGIME DO REFERENDO NACIONAL

21. O referendo nacional tem a sua sede no art. 115º da Constituição (118º em 1989). Completam-no os arts. 119º, nº 1, alínea *i*), 134º, alínea *c*), 139º, nº 1, 161º, alínea *j*), 197º, nº 1, alínea *e*), e 223º, nº 1, alínea *f*); e, quanto ao tratamento legislativo (por via de «lei orgânica»), os arts. 136º, nº 3, 164º, alínea *b*), 166º, nº 2, 168º, nºs 4 e 5, e 278º, nºs 4 a 7.

O procedimento consta hoje da Lei nº 15-A/98, de 3 de Abril (que revogou a Lei nº 45/91, de 3 de Agosto).

22. São os seguintes os traços substantivos do regime que se extraem dessas normas:

a) O referendo tem por objecto questões de relevante interesse nacional (art. 115º, nº 2, 1ª parte) — não de interesse regional ou local;

b) O referendo tem por objecto questões que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através de aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo (art. 115º, nº 3) — e não questões que devam ser decididas por outros órgãos ou por outras formas;

c) As questões a decidir podem ser — 1) questões ainda não objecto de convenção ou de lei; 2) questões objecto de actos em formação, em qualquer fase do respectivo *item* ou procedimento; 3) ou questões objecto de actos já existentes, sejam convenções (para efeito de reservas ou de desvinculação, se internacionalmente admissíveis), sejam leis (para efeito de modificação, suspensão ou revogação);

d) São excluídas do referendo as alterações à Constituição e matérias de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República, salvo ensino, e financeiras (art. 115º, nº 4) — não podendo a lei (após 1997) excluir quaisquer outras;

e) Cada referendo recai sobre uma só matéria, num número máximo de três perguntas formuladas com objectividade, clareza e precisão (art. 115º, nº 6 e art. 7º da Lei nº 15-A/98);

f) Através do referendo o povo não aprova convenção ou acto legislativo; decide, sim, se o órgão competente deve ou não aprovar (art. 115º, nº 3, de novo) — o que significa que a sua natureza de acto político *stricto sensu*, se bem que, quando se reflecta em acto legislativo, com força afim da força de lei;

g) Nenhuma questão fica necessariamente sujeita a referendo; mas, se este se efectuar, os seus resultados — sejam positivos ou negativos a respeito das perguntas formuladas — vinculam o órgão competente, impondo-se à sua liberdade de decisão (art. 115º, nº 1, e arts. 241º e 243º da Lei nº 15-A/98);

h) Se, contudo, o número de votantes não for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento não produz efeito vinculativo (art. 115º, nº 11, aditado em 1997) — quer dizer, não produz efeito jurídico nenhum;

i) O carácter vinculativo acorrenta outrossim, pela natureza das coisas, consequências determinantes sobre alguns actos do Presidente da República, o qual não pode recusar a ratificação, a assinatura ou a promulgação (consoante as hipóteses) por discordância com o sentido apurado no referendo (art. 242º da Lei nº 15-A/98);

j) Afora isto, a Constituição não prevê forma alguma específica de garantia de respeito dos resultados do referendo, nem por acção nem por omissão, mas qualquer tribunal, num caso concreto que tenha de decidir, pode e deve (com base na sua função genérica de defesa da legalidade democrática) recusar-se a aplicar qualquer norma que contenda com tais resultados.

23. O processo referendário assenta num específico relacionamento entre a Assembleia da República e o Governo, dotados de poder de iniciativa, e o Presidente da República, único órgão com poder de convocação — o que deve entender-se congruente com o sistema de governo semipresidencial vindo de 1976:

a) A iniciativa postula a competência — a Assembleia ou o Governo só podem propor referendos sobre questões que entrem nas suas competências [arts. 115º, nº 1, 2ª parte, 161º, alíneas c) e i), 165º, 197º, nº 1, alínea c), e 198º, nº 1);

b) A iniciativa da Assembleia da República decorre, por sua vez, de iniciativa de Deputados, de grupos parlamentares e do Governo nos termos gerais, bem como de cidadãos eleitores em número não inferior a 75.000 (arts. 167º, nºs 1 e 3, e 115º, nº 2 da Constituição e art. 16º da Lei nº 15-A/98);

c) A aprovação pelo Parlamento ou a apresentação pelo Governo de proposta sobre questão objecto de acto em formação implica a suspensão do respectivo processo (art. 4º da Lei nº 15-A/98);

d) As propostas de referendo tomam a forma de resolução publicada no *Diário da República* [arts. 166º, nº 5 e 119º, nº 1, alínea e) da Constituição, e art. 23º, nº 2 da Lei nº 15-A/98];

e) O Presidente da República submete a fiscalização preventiva obrigatória da constitucionalidade e da legalidade as propostas de referendo (art. 115º, nº 8);

f) O Presidente da República interino não pode decidir a convocação de referendo (art. 139º, nº 1);

g) São vedadas a convocação e a realização de referendo entre a data da convocação e a da realização de eleições gerais (art. 115º, nº 7);

h) Não pode ser praticado nenhum acto relativo à convocação ou à realização de referendo (mas não, parece, à sua iniciativa) em estado de sítio ou de emergência (art. 9º, nº 1 da Lei nº 15-A/98);

i) As propostas de referendo recusadas pelo Presidente da República ou cujas perguntas tenham obtido resposta negativa não podem ser renovadas na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembleia da República, ou até à demissão do Governo (art. 115º, nº 10).

7. O REGIME ESPECÍFICO DO REFERENDO SOBRE AS REGIÕES ADMINISTRATIVAS

24. A Constituição de 1976 previu dois tipos de regiões, entidades territoriais menores supramunicipais: as regiões autónomas nos arquipélagos atlânticos dos Açores e da Madeira e as regiões administrativas na parte continental do país, aquelas semelhantes às regiões autónomas italianas, estas como a natureza de autarquias locais. E enquanto que as primeiras foram criadas e postas logo a funcionar nesse mesmo ano, as regiões administrativas foram sendo sucessivamente adiadas.

Nos últimos anos pareceu querer-se pôr fim à inércia. A Lei nº 56/91, de 13 de Agosto (dita «lei-quadro da regionalização») definiu as atribuições regionais e as competências dos respectivos órgãos; e, depois de múltiplas vicissitudes entre 1996 e 1998, a Lei nº 19/98, de 28 de Abril, instituiu as regiões e delimitou as suas circunscrições. Todavia, os acidentes de percurso, os contrastes entre os dois principais partidos e a ocorrência da revisão constitucional acabaram por ter um remate menos frutuoso e até contraproducente.

A revisão reforçou consideravelmente a autonomia — legislativa, política e financeira dos Açores e da Madeira — ao mesmo tempo que, por compromisso entre aqueles partidos, sujeitou a criação das regiões a um referendo nacional, concomitante com referendos a nível das diversas regiões (novo art. 265º da Constituição). A contradição não poderia ser mais óbvia.

Mas este referendo — com regime específico — não implica uma condição resolutiva; traduz-se, sim, numa condição suspensiva. Sem um resultado positivo, as regiões administrativas continuam, constitucionalmente, a existir e não se revogam as pertinentes normas constitucionais; contudo, só em nova sessão legislativa ou após nova eleição da Assembleia da República, pode ser recolocada a questão ao sufrágio dos cidadãos (art. 112º, nº 10). Em contrapartida, se o resultado for positivo, não poderá voltar-se atrás, submetendo a novo referendo as regiões (para

eventual extinção ou cessação de concretização); isso só será possível por via de nova revisão constitucional.

25. O regime especial consiste no seguinte (art. 256º, completado pelos arts. 245º e segs. da Lei nº 13-A/98):

a) É um referendo de incidência constitucional, por versar sobre uma figura constitucional, conquanto não seja um referendo de revisão (porque não está em causa a subsistência ou não das regiões administrativas como autarquias locais);

b) Enquanto que a decisão referendária em geral é sempre anterior ao acto legislativo, o referendo sobre as regiões administrativas insere-se numa cadeia ou processo mais amplo e complexo, com uma ou duas leis precedentes (as referidas «lei-quadro da regionalização» e a lei de delimitação territorial das regiões) e diversas leis sucessivas (as leis correspondentes às diversas regiões); e, por isso, no tocante às leis precedentes funciona, em parte, como sanção popular;

c) O referendo é obrigatório, na medida em que sem a sua realização, e realização com resultado positivo, não podem ser criadas em concreto essas regiões;

d) Por isso mesmo o Presidente da República é obrigado a proceder à convocação e não parece valer aqui o limite à competência do Presidente interino;

e) A iniciativa é exclusiva do Parlamento; e somente a ele cabe decidir *se e quando* formula a proposta;

f) A par de uma pergunta de âmbito nacional, o referendo compreende, no Continente, uma pergunta relativa à instituição em concreto de cada uma das regiões, como efeitos circunscritos a cada uma⁶.

26. No acórdão nº 709/97, de 10 de Dezembro de 1997⁷ (emitido no âmbito da apreciação preventiva de um primeiro diploma de criação

⁶ Ponto duvidoso consiste em saber se também a este referendo se aplica o disposto no art. 115º, nº 11.

Em favor pode invocar-se o princípio *ubi lex non distiguit...* e o argumento de maioria de razão (se em referendo ordinário se exige a participação de mais de metade dos eleitores inscritos, em referendo de alcance constitucional não poderia admitir-se uma menor participação).

Contra, poderia replicar-se que com este referendo se não faz senão conferir exequibilidade a uma decisão constituinte e mantida em sucessivas revisões constitucionais (a de instituição de regiões administrativas) e que o voto negativo tem aqui efeitos mais gravosos do que no referendo ordinário (no referendo em geral o voto negativo dos eleitores não impede o Parlamento de, na sessão legislativa seguinte, fazer ele próprio a lei, ao passo que no referendo sobre as regiões administrativas ele apenas pode *propor* nova convocação).

⁷ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 16, de 20 de Janeiro de 1998.

concreta das regiões administrativa), o Tribunal Constitucional teve oportunidade de examinar alguns problemas importantes como o da diferenciação de normas estatutárias aplicáveis a cada região (art. 255º, *in fine*), o da alteração dos limites geográficos e o da força jurídica do referendo e das leis orgânicas.

O problema mais difícil era o das alterações, por ser impensável a imodificabilidade definitiva das áreas regionais. E ofereciam-se duas vias de solução: ou que tais alterações poderiam e teriam de ser feitas por lei da Assembleia da República — a lei de regime de criação, extinção e modificação de autarquias locais [art. 164º, alínea *n*)], com a consequente exclusão de referendo (art. 115º, nº 4); ou que, em nome do paralelismo de formas, seria de postular um procedimento referendário.

Alguns juízes optaram pelo primeiro termo (Luís Nunes de Almeida, Ribeiro Mendes, Guilherme da Fonseca), mas a maioria — e parece-nos que com toda a razão — seguiu a segunda via. Com efeito, embora as regiões administrativas sejam autarquias locais, a Constituição construiu para elas todo um sistema próprio de criação (arts. 255º e 256º), com o qual não poderia ser desarmónica a matéria das alterações. Se pertence aos cidadãos decidir se aceitam ou não a formação (originária) das respectivas regiões, logicamente há-de-lhes pertencer também decidir acerca de mudanças das suas áreas (as quais podem envolver até o desdobramento ou a fusão de regiões).

Havia, porém, que distinguir, atendendo à amplitude das alterações (nº 4 do acórdão). Alterações que implicassem uma verdadeira substituição do «modelo» inicialmente adoptado exigiriam um referendo nacional, ao passo que alterações de menor alcance (como explicitou melhor o Juiz José de Sousa e Brito) poderiam confinar-se às regiões afectadas. Já referendos circunscritos aos municípios ou às freguesias que estivessem em causa não seriam admissíveis em face do art. 256º e do art. 240º (que só prevê referendo local para tratamento de matérias incluídas nas competências de órgãos locais).

O decreto da Assembleia da República poderia ter recebido uma interpretação conforme à Constituição, mas a maioria do Tribunal entendeu-o como afastando o recurso a referendo. Por isso e por causa das diferenciações estatutárias, a Assembleia teve de expurgar as inconstitucionalidades detectadas, aprovando então o que viria a ser a referida Lei nº 19/98, de 28 de Abril.

8. O PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DOS REFERENDOS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27. Como bem se sabe, a fiscalização da constitucionalidade a cargo dos tribunais em geral e do Tribunal Constitucional em especial diri-

ge-se *ex professo* a normas jurídicas, a actos normativos (arts. 204º e 277º e segs.). Não abrange actos não normativos, seja qual for a função do Estado a que se reconduzam.

Todavia, os referendos — nacional, regional e local — fazem excepção a esta regra. Acham-se sujeitos a controlo de constitucionalidade e de legalidade — e, desde logo, a controlo preventivo — o que bem se compreende, porque eles podem comportar implicações normativas e porque se pretende evitar factos consumados derivados de qualquer manifestação da vontade popular (como sucedeu, por exemplo, em França, em 1962, aquando do referendo acerca da eleição presidencial por sufrágio directo).

O Tribunal Constitucional recebe, inclusive, aqui uma faculdade de apreciação que se situa para além do mero juízo de constitucionalidade em sentido estrito: a faculdade de apreciação de requisitos relativos «ao respectivo universo eleitoral» [art. 223º, nº 2, alínea *f*), 2ª parte], em virtude de, a partir de 1997, os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro com «laços de efectiva ligação à comunidade nacional» serem chamados a participar em referendos que recaiam sobre «matéria que lhes diga também especificamente respeito» (arts. 115º, nº 12 e 121º, nº 2). Menos líquido é que o Tribunal Constitucional possa ocupar-se da qualificação de uma questão como sendo ou não de «relevante interesse nacional» (citado art. 115º, nº 3), pois, sendo tal qualificação eminentemente política, o único critério atendível afigura-se ser o do órgão autor da proposta.

28. Pela natureza das coisas, o controlo de constitucionalidade e de legalidade deve ser o mais amplo possível, abarcando todos os possíveis vícios, de fundo, de competência ou de forma, que venham a inquinhar o referendo.

Evidentemente, sobre o Tribunal Constitucional impende a tarefa de indagar da observância de todas as regras orgânicas e procedimentais (saber se a proposta veio da Assembleia da República ou do Governo, ou se aquela ou este é competente para tomar a iniciativa da proposta apresentada, ou se foram respeitados os limites temporais ou circunstanciais, ou se a aprovação parlamentar o foi nos devidos termos, ou se o referendo abarca uma ou mais de uma matéria, ou se as perguntas se encontram bem formuladas).

Mas, antes de mais — lógica e cronologicamente (ao invés do que sucede, em geral, na fiscalização de constitucionalidade dos arts. 278º e segs. da Lei Fundamental) — cabe ao Tribunal verificar se o objecto do referente é possível (se a matéria não se inclui no elenco do art. 115º, nºs 4 e 5) e verificar se a resposta à pergunta ou às perguntas submetidas ao eleitorado não se traduz numa decisão e, conseqüentemente, numa

norma contrária à Constituição (inconstitucionalidade) ou a lei de valor reforçado (ilegalidade).

Insistimos: com o referendo político vinculativo nacional não se decreta lei, nem se aprova tratado ou acordo internacional; simplesmente, se o resultado for afirmativo, o Parlamento ou o Governo fica constituído no dever de decretar ou de aprovar. Logo, apreciar a constitucionalidade e a legalidade do referendo significa, forçosamente, apreciar, do mesmo passo, a validade substantiva do acto que virá, eventualmente, a ser emitido como sua decorrência obrigatória (por exemplo, no limite, um referendo a pena de morte nunca poderia ser realizado, porque iria pôr em causa a proibição absoluta constante do art. 24º, nº 2).

E tanto é assim que, efectuado qualquer referendo já não pode o Presidente da República requerer a fiscalização preventiva de acto legislativo correspondente ao sentido nele apurado (art. 242º da Lei nº 15-A/98): o Presidente nem pode exercer aí veto político, nem alegar inconstitucionalidade. Seria uma repetição. Só mais tarde poderá vir a dar-se fiscalização sucessiva, concreta ou abstracta (nunca precludida, como se sabe, pela fiscalização preventiva).

29. O processamento da fiscalização não vem na lei orgânica do Tribunal Constitucional, mas sim na lei do regime de referendo (arts. 26º e segs.) — o que se justifica, até certo ponto, por se situar necessariamente no interior do procedimento referendário.

Importa reter, nesta fase, os seguintes aspectos:

- a) Iniciativa obrigatória e exclusiva do Presidente da República;
- b) Desnecessidade de fundamentação do pedido (ao contrário do que sucede na fiscalização da constitucionalidade das leis *ex vi* art. 51º da Lei nº 28/82); embora não impossibilidade, na hipótese de o Presidente contestar ou ter dúvidas sobre a constitucionalidade do referendo (pois ele não está reduzido ao estatuto de transmissor passivo da proposta de referendo e dispõe de certo tempo para a examinar);
- c) Prescrição de prazos estritos para a abertura do processo (oito dias) e para a decisão (vinte e cinco dias), susceptível este de ser encurtado, por urgência, pelo Presidente da República, assim como, dentro do Tribunal, para a distribuição, a elaboração de memorando pelo relator designado e a reunião do plenário;
- d) No caso de pronúncia no sentido da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devolução ao órgão donde tenha provindo a proposta;
- e) Admissibilidade de expurgo do vício e de reformulação da proposta;
- f) Sujeição da proposta eventualmente reformulada a nova fiscalização preventiva.

9. O REFERENDO SOBRE A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

30. O Tribunal já fora chamado, por duas vezes, a apreciar a problemática da constitucionalidade de normas discriminadoras da interrupção voluntária da gravidez. Fê-lo através do acórdão n° 25/84, de 19 de Março e do acórdão n° 85/85, de 29 de Maio (o primeiro em fiscalização preventiva, o segundo em fiscalização sucessiva)⁸.

Em apreço tinha estado o diploma que veio considerar como situação de exclusão da ilicitude (ou depois da reforma do Código Penal de 1995) de não punibilidade o aborto efectuado por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) Constituisse o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) Se mostrasse indicado para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, e fosse realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez;

c) Houvesse seguros motivos para prever que o nascituro viria a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e fosse realizado nas primeiras 16 semanas de gravidez;

d) Houvesse sérios indícios de que a gravidez tinha resultado de violação da mulher, e fosse realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez.

Em ambos os acórdãos, o Tribunal entendeu, por maioria, que não se verificava inconstitucionalidade por três motivos principais: 1°) porque, embora a vida intra-uterina constituísse um bem jurídico constitucionalmente protegido (art. 24° da Constituição), ele não teria de receber a mesma tutela que o direito à vida propriamente dita e poderia, inclusive, ceder ante outros direitos ou valores também constitucionalmente protegidos; 2°) porque não existiram imperativos constitucionais absolutos de criminalização ou descriminalização, mas unicamente uma ordem de valores constitucionais (e não hierarquizados); 3°) haveria outros meios de combate ao aborto (como a educação sexual e o apoio sócio-económico à mulher grávida).

⁸ Cfr. a crónica publicada no *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1986, págs. 185 e segs.

31. Em 1997, o problema voltaria ao Parlamento. Dos três projectos então apresentados só seria, porém, aprovado o que alargou para 24 e 16 semanas, respectivamente, os prazos relativos ao aborto eugénico e ao aborto ligado a violação, procurando, ao mesmo tempo, definir, em moldes cientificamente mais correctos, doença congénita, malformação e inviabilidade do feto; daí a Lei n° 90/97, de 30 de Julho.

Em 1998, logo na sessão legislativa seguinte (passado o período de defeso imposto pelo art. 167°, n° 4 da Constituição) seriam retomados, com algumas modificações, os projectos rejeitados no ano anterior. Submetidos a votação na generalidade, também só um viria a ser aprovado. Entretanto, o procedimento parlamentar não prosseguiria até a fim, porque o Partido Socialista e o Partido Social-Democrata decidiram promover a realização de um referendo sobre o assunto.

O projecto aumentava de doze para dezasseis semanas o prazo de despenalização do aborto, quando este se mostrasse «indicado para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, designadamente por razões de natureza económica ou social». A novidade consistia, porém, na despenalização da interrupção voluntária da gravidez quando, realizada até às dez semanas, após consulta de acompanhamento e para «preservação da integridade moral, da dignidade social e da maternidade consciente» da mulher. E foi acerca deste ponto que veio a ser elaborada a pergunta da proposta de referendo e que, conseqüentemente, versou o acórdão n° 288/98⁹.

32. Sendo o primeiro acórdão sobre uma proposta de referendo político vinculativo nacional, ele não poderia deixar de cuidar do instituto e de patentear o alcance atribuído pelo Tribunal ao seu próprio poder de controlo.

Reconhece, pois, o aresto (n° 26) a indispensável emissão de um juízo de constitucionalidade substantiva sobre o sentido da pergunta referendada, por o princípio maioritário ter de se conjugar com o princípio da constitucionalidade. E aquele princípio, sublinha, é bem menos atingido quando, por razões de constitucionalidade se impede a expressão da vontade popular directa do que quando se inviabiliza a execução dessa vontade depois de livremente manifestada.

Reconhece igualmente que nada deveria obstar à sujeição a referendo de questão pertinente a acto legislativo em processo formativo, até porque, a não ser dessa sorte, bastaria a apresentação ao Parlamento de um projecto ou uma proposta de lei sobre certa matéria para se impedir a realização de um referendo. Diversa seria a hipótese se o projecto tivesse

⁹ Publicado in *Diário da República*, 1ª série-A, n° 91, de 18 de Abril de 1998.

sido aprovado definitivamente (quer dizer, em votação final global) — embora isto não signifique, acrescentamos nós, que a revogação ou a modificação de qualquer lei não possa vir a ser questão referendável.

Eis aqui um interessante entrecruzamento de democracia representativa e de democracia semidirecta, cujo exame quer *der jure condito* quer *de jure condendo* excederia o escopo da presente crónica.

33. A pergunta do referendo era a seguinte: «Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez se realizada, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?».

Ressalta à vista a sua extensão compósita e aglutinante, com possíveis dificuldades de apreensão clara e imediata. Teria sido preferível desdobrá-la. Talvez fosse exagerado, mesmo assim, sustentar que não era objectiva. Aquilo de que poderia, pelo contrário, ser acusada seria de se mostrar por demais redutora, não esgotando as margens de escolha dos cidadãos¹⁰.

Sem grandes reticências, o Tribunal admitiu a pergunta e quanto ao universo referendário, aceitou que os portugueses recensados no estrangeiro não fossem chamados a participar (por causa, nomeadamente, da territorialidade do Direito penal).

34. A parte nuclear e mais controvertível do acórdão vem a ser a análise do problema de constitucionalidade da resposta afirmativa à pergunta (nº 27 e segs.).

Consciente da sua gravidade, o Tribunal começa aí por dar conta do intenso debate sobre ele em vários países europeus e em Portugal, com sucessivas tomadas de posição da justiça constitucional. E nota que, na maior parte desses países, se permite a interrupção voluntária da gravidez até ao terceiro mês, por opção da mulher, em estabelecimento de saúde, embora tal opção suponha sempre uma prévia consulta de aconselhamento e um período de reflexão.

Na esteira dos dois acórdãos anteriores, o Tribunal reafirma a dimensão objectiva inerente à vida intra-uterina, mas sustenta que a sua protecção não tem de assumir sempre idêntico grau de densificação, sendo este tanto maior quanto mais próximo estiver o nascimento. E vai mais longe, dando um salto que ali não fora dado: que a harmonização entre a protecção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação dos interesses, é susceptível de passar pelo estabelecimento de *uma fase inicial* do período da gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção *cade à própria mulher*¹¹.

¹⁰ O que viria a explicar, depois, segundo alguns observadores, o grande número de abstenções no referendo que depois viria a realizar-se.

¹¹ Sublinhados nossos.

Uma coisa vem a ser, porém, a exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez, conferindo-se à mulher, dentro de certo prazo, determinar os casos e as circunstâncias que a podem justificar. Outra coisa uma inteira liberdade da mulher de controlar a sua capacidade reprodutiva, um direito constitucional a livremente abortar — coisa que o Tribunal rejeita (tal como rejeita o aborto como método de controlo de nascimentos).

Ou seja: a colisão de bens jurídicos constitucionalmente amparados pode ser resolvida pelo legislador, dentro do seu campo de conformação ou discricionariade, punindo-se — suposto que permaneça o modelo de infracção — ou não se punindo a interrupção voluntária da gravidez.

De resto — e, neste trecho, orienta o Tribunal sem ambiguidades ou rodeios pela segunda alternativa — não existe consenso social em torno da criminalização, nem se exclui que se esteja perante um *direito penal simbólico*, nem se demonstra que os meios penais não possam ser vantajosamente substituídos por outros de maior *eficácia prática*.

A isto acresce que as circunstâncias de facto, à quais só o legislador poderá dar resposta, permitem que, numa sociedade europeia em que praticamente foram abolidas as fronteiras, se crie uma escandalosa situação de desigualdade perante a lei penal: quem usufruir de razoável situação económica e pretender interromper a gravidez, quiçá por comodismo, poderá impunemente fazê-lo numa boa clínica de um país europeu; mas, quem não tiver capacidade económica e for levada ao aborto por necessidade correrá o duplo risco da intervenção clandestina e da sanção penal.

35. Como seria de esperar, foi à volta da questão da interrupção voluntária da gravidez que, como sucedera em 1984 e em 1985, mais fortemente se dividiram os juízes constitucionais: 7 contra 6.

Para os juízes vencidos, não seria admissível invocar a cãnone hermenêutico da harmonia ou concordância prática, pois a resposta afirmativa à pergunta proposta conduziria ao esmagamento de um dos bens jurídicos em presença — e o mais essencial de todos, a vida humana — em favor do outro — os direitos da mulher; provocaria uma desconsideração absoluta das 10 primeiras semanas de um ser humano em devir (Tavares da Costa).

Haveria situações em que se compreenderia que a mulher não levasse a gravidez até ao fim, mas situações a averiguar *em concreto* e submetidas à análise dos princípios quer da não exigibilidade, quer, mais precisamente, do estado de necessidade (desculpante). O que não se compreenderia seria uma norma de despenalização da interrupção voluntária da gravidez inteiramente livre, fosse por carência de meios económicos e de inserção social, fosse por puro comodismo, fosse em resultado de um

verdadeiro estado depressivo da mãe que visasse apenas, por exemplo, selar a destruição das relações com o outro progenitor (Paulo Mota Pinto).

Em segundo lugar, as declarações de voto dissidentes insistiram na função do Direito penal enquanto mediador privilegiado da transposição dos valores jurídico-constitucionais para a diuturna vida jurídica e social (Cardoso da Costa). Ao direito a nascer, como pressuposto do direito à vida, corresponderia uma obrigação positiva do legislador penal (Vitor Nunes de Almeida, Messias Bento). Não se divisariam outros meios a que se pudesse recorrer para adequadamente proteger um bem, afirmando a sua dignidade ética para a comunidade jurídica (Paulo Mota Pinto, Cardoso da Costa); nem seria líquido que uma resposta positiva viesse a contribuir para a diminuição do aborto clandestino (Paulo Mota Pinto).

De todo o modo, ainda que, no limite, se defendesse que a simples discriminalização se compatibilizaria com o princípio da inviolabilidade da vida humana, ficando esta protegida por formas de tutela jurídica sem carácter penal, já nunca o seria a liberalização no sentido de tornar a interrupção voluntária da gravidez um acto lícito, não condicionado por qualquer causa justificativa (Maria dos Prazeres Beleza).

36. Por nós, tal como os juízes minoritários, não enxergamos como possa deixar-se à simples «opção da mulher» a decisão sobre um ser humano até dez semanas de existência — particularmente no contexto de uma Lei Fundamental como a nossa tão preocupada (talvez mais do que qualquer outra, como se vê pela expressão peremptória usada no art. 24º, nº 1 e pela recusa frontal e absoluta da pena de morte do art. 24º, nº 2 e do art. 33º, nº 4) com a defesa da inviolabilidade da vida humana.

O próprio acórdão (no nº 52) confessa honestamente que não constam da pergunta formulada «elementos comuns à generalidade das legislações europeias sobre a matéria, como sejam a obrigatoriedade de uma prévia consulta de aconselhamento, em que possa ser dada à mulher a informação necessária sobre os direitos sociais e os apoios de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez, bem como o estabelecimento de um período de reflexão entre essa consulta e a intervenção abortiva, para assegurar que a mulher tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada, evitando-se a interrupção da gravidez motivada por súbito desespero».

Mas não se afigura satisfatório o modo como o acórdão procura ultrapassar o obstáculo, lembrando a impossibilidade de introduzir todos esses elementos na pergunta e sugerindo que nada permite concluir que eles não possam vir a constar de legislação a aprovar na sequência de resposta positiva. É que, independentemente de eventual crítica ao teor

da pergunta, o objecto do referendo está balizado pela pergunta em si mesma, e não, virtualmente, pela lei que, depois, virá a ser decretada¹². No sistema do art. 115º não tem cabimento qualquer integração ou complementação *a posteriori*.

Por certo, medidas como essas e, em geral, a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais hão-de ser muito mais eficazes na prevenção e no combate ao aborto do que medidas criminais (até por a sociedade portuguesa ser hoje uma sociedade totalmente aberta ao exterior e filosoficamente não homogénea). Se o sistema de direitos fundamentais da Constituição tem de ser entendido de modo global, articulado e coerente, também a experiência tem mostrado como é ilusório supor que os direitos, liberdades e garantias e direitos sociais se acantonem em compartimentos estanques. A «proibição de um défice de protecção» vale para uns e para outros direitos.

Simplesmente, descriminalização não pode equivaler a legalização. Em nome da laicidade ou aconfessionalidade do Estado há quem defenda que a lei penal não deve tipificar como crime aquilo que uma parte da sociedade não considera crime. Por conseguinte, em nome dessa mesma laicidade também outra parte da sociedade pode pretender que não seja legalizado e não apenas tornado não ilícito aquilo que considera crime — pois redundaria em legalizar admitir que não é crime praticar a interrupção voluntária da gravidez por opção da mulher dentro de estabelecimento de saúde *legalmente* autorizado (ao passo que continua a ser crime se praticado fora).

Se a referência a estabelecimento de saúde já constava de lei de 1984, ela aparecia aí incidível de causas objectivamente reconhecíveis de exclusão de ilicitude (ou, depois, de não punibilidade). Agora dispensam-se quaisquer causas e o único factor relevante a acrescer à decisão da mulher é o local. Mais ainda: o Estado assume a *tarefa* de propiciar estabelecimento adequado para a mulher, até às dez semanas de gravidez, abortar, se quiser. Fica então patente uma mudança qualitativa em confronto com as normas vigentes e como se está tanto em contradição com a garantia constitucional da inviolabilidade da vida humana.

37. Uma última nota para mencionar criticamente ter tido o Tribunal Constitucional (neste acórdão e no acórdão sobre regiões administrativas) por verificada a *constitucionalidade e a legalidade* do referendo.

Não se desconhece que o art. 223º da Constituição fala em *inconstitucionalidade* e em *ilegalidade* no nº 1 (a propósito de normas jurídicas) e em *constitucionalidade* e em *legalidade* no nº 2 (na alínea concer-

¹² De resto, se no projecto de lei se previa a visita a consultas de aconselhamento familiar, ela era apenas a título meramente informativo, e não (como noutros países) a título de salvaguarda, na medida do possível, da vida do embrião.

nente ao referendo). Daí não pode decorrer, entretanto, nenhum efeito jurídico distintivo. Não se vislumbra motivo algum que justifique uma afirmação positiva de constitucionalidade no controlo do referendo, em vez de pronúncia pela não inconstitucionalidade do art. 279º. Nem, muito menos, seria aceitável supor que ela obteria foros de decisão definitiva, precludindo a faculdade de, em fiscalização sucessiva, o próprio Tribunal Constitucional ou qualquer outro tribunal vir a conhecer da conformidade com a Constituição de normas feitas em obediência à vontade popular referendária.

Seria, em suma, um desvio absurdo ao princípio reiterado nos arts. 3º, 10º, 108, 204º e 277º e segs. imaginar que um referendo de resposta favorável derrogaria ou impediria o pleno funcionamento do sistema de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. O sentido do art. 223º, nº 2, alínea f), é apenas aquele que atrás ficou exposto (e que, parece, o acórdão tão pouco enjeita).

10. O FRUSTRADO REFERENDO EUROPEU

38. Aquando do Tratado de Maastricht, um dos temas que mais se debateu foi o da realização de um referendo, à semelhança do que então sucedeu na Dinamarca, na Irlanda e na França.

O art. 118º da Constituição (hoje 115º) não o consentia, por impedir referendos sobre alterações constitucionais e a respeito de tratados constitutivos de organizações internacionais (tomando-se *organizações internacionais* numa acepção lata e menos rigorosa em Direito internacional). Porém, porque a aprovação do Tratado requeria uma prévia revisão constitucional (como também noutros países), poderia ultrapassar-se o obstáculo ou modificando esse art. 118º ou consignando uma norma transitória: ou seja, primeiro, alterar-se-ia a Constituição e depois promover-se-ia o referendo (ainda que, para tanto, houvesse de se levar a cabo duas sucessivas revisões)¹³. Estas sugestões não foram acolhidas pelo Parlamento.

Em 1996-1997, agora na perspectiva de um novo Tratado, o assunto voltaria a ser posto em foco e, dessa feita, inserir-se-iam emendas de relevo nos preceitos constitucionais. Passaram a ser admitidos referendos sobre quaisquer questões que devessem ser decididas através de aprovação de conveções internacionais, excepto questões relativas à paz e à rectificação de fronteiras (art. 115º, nºs 2, 4 e 5, aliás de deficientíssima

¹³ Cfr. JORGE MIRANDA, «Le Traité de Maastricht et la Constitution Portugaise», in *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, págs. 679 e segs. ou «O Tratado de Maastricht e a Constituição Portuguesa», in *A União Europeia na Encruzilhada*, obra colectiva, Coimbra, 1996, págs. 45 e segs.

redacção). E, portanto, passou a ser possível submeter a referendo os tratados europeus.

Na sequência da revisão de 1997, a Assembleia da República aprovou uma proposta de referendo respeitante ao Tratado de Amesterdão (entretanto assinado) e, com observância do art. 115º, nº 8, o Presidente da República submeteu-a à apreciação do Tribunal Constitucional, acompanhando o pedido de um elenco de dúvidas de constitucionalidade e de legalidade.

O Tribunal viria a lavrar o acórdão nº 531/98, de 29 de Julho, tirado por 8 votos contra 5¹⁴.

39. A pergunta era: «Concorda com a continuação da participação de Portugal na construção da União Europeia no quadro do Tratado de Amesterdão?».

Sem grande fôlego doutrinal, o acórdão, depois de evocar as fases determinantes da integração europeia, os conceitos envolvidos na pergunta e as pertinentes normas constitucionais, concluiu pela inconstitucionalidade e pela ilegalidade (conquanto, algo estranhamente, sem mencionar as dúvidas do Presidente da República). A pergunta seria susceptível de comportar mais de um sentido e faltar-lhe-iam clareza e objectividade.

Como aí se escreve (nº 15), os cidadãos eleitores menos informados poderiam ser levados a supor que uma resposta negativa teria como efeito necessário a cessação dessa «continuação», com o conseqüente abandono da União Europeia por Portugal (o que implicaria uma alteração constitucional, coisa vedada a referendo). Não assinalando que o que se pretendia era dar um novo passo no âmbito da construção europeia e, antes, sugerindo a ideia de continuidade; a pergunta encontrar-se-ia formulada de modo a conduzir os eleitores que pretendessem que Portugal continuasse a participar na construção da União Europeia a dar o seu voto afirmativo no referendo, desvalorizando aquilo que era essencial — as alterações a introduzir com a aprovação do Tratado de Amesterdão.

Pelo contrário, os juízes minoritários sustentaram que poderia formular-se a pergunta remetendo para o sentido geral de uma convenção, sem que isso prejudicasse a clareza da pergunta.

Não se deveria confundir a clareza da pergunta, considerada em si, com a falta de esclarecimento sobre a convenção (Paulo Mota Pinto). Nem a pergunta sugeria qualquer dos sentidos possíveis das respostas. Aqueles que eram aludidos nos autos situar-se-iam num plano argumentativo que não seria aquele em que se movimenta o cidadão comum, e seria a resposta dele que se pretendia e não a solução prévia de problemas de interpretação colocados por peritos de Direito constitucional (Vitor Nunes de Almeida).

¹⁴ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 174, de 30 de Julho de 1998.

40. A pergunta, quanto a nós, estava mal concebida, por juntar duas questões diferentes: a da União Europeia, em geral e a do Tratado de Amsterdão em particular.

O acórdão afirma, correctamente, que um referendo sobre a «questão europeia» não poderia pôr em causa a permanência futura de Portugal na União Europeia (nº 14). E é assim, na verdade, porque esta União se acha constitucionalizada (não tanto pelo art. 7, nº 6, cláusula de habilitação, quanto pelos arts. 15, nº 5, 135, alínea b), 161, alínea n), 163, alínea f) 164, alínea p) e 297, nº 1, alínea i).

Mas, evidentemente, continuando a ser Portugal uma República soberana (art. 1º) e não tolhendo os tratados de Roma e de Amsterdão o direito de recesso dos Estados membros, bem poderá amanhã a País, se quiser, exercer esse direito — embora, necessariamente, a partir de uma revisão constitucional ou de uma revisão constitucional que, para o efeito, preveja um referendo.

Quem sabe com algum peso na consciência por terem impedido um referendo em 1992, os dois principais partidos dir-se-ia desejarem, mais do que uma decisão sobre este Tratado, uma espécie de legitimação popular retroactiva do Tratado Maastricht. Ora, não existindo referendos de efeitos retroactivos, a primeira parte da pergunta («a continuação») era descabida ou inútil e a segunda quedava-se sem pressuposto.

Devolvida a proposta ao Parlamento, este não se valeria da sua prerrogativa de reformulação e a ideia de um referendo europeu seria rapidamente esquecida. Os factos estavam consumados e nem sequer se encarou a hipótese de um referendo acerca da entrada (porventura, irreversível) na moeda única.

11. O REFERENDO SOBRE AS REGIÕES ADMINISTRATIVAS

41. Tornada dependente a criação concreta das regiões administrativas de referendo, a Assembleia da República viria a propor a sua realização depois de proceder à sua delimitação territorial através da Lei nº 19/98, de 28 de Abril (que dividiu o Continente em oito regiões).

Diversamente dos referendos anteriores, houve agora, por força do art. 256º da Constituição, duas perguntas, uma abrangendo todo o país e outra dirigida só aos eleitores do Continente: «Concorda com a instituição em concreto das regiões administrativas?» e «Concorda com a instituição em concreto da região administrativa da sua área de recenseamento eleitoral?».

Mais uma vez chamado a pronunciar-se, o Tribunal Constitucional emitiu então o acórdão nº 532/98, de 19 de Julho¹⁵; e, mais uma vez, os

¹⁵ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 174, de 30 de Julho de 1998.

votos dos juízes repartiram-se e cruzaram-se (sem coincidirem com os votos manifestados nos acórdãos anteriores).

42. Segundo o acórdão, ambas as perguntas satisfariam os requisitos de objectividade, clareza e dilematicidade enunciados no art. 115º, nº 6 da Constituição e no art. 7º, nº 2 da lei orgânica do regime do referendo e permitiriam obter dos eleitores respostas conscientes.

Mas contrabateu-se que, com a pergunta de âmbito nacional, poderia supor-se estar em causa, simplesmente, a concretização das regiões administrativas, e não o modelo aprovado pela Assembleia da República (Luís Nunes de Almeida, Paulo Mota Pinto, Artur Maurício). Se o texto constitucional permitisse, simultaneamente, um referendo à própria regionalização em abstracto e um referendo ao mapa e modelo concreto, estaria impossibilitada a fixação do objecto obrigatório do referendo e tornar-se-ia ilegítimo vincular os cidadãos a qualquer uma das consequências arbitrariamente escolhidas em consonância com a preferência por um dos sentidos possíveis (Maria Fernanda Palma).

Mereceram ainda reparos a pergunta de âmbito regional (Luís Nunes de Almeida, Maria Helena Brito, Maria Fernanda Palma) e a não participação de cidadãos residentes no estrangeiro — esta, por não se dever reconduzir o conceito do art. 115º, nº 12 ao conceito do interesse específico das regiões autónomas do art. 227º (Paulo Mota Pinto, Cardoso da Costa).

43. Concordamos com as críticas a respeito da pergunta de âmbito nacional, não com as demais críticas.

Essa pergunta, induzia ou podia induzir em erro os eleitores, induzindo-os a pensar que estavam a votar acerca da *existência* ou não das regiões administrativas, em vez de estarem a votar e a decidir sobre o *tempo* e o *modo* da sua criação com base na Lei nº 19/98 e (ponto, por sinal, pouco votado durante a campanha referendária) com base na Lei nº 56/91.

Mal se percebe que o Tribunal Constitucional, no mesmo dia, se tivesse pronunciado pela inconstitucionalidade da pergunta do referendo europeu e — quando enfermavam de deficiência análoga — tivesse deixado passar as perguntas do referendo regional. A diferença de atitudes apenas pode explicar-se por uma insuficiente ou inexacta noção da natureza deste referendo — uma natureza, em parte, de sanção popular (repetimos) a certa ou a certas leis, e não (como no referendo em geral) de decisão dirigida para o futuro.

12. CRIME POR EMISSÃO DE CHEQUE SEM PROVISÃO E PRISÃO POR DÍVIDAS

44. No acórdão n° 663/98¹⁶, o Tribunal Constitucional foi chamado a esclarecer um ponto importante: que a punição do crime de emissão de cheque sem provisão com pena de prisão não afectava minimamente o princípio da proibição da prisão por dívidas (muito antigo no nosso Direito e também consagrado em instrumentos internacionais de protecção dos direitos do homem).

A impossibilidade de cumprimento da obrigação não constitui elemento desse crime; constitui sim, o incumprimento na forma de não pagamento integral por falta de provisão ou por irregularidades do saque, causador de prejuízo patrimonial ao tomador ou a terceiro. São circunstâncias adicionais, lê-se no acórdão, que tornam socialmente tão grave a culpa do incumprimento que se torna necessária a intervenção do Direito penal.

No decurso do processo invocou-se o art. 1° de Protocolo n° 4 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, mas o Tribunal Constitucional — o bem — considerou que o conteúdo dessa norma já integrava o conteúdo da norma do art. 27°, n° 1 da Constituição, de garantia do direito à liberdade e à segurança.

13. LEI, SEPARAÇÃO DE PODERES, TUTELA DA CONFIANÇA

45. Na sequência de protestos de habitantes da região, a Assembleia da República aprovou, com os votos a favor dos Deputados da Oposição (por o Governo ser minoritário), um diploma que retirava à empresa concessionária das auto-estradas, a BRISA, o direito à cobrança de taxas de portagem em determinado troço da auto-estrada do Oeste.

O presidente da República requereu a apreciação preventiva da constitucionalidade, por entender que assim se restringia inconstitucionalmente o direito da empresa à exploração desse lanço (um direito patrimonial garantido pelo art. 62° da Constituição e com regime análogo ao dos direitos, liberdades e garantias). O Tribunal Constitucional não lhe deu razão, por achar, segundo afirmou no acórdão n° 24/98¹⁷, que a BRISA pertencia ao Estado e não poderia invocar nenhum direito contra o Estado.

O decreto da Assembleia afectaria, por outro lado, de acordo com o Presidente da República, o regime do concurso internacional para a con-

¹⁶ *Diário da República*, 2ª série, n° 12, de 15 de Janeiro de 1999.

¹⁷ *Diário da República*, 2ª série, n° 42, de 19 de Fevereiro de 1998.

cessão de auto-estradas, deixando-o praticamente sem objecto, o que infringiria o princípio da tutela da confiança. Mas o Tribunal também contrariou este argumento, por não haver expectativas dos concorrentes com suficiente consistência e que fossem atingidas de forma «excessivamente gravosa».

Enfim, o Presidente invocou violação do princípio da separação de poderes, por o Parlamento ter invadido o âmbito nuclear do poder do Governo como órgão de condução da política geral do País e órgão supremo da Administração pública. E ainda aqui o Tribunal Constitucional — tal como dissera no acórdão nº 1/97, de 8 de Janeiro, a respeito da abertura de vagas adicionais para o ingresso no ensino superior por acto sob forma de lei da Assembleia — respondeu que não se tinha ultrapassado o limite funcional daquele princípio. De resto, acrescentou, como o Governo se tinha servido originariamente da forma de decreto-lei, poderia dar-se a sujeição a ratificação com todas as consequências possíveis quanto a cessação de vigência ou a suspensão. Continuará a verificar-se generalidade no sentido de susceptibilidade de justificação racional e não se retiraria ao Governo a gestão administrativa da política rodoviária.

46. Emitido por maioria, o acórdão recebeu declarações de voto dos juízes minoritários.

A contestação de certa medida governamental por parte de alguns sectores da população de uma região não poderia levar a que terceiros de boa fé (e que apresentaram as suas propostas de contratos ao abrigo de legislação não censurada pelo Parlamento) houvessem de ser penalizados por uma legislação aprovada por esse mesmo Parlamento, só porque o Governo era apoiado por um parlamento desprovido de maioria absoluta.

A inconstitucionalidade ainda seria mais nítida agora do que no caso tratado no acórdão nº 1/197, visto que o Parlamento pretendia, por um lado, alterar, através de um acto formalmente legislativo, um acto administrativo do Governo (ou seja, o despacho conjunto de aprovação do programa do concurso e do caderno de encargos relativo ao concurso público internacional para a concessão do lanço de auto-estrada na região oeste de Portugal continental), eliminando o regime de portagens; e, por outro lado, pretendia suprimir parte de uma cláusula do contrato remodelado de concessão já outorgado entre o Governo e a BRISA.

47. Por nós, sem hesitar, teríamos propendido no sentido da inconstitucionalidade.

Em primeiro lugar, se poderiam restar dúvidas acerca da atribuição de direitos fundamentais a pessoas colectivas públicas, teríamos de reconhecer, objectivamente que o diploma introduzia um elemento perturbador no sistema jurídico, nada favorável à tutela da confiança.

Em segundo lugar — na linha do que escrevemos em comentário ao acórdão n.º 1/97 — haveríamos de distinguir a esfera própria do Parlamento e a do Governo. Pois como há vinte anos salientava a Comissão Constitucional no parecer n.º 16/79¹⁸, o Parlamento não governa, não executa, não administra: ele controla, sim, critica e aprecia os actos do Governo e da administração. Se os reprova, tem sempre e a todo o tempo o meio de exprimir a sua vontade política democrática, votando uma moção de censura. O que não pode é conduzir a política e praticar actos de administração ou modificar ou alterar os actos praticados pelo órgão de soberania com competência específica para tal.

Restaria, por último, notar a incorrecta referência feita no acórdão ao instituto da rectificação de decretos-leis (hoje, após a revisão de 1997, chamado, sem necessidade de mudança, instituto de apreciação parlamentar de actos legislativos). O Tribunal Constitucional, ao sugerir um fundamento para a competência do Parlamento na susceptibilidade da rectificação (ou da apreciação), estava confundindo competência legislativa e competência de fiscalização: qualquer decreto-lei do governo, seja qual for o seu conteúdo, pode ser feito cessar ou ser suspenso através desse instituto, mas a Assembleia da República não o poderá modificar, se ele tiver por conteúdo um acto administrativo.

14. ELEIÇÕES PARA O CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA E SEPARAÇÃO DE PODERES

48. O Conselho Superior da Magistratura, órgão constitucional a que compete a gestão da carreira dos juízes dos tribunais judiciais e o exercício da acção disciplinar (art. 217.º da Constituição), é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto por dois vogais designados pelo Presidente da República, por sete eleitos pelo Parlamento e por sete juízes eleitos pelos seus pares de harmonia com o princípio da representação proporcional.

Que juízes devem participar na eleição? A pergunta justifica-se por poder haver juízes que não se encontrem no exercício de funções jurisdicionais, o que desde há muito se verifica em Portugal e a Constituição (hoje art. 216.º, n.º 3) admite, apenas tal depender de autorização do próprio Conselho Superior da Magistratura. E a lei reguladora da eleição, o Estatuto dos Magistrados Judiciais, respondeu a esta pergunta concedendo capacidade eleitoral activa a todos os juízes, fosse qual fosse a sua situação, embora só atribuindo capacidade passiva aos juízes em funções nos tribunais.

¹⁸ V. *Pareceres da Comissão Constitucional*, VIII, págs. 205 e segs.

Realizando-se em 1995 eleições, veio um juiz reclamar contra a inscrição nos cadernos eleitorais de 128 magistrados, por só poderem ser considerados juízes titulares dos tribunais e um juiz em exercício não poder desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo funções docentes ou de investigação científica, não remuneradas (art. 216º, nº 3). Os cargos exercidos por esses magistrados ou situavam-se no âmbito de Administração pública ou dos órgãos políticos, pelo que, em virtude da separação dos poderes, eles não poderiam ser equiparados a juízes.

Não foi, contudo, esse o entendimento nem da comissão das eleições nem do Supremo Tribunal de Justiça, os quais consideraram como efectividade de serviço o exercício de qualquer cargo ou comissão por magistrados, até por eles manterem sempre o seu estatuto profissional. Da decisão do Supremo houve então recurso para o Tribunal Constitucional, e daí o acórdão nº 279/98¹⁹.

49. O Tribunal Constitucional, por maioria e muito dividido, deu razão no essencial ao recorrente, julgando inconstitucional a norma do art. 140º, nº 3 do Estatuto dos Magistrados Judiciais na interpretação dada pela comissão eleitoral e pelo Supremo tribunal de Justiça. Para tanto imprimiu particularíssimo realce ao princípio da separação de poderes.

A verdadeira razão de ser do Conselho não radicaria na intenção de assegurar uma adequada protecção de raiz corporativa aos juízes na defesa dos seus interesses profissionais, mas sim no objectivo de contributo para o reforço da independência dos tribunais. Daí que não devessem participar na sua eleição a magistrados que desempenhassem funções governativas ou administrativas, em conexão directo ou indirecta com o Governo. *Quem não julga não deve eleger.*

Diversamente, a minoria sustentou que o alargamento de capacidade eleitoral activa aos juízes em comissões de serviço não judicial traduziria uma ideia de participação democrática dos directamente afectados pelo funcionamento do Conselho Superior da Magistratura — porque estes continuariam sujeitos à sua jurisdição — no processo de formação das suas decisões.

50. Concordamos inteiramente com a decisão e com o seu fundamento. Parece-nos óbvio que não pode proclamar-se e garantir-se a independência dos tribunais e dos juízes e, simultaneamente, aceitar-se que juízes envolvidos em actividades extrajudiciárias, inclusive como titulares de outros órgãos de soberania, venham a influir na escolha de vogais do Conselho Superior da Magistratura.

¹⁹ *Diário da República*, 2ª série, nº 159, de 13 de Julho de 1998.

Pela sua composição mista, o Conselho integra tanto uma legitimação democrática como uma base representativa dos juízes. Mas juízes só podem ser os que administram a justiça, e não os que ocupam outros cargos na política e na administração pública (como membros do governo, Chefes de Gabinete, dirigentes da Procuradoria-Geral da República, etc.). E causa preocupação que, com uma crise de justiça de que tanto se fala, haja um número tão avultado de juízes fora dos tribunais.

Como vimos defendendo há muitos anos, a princípio da separação de poderes implicaria mesmo, em rigor, que quando algum magistrado judicial fosse exercer funções não judiciárias, saísse da magistratura e só lá pudesse voltar retomando a carreira desde o início.

15. UM CASO ESTRANHO

51. O Ministério Público promoveu que se declarasse extinto por amnistia o procedimento criminal de todos os réus condenados com base no art. 1º da Lei nº 9/96, de 23 de Março, e dos arts. 127º e 128º, nº 2 do Código Penal.

O juiz-conselheiro relator no Supremo Tribunal de Justiça, após ter tomado conhecimento de que se encontrava pendente no Tribunal Constitucional um pedido de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade daquela lei, ordenou a suspensão do processo até à decisão que este Tribunal viesse a emitir. Entendeu que a questão da constitucionalidade consubstanciava uma questão prejudicial relativamente à decisão do recurso nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal de 1929 (preceito esse que admite a possibilidade de suspensão do processo penal, quando seja necessário decidir questão de natureza não penal de difícil solução, intentado-se então a respectiva acção no tribunal competente).

Apresentada reclamação pelo Ministério Público, o Supremo Tribunal de Justiça, em conferência, indeferiu-a, por considerar abrangido no conceito de acção do referido art. 3º do Código de Processo Penal de 1929 o processo de fiscalização sucessiva abstracta da inconstitucionalidade.

Interposto recurso, o Tribunal Constitucional concedeu-lhe provimento através do acórdão nº 220/98²⁰ e — como não podia deixar de ser — julgou inconstitucional aquela norma na interpretação dada pelo Supremo Tribunal de Justiça.

52. Eis um caso estranho, dificilmente explicável, de aparente desconhecimento pelos juízes do mais alto tribunal judicial das regras bási-

²⁰ *Diário da República*, 2ª série, nº 275, de 27 de Novembro de 1998.

cas do sistema português de garantia da constitucionalidade — um sistema misto em que os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional em especial desempenham papéis bem marcados.

Em primeiro lugar, ao não aplicar a lei da amnistia, mas sem assumir um juízo sobre a sua constitucionalidade — por ficar a aguardar a decisão do Tribunal Constitucional em processo diferente, o de fiscalização abstracta — o Supremo Tribunal de Justiça desconsiderou o seu próprio poder (e dos demais tribunais) de conhecer e decidir todas as questões de inconstitucionalidade surgidas nos feitos submetidos a julgamento (art. 204º da Constituição, sucessor do art. 63º da Constituição de 1911 e do art. 123º da Constituição de 1933).

Por outro lado, dir-se-ia ter ignorado a natureza dos processo de fiscalização sucessiva — por definição processos objectivos, sem partes. Ora, assim, as pessoas envolvidas no caso concreto, beneficiárias das amnistias, ficavam impedidas de intervir e, por conseguinte, tinham os seus direitos de defesa atingidos.

Finalmente, o Supremo Tribunal de Justiça criava na prática, à margem de todas as normas constitucionais e legais, uma insólita figura: a da suspensão da aplicação de normas de constitucionalidade questionada (verdadeira ou virtualmente) em fiscalização concreta, em consequência da abertura de um processo de fiscalização abstracta a elas relativo. Pode imaginar-se toda a soma de consequências desastrosas para a constitucionalidade e para a segurança jurídica se tal figura viesse a vingar!

