

PARECERES
DA
COMISSÃO CONSTITUCIONAL
19º VOLUME
DO Nº 8/82 AO Nº 17/82

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer n.º 8/82

Ministério Público — Funções do Ministério Público — Representação do Estado em juízo.

I) Pedido

1- Exposição.

Nos termos do n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Exmo. Procurador-Geral da República requereu ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma constante do artigo único do Decreto-Lei n.º 608/76, de 24 de Julho.

Na sequência desse pedido, e de conformidade com o que preceitua o artigo 16.º, alínea *a*), do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho (Estatuto da Comissão Constitucional), solicita-se-nos a emissão de parecer.

2- Fundamentos.

Sustenta o peticionante que a norma que se contém no artigo único do Decreto-Lei n.º 608/76, de 24 de Julho, viola o n.º 1 do artigo 224.º da Lei Fundamental, sendo, por isso, materialmente inconstitucional.

E isto, porque — diz — o artigo 224.º, n.º 1, da Constituição comete ao Ministério Público a *exclusividade* da representação do Estado em juízo.

Ora, aquele preceito legal — artigo único do Decreto-Lei n.º 608/76, de 24 de Julho — veio estatuir que, para efeitos do disposto no artigo 644.º do Código Civil, o Estado *pode ser representado* pelas instituições de crédito que tenham concedido crédito a empresas com aval prestado por intermédio do IAPMEI.

II — Fixação do objecto do parecer

O legislador, considerando desejável a existência, em determinados sectores da economia, de uma estrutura empresarial constituída por unidades de pequena e média dimensão, decidiu-se a apoiá-las, a fim de lhes permitir vencer as dificuldades, designadamente no campo financeiro.

Criou, por isso, pelo Decreto-Lei n.º 51/75, de 7 de Fevereiro, o IAPMEI (Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais).

O IAPMEI é um organismo dotado de personalidade jurídica e de autonomia administrativa e financeira (artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 51/75), a quem compete, nomeadamente, assumir a responsabilidade pelos encargos financeiros de empréstimos de que beneficiem pequenas e médias empresas [alínea *d*) do artigo 3.º do citado Decreto-Lei n.º 51/75], prestando, para tanto, os necessários avales [alínea *a*) do n.º 1 do artigo 6.º do mesmo Decreto-Lei n.º 51/75], a favor das instituições que concedem o crédito (n.º 2.º do Despacho Normativo n.º 231/78, publicado no *Diário da República*, 1.ª série, de 11 de Setembro de 1978).

Havendo incumprimento, por parte do mutuário, das obrigações assumidas para com a entidade financiadora, e informados por esta o IAPMEI e a Direcção-Geral

do Tesouro, esta última entidade procederá aos pagamentos devidos pelos avales antes prestados (nº 10º, 1 e 2, do citado Despacho nº 231/78), ficando, então, o Estado sub-rogado nos respectivos créditos, e bem assim nos direitos acessórios da instituição reembolsada sobre a empresa a quem foi concedido o aval (nº 11º do mencionado Despacho nº 231/78).

Pois, é para o exercício deste direito, em que o Estado fica investido¹, que o artigo único do Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho, veio preceituar que, a pedido da Direcção-Geral da Fazenda Pública, pode ele ser representado pela instituição de crédito a quem o aval fora prestado.

O referido artigo único do Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho, reza assim:

Artigo único

Para os efeitos do artigo 644º do Código Civil, pode o Estado ser representado na defesa dos seus interesses, a pedido da Direcção-Geral da Fazenda Pública, pelas instituições de crédito que tenham concedido créditos a empresas com aval prestado pelo IAPMEI.

Cabe, então, perguntar: a representação (possível) do Estado, na hipótese mencionada, por entidade diversa do Ministério Público será constitucionalmente legítima?

Perguntando de outro modo: a Constituição da República reserva (ou não) ao Ministério Público a exclusividade da representação do Estado em juízo?

Ou, talvez, ainda melhor: o facto de a Constituição, no seu artigo 224º, nº 1, cometer ao Ministério Público a representação do Estado em juízo exclui a possibilidade de essa representação ser atribuída a outras entidades?

III) A posição da Comissão Constitucional

Esta Comissão adianta, desde já, que o seu entendimento sobre a matéria é o seguinte:

O Ministério Público não detém o monopólio da representação do Estado em juízo;

O facto de essa representação lhe pertencer, em regra, não exclui que, nalguns casos, possa ela ser atribuída, por lei, a outras entidades;

Por isso, o mencionado artigo único do Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho, não é inconstitucional; designadamente, não viola o nº 1 do artigo 224º da Constituição.

¹ No relatório do citado Decreto-Lei nº 608/76 qualifica-se esse direito, em que o Estado fica investido, como um *direito de regresso*.

Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil Anotado*, 1ª ed., 1967, I, p. 477) sustentam que o direito do sub-rogado não tem a natureza de *um direito de regresso*, pois *não* é um *direito novo*, sendo, antes, o direito do credor que se lhe *transmitiu*, por sub-rogação, em virtude do pagamento.

No mesmo sentido, e mais desenvolvidamente, vide Antunes Varela (*Das Obrigações em Geral*, 2.ª ed., 1973, II, pp. 293 e segs., e, em especial, pp. 304 e segs.).

IV — Fundamentação

Passemos, então, à demonstração do que acaba de dizer-se.

1- *Preliminares.*

O artigo 224º da Constituição preceitua, no seu nº 1, o seguinte:

Artigo 224º

1- Ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a acção penal, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar.

Ao Ministério Público compete representar o Estado.

Estado é uma noção, simultaneamente, política e jurídica.

Distingue-se da *Nação*, até porque existem Estados multinacionais e Estados que não abarcam toda uma nação.

A *Nação* é uma comunidade de civilização forjada no decurso de uma história comum.

O *Estado* distingue-se também do *Governo*, porque este é apenas um dos órgãos que representa o Estado, entendido este como «colectividade de homens, vivendo num território, sob a autoridade de um mesmo Governo»².

Não é esta, porém, a única acepção em que a palavra Estado pode ser tomada.

A palavra *Estado* tem várias significações, que vão de um sentido amplo, como aquele que se apontou, até outros mais restritos. Designadamente, identifica-se com a pessoa colectiva que, para efeitos de direito interno, tem por órgão o Governo³.

No artigo 224º, nº 1, da Constituição, a palavra *Estado* foi empregada em sentido restrito. Significa, apenas, o núcleo central da administração na dependência do Governo. *Não abrange, por conseguinte, a chamada administração indirecta*^{4 e 5}.

Portanto, quando o artigo 224º, nº 1, da Constituição comete ao Ministério

² Cf. Jacques Cadart, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 2ª ed., 1979, I, pp. 53 e segs.

³ Cf. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 5.ª ed., 1967, p. 131; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1980, p. 33.

A doutrina italiana fala em *Estado-comunidade* (sentido amplo) e em *Estado-governo* ou *Estado-pessoa* (C. Lavagna, *Istituzioni di Diritto Público*, IV ed., 1979, p. 60).

Sobre a noção de Estado em direito internacional, vide Brierly, *Direito Internacional*, 4ª ed., 1979, pp. 123 e segs.

⁴ Neste sentido: Bessa Pacheco e Simas Santos, «Representação do Estado pelo Ministério Público», in *Revista do Ministério Público*, ano I, vol. 2.

⁵ A chamada *administração indirecta* do Estado — sem pretendermos ser rigorosos — é constituída pelo conjunto das pessoas colectivas que, prosseguindo certas tarefas administrativas estaduais, agem com autonomia (administrativa e financeira ou só administrativa) em relação ao Estado, sendo que essa autonomia se impõe pela própria especialização técnica que essas tarefas exigem. Trata-se de uma *descentralização técnica, funcional* ou *por serviços autónomos*, dando origem aos chamados *institutos públicos*.

Sobre este tema, vide J. Baptista Machado, «Participação e Descentralização», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXII, 1975, pp. 1 e segs.; Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, 1980, I, pp. 183 e segs.; Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., 1965, pp. 137 e 384; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição* [...], cit., p. 463; parecer nº 3/82, de 12 de Janeiro, ainda inédito.

Público a representação do Estado, refere-se ao Estado-pessoa *ou* Estado-Governo.

Além disso, o que, aí, está em causa é a sua representação em juízo, nos processos não penais, em que seja interessado (a representação política do Estado compete ao Governo: artigo 185º da Constituição).

A Constituição de 1933 preceituava, no seu artigo 118º (redacção introduzida pela Lei nº 2009, de 17 de Setembro de 1945), o seguinte:

Artigo 118º

Estado será representado junto dos tribunais pelo Ministério Público.

Em consonância com isto, prescrevia o Código de Processo Civil o que segue, e que ainda hoje se encontra em vigor:

Artigo 20º

1- O Estado é representado pelo Ministério Público.

2- Se a causa tiver por objecto bens ou direitos do Estado, mas que estejam na administração ou fruição de entidades autónomas, podem estas constituir advogado que intervenha no processo juntamente com o Ministério Público, para o que serão citadas quando o Estado seja réu; havendo divergência entre o Ministério Público e o advogado, prevalece a orientação daquele.

Artigo 21º

1- As demais pessoas colectivas [...] são representadas por quem a lei designar.

Parece, pois, legítimo concluir daqui que, por força do nº 1 do artigo 224º, o Ministério Público representa o Estado, mas não os demais entes públicos, designadamente as autarquias locais e os institutos públicos, os quais são representados pela pessoa que a lei designar⁶.

Nada indica que o legislador tenha pretendido inovar. De contrário, tê-lo-ia dito claramente. Como o não fez, temos que ater-nos ao sentido do direito pré-vigente⁷.

⁶ Em comentário aos artigos 20º, nº 2, e artigo 21º do Código de Processo Civil, escrevia Alberto dos Reis (*Código de Processo Civil Anotado*, 3ª ed., 1948, I, p. 58): «se os bens ou direitos pertencem à própria entidade dotada de personalidade jurídica, o § [actual nº 2] não tem aplicação; regula, então, o artigo 22º [actual artigo 21º], isto é, quem há-de estar em juízo é a entidade respectiva, e não o Estado». O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, no seu acórdão de 19 de Dezembro de 1969 (*Boletim do Ministério da Justiça*, nº 192, p. 222; e *Revista dos Tribunais*, ano 88º, p. 159), decidiu que, sendo a Junta Autónoma das Estradas «um instituto público ou serviço personalizado do Estado», é manifesta a sua personalidade judiciária, sendo, por isso, representado em juízo pelo respectivo presidente.

Anote-se, contudo, que o Decreto-Lei nº 264-C/81, de 3 de Setembro, dando nova redacção ao artigo 5º da Lei nº 39/78, de 5 de Julho, veio *permitir* que o Ministério Público represente as regiões autónomas e os municípios, em juízo.

⁷ Cf. Manuel de Andrade, *Sentido e Valor da Jurisprudência*, separata do vol. XLVIII, 1972, do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, p. 27.

2 — Breve nota de direito comparado sobre a representação do Estado em juízo.

O sistema de representação do Estado em juízo varia de país para país: nalguns, essa representação é cometida a advogados independentes (é o caso da França, da Alemanha Federal, da Holanda e da Indonésia); noutros (Áustria, Itália, Egipto, Espanha, Grécia, Noruega, Suíça e Turquia), a representação compete, em regra, a advogados-funcionários; noutros ainda (Inglaterra, Escócia, Índia, Irlanda, Chipre, Malta, Estados Unidos, Filipinas, Sri Lanka), existe um sistema misto de representação, cabendo a advogados independentes e a advogados-funcionários; noutros ainda, a defesa dos interesses do Estado é confiada a funcionários (é o caso dos países socialistas); noutros, finalmente, a representação do Estado acha-se a cargo do Ministério Público (é o caso da Colômbia, da Guatemala, de Portugal e da Venezuela).

Portugal pertence, pois, a um reduzido número de países em que a representação do Estado, em juízo, se acha a cargo do Ministério Público.

Mais ainda: os países de tradição romano-germânica, na sua maior parte, confiam essa representação a advogados-funcionários (à *Finanzprokurator*, na Áustria; à *Avvocatura dello Stato*, na Itália; ao *Cuerpo de Abogados del Estado*, em Espanha; ao *Service Juridique de l'Administration Fédérale des Finances*, na Suíça, etc.) ou, mesmo, a advogados independentes (França, Alemanha Federal e Holanda)⁸.

Uma primeira conclusão pode, assim, tirar-se. E é a seguinte: a representação do Estado pelo Ministério Público *não* constitui *regra*, sendo, antes, algo de excepcional.

3 — A função de representação do Estado em juízo.

A representação do Estado em juízo não se apresenta, pois, como uma função *natural, própria, específica* ou *típica* do Ministério Público.

Um autor italiano — Mattiolo — pondera que, nas causas cíveis, o Estado apresenta-se como uni particular (*utitur iure privatorum*), por isso que deva ser tratado de modo absolutamente igual ao adversário.

Ora — prossegue o mesmo autor —, a posição que o Ministério Público ocupa junto da magistratura judicial, a ingerência administrativa que exerce e a própria dignidade externa de que está revestido o exercício das suas funções são tudo factores que podem suscitar a dúvida de que fique alterada a situação de igualdade dos litigantes perante o juiz, o que, pelo menos, enfraquecerá a confiança pública na sinceridade imparcial dos julgamentos.

Além disso — prossegue ainda o mesmo autor —, o Ministério Público necessita de autoridade para «representar a razão desapaixonada da moralidade pública e do direito social no exercício de outras funções e, especialmente, no desenvolvimento da acção penal».

Ora — diz ainda —, essa autoridade pode sair enfraquecida, se ele se vir «reduzido a defender exigências impopulares do Fisco»⁹.

⁸ Sobre o tema, Rocco Ciommo, «Systèmes pour la defense et la consultation légale de l'Administration Publique», 1.^{ère} relation générale, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 259, pp. 37 e segs.

⁹ *Apud* Alberto dos Reis, *Organização Judicial*, 1905, pp. 221 e segs.

Alberto dos Reis¹⁰, sem deixar de admitir que tudo isso possa estar certo em tese geral, contrapõe, no entanto, que o Ministério Público pode bem «desdobrar-se em representante da soberania social do Estado e em defensor da sua capacidade patrimonial». E, por isso, «tendo o Estado no Ministério Público um representante natural¹¹, por que, então — pergunta —, «complicar mais o serviço público e onerar o orçamento das despesas públicas, nomeando para cada pleito um advogado ou instituindo procuradores oficiais?».

4 — *Um pouco da história do Ministério Público.*

Não é pacífica a origem da magistratura do Ministério Público. Na sua configuração actual, é o resultado de uma longa evolução histórica.

Certos autores pretendem encontrar essa origem na legislação ateniense, onde havia magistrados encarregados de perseguir os crimes públicos cometidos por certas pessoas.

Outros filiam-na nos *rationales* ou *procuratores Caesaris*, que surgem em Roma, no tempo de Augusto, e que eram uma espécie de enviados itinerantes do imperador para perceberem os impostos e administrarem os seus bens patrimoniais, nas províncias imperiais.

Outros, ainda, vêem o antecessor dos actuais magistrados do Ministério Público nos chamados *defensores civitatis*: cidadãos eleitos, tendo por missão prevenir os crimes, denunciar os culpados e fazê-los comparecer perante o tribunal.

Pretendem outros que esses antecessores se encontram, sim, nos *procônsoles* das províncias romanas, a quem certas leis cometeram a obrigação de descobrir e perseguir oficiosamente os criminosos.

Outros autores vão encontrar a origem do Ministério Público na Idade Média, decidindo-se uns pelos *saios* (oficiais incumbidos de fazer entrar na posse dos bens aqueles que deles tivessem sido privados injustamente; obrigar os devedores a reembolsar os seus fiadores; e executar os que se recusavam a pagar impostos) e optando outros pelos *advocati de parte publica* ou pelos *procuratori* feudais.

A maioria dos autores, porém, faz entroncar os actuais magistrados do Ministério Público nos procuradores do rei que, no século XIV, quando os tribunais se tornam sedentários e permanentes, aparecem em França, daí irradiando para os restantes países da Europa.

Estes procuradores, a princípio, eram simples representantes do rei, que ele nomeava *ad hoc*, para lhe tratarem dos seus interesses privados junto dos tribunais. Posteriormente, porém, o *procurador do rei* transforma-se em cargo público e, assim, em órgão de defesa dos interesses sociais. Dá-se, então, a diferenciação entre o *promotor dos feitos do rei* e o *promotor da justiça*¹².

O Ministério Público surge, pois, como resposta a uma necessidade determinada: a necessidade que, a dada altura, sentiu o corpo social de ter um

¹⁰ *Ob. e loc. cit.*

¹¹ «Representante natural», para o efeito de fazer valer junto dos tribunais a pretensão punitiva do Estado. Neste sentido, diz F. Siracusa (*Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, pp. 536 e segs.) que o Ministério Público é o «representante permanente do Estado para o exercício da acção penal». E Charles Laroche-Flavin afirma: «O Ministério Público é o cordão umbilical que liga o poder central à justiça penal.» (*La Machine Judiciaire*, Ed. du Seuil, 1968, p. 30.)

¹² Sobre o tema, cf. Alberto dos Reis, *Organização Judicial*, cit., que, aqui, seguimos muito de perto. E ainda: João Baptista da Silva Ferrão de Carvalho Marténs, «O Ministério Público e a Procuradoria-Geral da Fazenda e da Coroa, história, natureza e fins», in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 233, pp. 5 e segs.; F. Siracusa, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. e *loc. cit.*; e Charles Laroche-Flavin, *La Machine Judiciaire*, cit., p. 12.

representante seu junto dos tribunais.

5 — O Ministério Público em Portugal.

Entre nós, existem vestígios de advogados ou procuradores do rei, logo a partir de D. Afonso III. Mas, não constituem ainda uma verdadeira magistratura, nem assumem a defesa dos interesses sociais. É só no tempo de D. João I que surge o verdadeiro antepassado histórico do actual magistrado do Ministério Público, com o nome de *procurador de justiça*, tendo como função «advogar todos os feitos de justiça das viúvas, órfãos e miseráveis».

Estabelecido o regime liberal, foi organizada a magistratura do Ministério Público, pela Lei de 12 de Novembro de 1822, que, no entanto, não chegou a executar-se, por virtude da reacção absolutista que se seguiu. É, depois, o Decreto nº 24, de 16 de Maio de 1832, regulamentado pelo Decreto de 15 de Dezembro de 1835, que a organiza

¹³

A magistratura do Ministério Público tem, pela primeira vez, assento constitucional, em 1933. A Constituição enumera, no seu artigo 117º (redacção primitiva), os vários órgãos do Ministério Público, a quem fica cometida a representação do Estado junto dos tribunais.

A organização da respectiva magistratura passa, depois, a constar do Estatuto Judiciário, aprovado pelo Decreto-Lei nº 35 547, de 23 de Fevereiro de 1944: o seu órgão superior é a Procuradoria-Geral da República (artigo 101º) e o seu chefe o Procurador-Geral da República (artigo 106º), competindo-lhe, além do mais, «representar o Estado» (artigo 103º).

Após a Lei nº 2009, de 17 de Setembro de 1945, é o artigo 118º da Constituição que passa a referir-se ao Ministério Público, dizendo que «o Estado será representado junto dos tribunais pelo Ministério Público».

Entretanto, o Decreto-Lei nº 35 389, de 22 de Dezembro de 1945, veio precisar que «o Ministério Público constitui uma magistratura hierarquicamente organizada na dependência do Ministro da Justiça e sob a chefia directa do Procurador-Geral da República» (artigo 1º).

Posteriormente, foi aprovado um novo Estatuto Judiciário (Decreto-Lei nº 44 278, de 14 de Abril de 1962), que mantém a anterior orgânica do Ministério Público, continuando a Procuradoria-Geral a ser o seu órgão superior e o Procurador-Geral o seu chefe directo (artigos 170º, nº 1, e 174º). O Ministério Público continua, aí, a ter a incumbência de representar o Estado, e bem assim a de exercer a acção penal [artigo 184º, nº 1, alíneas *a*) e *b*)].

Na actual Constituição, o artigo 224º, nº 1, preceitua — como já atrás vimos — que «ao Ministério Público compete representar o Estado, exercer a acção penal [...]». E o artigo 226º, nº 1, estabelece que o órgão superior do Ministério Público é a Procuradoria-Geral da República.

A Lei nº 39/78, de 5 de Julho (Lei Orgânica do Ministério Público), no seu artigo 1º, define o Ministério Público como sendo «o órgão do Estado encarregado de [...] representar o Estado, exercer a acção penal [...]» [vide também o artigo 3º, nº 1, alíneas *a*) e *f*), da citada Lei].

É o Ministério Público um órgão autónomo, relativamente aos demais órgãos do poder central, regional e local, sendo essa autonomia caracterizada «pela sua vinculação a critérios de legalidade estrita e de objectividade e pela exclusiva sujeição

¹³ Cf. Alberto dos Reis, *Organização Judicial*, cit.; e Rodrigues Bastos, *Notas ao Código de Processo Civil*, I, p. 90.

dos magistrados e agentes do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei» (artigo 2º, nº 2). Além de que constitui uma magistratura paralela à magistratura judicial, sendo dela independente (artigo 70º, nº 1). Os seus magistrados são responsáveis e hierarquicamente subordinados (artigo 71º, nº 1) e gozam de estabilidade (artigos 72º e 73º).

As directivas, ordens e instruções podem ser emitidas pela Procuradoria-Geral da República [alínea c) do artigo 8º], pelo Procurador-Geral [alínea b) do nº 2 do artigo 10º], pelos Adjuntos deste nos distritos judiciais [alínea e) do nº 3 do artigo 60º] e pelos Procuradores [alínea c) do nº 3 do artigo 61º].

O Ministro da Justiça pode dar instruções ao Procurador-Geral, devendo ser «de ordem genérica no âmbito das atribuições do Ministério Público». Mas, tratando-se de acção cível em que o Estado seja interessado, essas instruções podem ser de ordem específica [alínea a) do nº 2 do artigo 75º]. E mais: se, nessas acções, o Estado for parte, o Ministério Público só pode transigir, confessar ou desistir, mediante autorização do Ministro da Justiça [alínea b) do nº 2 do artigo 75º].

Deste apontamento, convém reter o seguinte:

O Ministério Público não recebe «instruções de ordem específica», quanto ao exercício da acção penal;

Já, porém, as pode receber, relativamente à sua intervenção numa acção cível, em que o Estado seja interessado;

E necessita de autorização do Ministro da Justiça para confessar, transigir ou desistir nas acções cíveis, em que o Estado seja parte.

6 — *A função própria (típica) do Ministério Público.*

Na Grécia e em Roma, a acusação-crime estava a cargo de qualquer pessoa do povo.

Com as invasões bárbaras, o crime passou a ser considerado unicamente como uma ofensa particular, que só ao indivíduo competia vingar. E, então, o sistema da *acção popular* vê-se substituído pelo da *acção particular*.

Mais tarde, o crime volta a ser visto como uma ofensa feita à sociedade. A sua perseguição passa, então, de novo, a ser considerada uma missão social, que a todos pertence.

Só que, o exercício da *acção popular* sem limites acaba por conduzir a abusos e por converter-se em acto de pura vingança.

Por isso é que, em época posterior, «o princípio da *acção particular* cedeu à *acção pública* para os crimes mais graves; mas a forma foi ainda aquela [a da *acção popular*], e não aparece aí magistratura especial que dela fosse encarregada».

«Adoptado o princípio das leis gerais, era mister [...] prestar apoio pela sociedade aos que pediam justiça, fazer em nome dela acusar o crime, defender o interesse geral contra as invasões do interesse particular, e criar para esse fim um representante ao corpo inteiro da sociedade¹⁴.»

¹⁴ J. B. Silva Ferrão C. Marténs, *loc. cit.*, que, de resto, seguimos de perto nesta exposição.

Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1981, I, p. 119, informa que em Portugal vigorou, desde as Ordenações, um sistema misto, que combinava a *perseguição oficiosa* de certos crimes, com larga aceitação da *acção popular*, exercida por quem não fosse inimigo do ofendido, com a *acusação privada*, que podia ter lugar tanto nos crimes públicos, como nos particulares; sendo que, com a Carta Constitucional, a *acção popular* se viu limitada aos crimes de suborno, peita, peculato e concussão.

Vide também sobre o tema: Eduardo Correia, *Processo Criminal*, 1956, pp. 48 e segs.

Este «representante do corpo inteiro da sociedade» para, «em nome dela, fazer acusar o crime» é a magistratura do Ministério Público.

Sem a magistratura do Ministério Público, «ficaria insatisfeita a necessidade social da perseguição dos crimes e da punição dos delinquentes, visto que nem a magistratura judicial nem a acusação particular desempenhariam cabalmente tais funções: a primeira, porque a confusão do papel de acusador com o de julgador abalaria a confiança pública na rectidão dos julgamentos; a segunda, porque não oferece garantias suficientes de zelo, diligência, capacidade, força e civismo. A acusação particular ficaria inactiva na maior parte dos casos, por impotência, medo ou indiferença; noutros casos, poderia tornar-se num instrumento de especulação ou de opressão nas mãos de homens desonestos»¹⁵.

Chegados aqui, deve pôr-se em destaque o seguinte:

A função essencial do Ministério Público, a sua função *própria* e mais importante, a sua função *típica, natural*, é a da repressão dos crimes, que ele actua quando exerce a acção penal.

O Ministério Público, quando promove a acção penal, não é um representante do Executivo.

Em tal caso, o Ministério Público representa toda a comunidade¹⁶.

7 — O Ministério Público e o procedimento criminal.

Esta independência ou autonomia do Ministério Público frente ao Executivo, quando no exercício da função que lhe é própria, não é mais do que uma decorrência do facto de a acção penal ser, na expressão de Siracusa, «um atributo da soberania»¹⁷.

Por isso também é que o Ministério Público não tem nenhum poder de disposição sobre o conteúdo material da acção penal (*princípio da indisponibilidade do objecto processual*).

Entre nós, de facto, como de resto noutras legislações, vigora, na matéria, o *princípio da legalidade*, e não o *princípio da oportunidade*¹⁸.

O princípio da legalidade — a que também poderá chamar-se princípio da obrigatoriedade do exercício da acção penal *pelo Ministério Público* — é garantia e fundamento da própria independência do Ministério Público. E garantia, também, da *igualdade* dos cidadãos perante a lei penal¹⁹.

¹⁵ Alberto dos Reis, *Organização Judicial*, cit., p. 238.

¹⁶ Neste sentido: F. Siracusa, *Novissimo Digesto Italiano*, cit.; Alberto dos Reis, *Organização Judicial*, cit., p. 251; Sergio Bartiole, «Prospettive nuove in tema di Pubblico Ministero?», in *Giurisprudenza Costituzionale*, ano XXIV, 1979, pp. 871 a 882; Hector Fix-Zamudio, «La función constitucional del organismo judicial en México y en España», in *Revista de Estudios Políticos*, nº 11, Setembro e Outubro, 1979, pp. 37 a 62. Esta função de representação é uma *representação orgânica*, que não uma *representação stricto sensu*: o Ministério Público é, de facto, um *órgão do Estado*, pertencente à categoria dos chamados «órgãos especiais de administração geral» (Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 408). *Órgão do Estado* é, na expressão de Marcello Caetano (*Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., p. 160, o cargo, colégio ou assembleia, a que, «segundo a ordem constitucional, pertence o poder de manifestar uma vontade imputável ao Estado» (vide também *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 154). Sobre a distinção entre *órgão* e *simple representante*, para o direito civil, vide Manuel de Andrade (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, 1964, I, p. 118).

¹⁷ Siracusa, *ob. e loc. cit.*

¹⁸ Sobre o tema, Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pp. 121, 125 e segs.

¹⁹ Neste sentido, Sergio Bartiole, *ob. e loc. cit.*, e, ainda, sentença nº 84 da Corte Costituzionale, de 26 de Julho de 1979 (*Giurisprudenza Costituzionale*, ano XXIV, 1979, pp. 637 a

De facto, de um lado, a independência do Ministério Público sairia diminuída, se a sua actividade estivesse dependente de juízos de oportunidade do Executivo. E, de outro lado, tanto nesse caso como naquele em que fosse lícito ao próprio Ministério Público deixar de perseguir os crimes públicos de que tivesse conhecimento, seriam os cidadãos quem se veria exposto ao risco de tratamentos diferentes e injustificadamente discriminatórios.

A *autonomia* do Ministério Público é, também, de algum modo, *garantia* da própria *independência dos juízes*: estes, de facto, são instâncias passivas (*ne procedat iudex ex officio*). E, por isso, se, no tocante ao exercício da acção penal, o Ministério Público dependesse do Executivo, a sua eventual inacção quanto a certo tipo de crimes (ou a certos delinquentes) iria paralisar a acção dos tribunais, quando estava em causa, precisamente, a violação de bens essenciais da comunidade.

O *princípio da obrigatoriedade do exercício da acção penal* deve, pois, operar em termos relativamente semelhantes àqueles em que vale o *princípio da sujeição do juiz à lei*²⁰.

8 — O princípio da obrigatoriedade do exercício da acção penal.

O princípio da obrigatoriedade do exercício da acção penal não significa — nem importa, necessariamente — a atribuição de um *exclusivo* ao Ministério Público.

A Constituição permite que se imponha ao Ministério Público o dever de promover a acção penal, sempre que chegue ao seu conhecimento a prática de um crime público, e que *simultaneamente*, em relação a certas infracções, se atribua a outras entidades — e, até, mesmo a particulares — idêntica faculdade.

Esta Comissão já decidiu isso mesmo, pelo seu Acórdão n.º 380, de 31 de Março de 1981, havendo-se, então, afirmado, designadamente, que o Ministério Público, mesmo nos casos em que é ilegítima a intervenção de assistentes, não detém o monopólio da acção penal; e que, assim, o artigo 244.º, n.º 1, da Constituição pretendeu tão-só enunciar ou discriminar funções, por isso que, no tocante ao exercício da acção penal, se deva ver, nele, apenas a consagração do *princípio da legalidade*, por oposição ao *princípio da oportunidade*²¹.

Note-se, porém, que o legislador, conquanto possa cometer o exercício da acção penal, relativamente a certas infracções, a entidades diversas do Ministério Público, está, no entanto, impedido de lhes atribuir o *exclusivo* desse mesmo exercício.

O exercício da acção penal por entidades diversas do Ministério Público há-de, pois — e sempre — *ser só concorrente* ou *subsidiário* do poder-dever de tal magistratura. *Não poderá nunca tratar-se* de uma *acção penal de substituição*.

É que, impedindo-se o Ministério Público de promover a perseguição de certos crimes públicos²², poderia bem suceder que, nesse domínio, a igualdade dos

640).

²⁰ Diz Alberto dos Reis (*Organização Judiciária*, cit., p. 243) que a acção penal «é judiciária na sua índole e essência íntima», embora sendo «executiva na sua configuração externa».

Sobre a natureza das funções do Ministério Público, neste domínio, vide Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pp. 362 a 368.

²¹ Vide *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 306, pp. 159 e segs.

Vide também o acórdão desta Comissão n.º 433, de 12 de Janeiro de 1982 (ainda inédito).

²² As chamadas *condições de procedibilidade* não suscitarão dúvidas de constitucionalidade, pois, embora condicionem o exercício da acção penal pelo Ministério Público, parecem perfeitamente compatíveis com o princípio da obrigatoriedade, dado que encontram o seu fundamento no próprio interesse público: a promoção da acção penal, em certos casos (pense-se nos crimes contra a honestidade),

cidadãos perante a lei penal ficasse ameaçada. Bastaria, para tanto, que o procedimento criminal passasse a ser promovido (ou a deixar de sê-lo) por razões de oportunidade²³.

No entanto, na sentença nº 84, de 26 de Julho de 1979 (*Giurisprudenza Costituzionale*, ano XXIV, pp. 637 e segs.), a Corte Costituzionale disse claramente, que «a Constituição não exclui que possa ser conferida a outros sujeitos a titularidade da acção penal». Decidiu-se, porém, a inconstitucionalizar uni daqueles preceitos, tendo, na oportunidade, afirmado que o referido artigo 112º «proíbe que seja subtraída ao Ministério Público essa mesma titularidade em relação a certos crimes» e que, assim, «conflituam com o [dito] artigo 112º [...] todas as disposições normativas que atribuam a órgãos diferentes do Ministério Público a *exclusiva titularidade* da acção penal».

Vide também Sergio Bartiole, «Prospective nuove [. . .]», *ob. cit.*, e C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9ª ed., 1976, p. 1318, nº 1.

Pode, assim, dizer-se que, de algum modo, a *acção penal se acha reservada ao Ministério Público*.

Não se trata, porém, de uma reserva verdadeira e plena, de uma *reserva absoluta*, no sentido de que nenhum outro órgão possa exercer a acção penal, uma vez que, diferentemente do que acontece com os tribunais²⁴ — e como acaba de se dizer —, é, aqui, admissível a *concorrência* de outros órgãos.

De qualquer modo, sempre se poderá falar, aqui, de uma *reserva constitucional de competência*.

9 — *O sentido da representação do Estado pelo Ministério Público.*

Saindo do domínio da actividade própria (típica) do Ministério Público — o da perseguição dos crimes — e penetrando naqueloutro, em que só razões de pragmatismo justificam a sua intervenção — o da representação do Estado em juízo —, encontrar-nos-emos num terreno em que, então, já se *não descobre* qualquer *fundamento material* para uma *reserva de competência*.

Bem ao invés: o que a *autonomia do Ministério Público* poderia reclamar seria que se lhe não cometessem essas funções de representação.

De facto, quando representa o Estado, em juízo, para defender os seus interesses, em acções cíveis, tem o Ministério Público que obedecer a instruções específicas do Governo.

Ora, muito embora o dever de obediência só se imponha perante ordens

era susceptível de causar maior dano do que a impunidade do delincente.

Sobre o tema dos pressupostos processuais, vide Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pp. 120 a 123.

²³ É no sentido que se deixa apontado que, presentemente, é entendido, em Itália, o artigo 112º da respectiva Constituição, que afirma a obrigatoriedade da acção penal pelo Ministério Público. A Corte Costituzionale começou por considerar conformes à Constituição certos preceitos legais, que atribuíam a determinadas entidades o direito de exercer a acção penal por certas infracções, «logo que o julg(assem) necessário e oportuno». E assim julgava, por considerar que, mesmo nesses casos, o Ministério Público não via a sua actividade limitada, obstaculizada ou condicionada, uma vez que permanecia livre de promover a acção penal, quando viesse ao seu conhecimento a respectiva infracção, competindo, assim, às outras entidades, uni poder de «denúncia», digamos assim (sentença nº 154, de 5-13 de Dezembro de 1963, in *Giurisprudenza Costituzionale*, ano VIII, 1963, pp. 1541 e segs.).

²⁴ Disse-se, no acórdão nº 41 desta Comissão, de 9 de Novembro de 1977 (*Apêndice ao Diário da República*, de 30 de Dezembro de 1977, pp. 82 a 89), que os tribunais se definem pela função jurisdicional, e esta pelos tribunais, nenhum outro órgão a podendo desempenhar (vide, no entanto, o voto do Prof. Figueiredo Dias, no Acórdão nº 155, de 29 de Maio de 1979, in *Apêndice ao Diário da República* de 31 de Dezembro de 1979, pp. 55 a 57, onde se admite que o artigo 205º da Constituição não contenha uma «reserva aos juízes e aos tribunais» da função jurisdicional).

legais, ainda assim, o Ministério Público poderá ver-se «reduzido a defender exigências impopulares» do Estado.

É, talvez, por isso que, no IV Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado no Brasil, em Maio de 1972, e no qual Portugal participou, se aprovou a seguinte conclusão:

[...] com o mesmo fim [o de assegurar a independência do Ministério Público] convém, em princípio, separar a função de defesa judicial do Estado das funções próprias do Ministério Público²⁵.

O *princípio da igualdade*, por sua vez, exige que o Estado, quando em juízo, na defesa de interesses de direito privado, aí se encontre em pé de perfeita igualdade com os particulares.

Ora, este *princípio da igualdade das partes*, no processo, já sai, de algum modo, ferido com o simples facto de o Estado ser detentor de um poderio de que o comum dos cidadãos não pode dispor.

A desigualdade agrava-se, quando a representação é cometida a uma magistratura paralela à judicial, e dela independente, a quem se cometem outras funções revestidas de dignidade externa: o exercício da acção penal e a defesa da legalidade.

Essa desigualdade pode ainda aumentar, quando esse representante do Estado beneficia de um estatuto privilegiado: isenção de custas [artigo 3º, nº 1, alíneas a) e c) do Código das Custas Judiciais]; prorrogação de prazos para contestar, replicar ou responder (artigos 486º, nº 3, e 505º, nº 2, do Código de Processo Civil).

Com dizer isto, não pretendemos significar, evidentemente, a ilegitimidade ou, sequer, a inconveniência do sistema de representação judicial do Estado pelo Ministério Público. Nem esse poderia ser o nosso intento: desde logo, porque é o próprio texto constitucional que, como sabemos, lhe comete essas funções, no artigo 224º, nº 1. Depois, porque só uma violação intolerável do direito das partes a receberem igual tratamento, no processo, poderia, aqui, relevar, e, para o tão-só efeito de inconstitucionalizar a norma ou normas, que, desse modo, privilegiassem o Ministério Público.

Aqui, porém, as coisas não se passam desse modo.

Aliás, bastará que o Ministério Público, na sua actuação, cumpra sempre o seu dever de obediência a critérios de legalidade e de objectividade, bem como às directivas a que, legalmente, está sujeito²⁶.

Aquilo que, por conseguinte, aqui pretendemos pôr em destaque é o seguinte:

Se o princípio da igualdade aponta nalgum sentido, esse não será, seguramente, o da representação do Estado pelo Ministério Público. E, muito menos, em termos de monopólio ou exclusividade.

²⁵ Vide *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 217, p. 499. Na mesma linha de pensamento escreve Hector Fix-Zamudio (*ob. e loc. cit.*, p. 46):

[...] novamente se propõe a separação das funções do Ministério Público das de assessoria e de representação processual conferidas ao Procurador-Geral da República.

E mais adiante:

[...] um sector importante da doutrina insistiu na necessidade da diferenciação das mesmas em dois órgãos diferentes e em particular postulou a independência do Ministério Público do Poder Executivo.

²⁶ Enunciando uma ideia semelhante, a Corte Costituzionale, (sentença nº 105, de 26 de Junho-12 de Julho de 1967, in *Giurisprudenza Costituzionale*, ano XII, 1967, pp. 1167 e segs.) afirmou que o *princípio da igualdade* é violado «toda a vez que uma norma reconheça a um órgão do Estado um poder discricionário, que não possa eliminar-se, em abstracto, senão eliminando toda a possibilidade de discricionariedade».

O artigo 224º, nº 1, da Constituição, ao cometer ao Ministério Público a função de representar o Estado em juízo, pretende significar, *tão-só*, que, «junto dos órgãos passivos e independentes, que formam a Justiça, têm de estar presentes órgãos activos dos interesses a cargo da Administração»²⁷.

O Ministério Público é, assim, neste domínio, «um corpo de *advogados do Estado*»²⁸.

Quando representa, por exemplo, um menor, ao abrigo da faculdade que lhe é conferida pelo artigo 5º da Lei nº 39/78, de 5 de Julho, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei nº 264-C/82, de 3 de Setembro, a posição do Ministério Público terá de ser vista como a de um *simples representante*.

De facto, não se trata, aí, de defender um qualquer interesse, de que o Estado seja titular, sim, e *tão-só*, o interesse do menor representado.

Ora, é aos pais que compete a representação dos filhos (artigo 36º, nºs 3 e 5, da Constituição; artigo 1878º, nº 1, do Código Civil). O papel do Estado é apenas subsidiário e supletivo (artigos 36º, nº 6, e 67º, alínea *c*), da Constituição; artigos 1877º, 1905º, nº 2, 1913º, 1915º, 1918º e 1889º, todos do Código Civil). Não faria, por isso, sentido que o Ministério Público pudesse sobrepor a sua vontade à dos pais do menor, nomeadamente — e a título de exemplo — propondo ou prosseguindo uma acção de investigação de paternidade contra a vontade da mãe do investigante (não se trata, aqui, evidentemente, das acções officiosas — artigo 1805º, nº 1, do Código Civil —, em que o Ministério Público actua como órgão do Estado, prosseguindo, primariamente, um interesse deste e, só secundária e acessoriamente, o interesse do menor).

O que, aqui, pois, está em causa é, *tão-somente*, a previsão de um representante permanente do Estado. De alguém que, sempre que necessário, assegure a defesa dos seus direitos, em juízo.

Essa representação não foi, contudo, pensada em termos de monopólio.

Neste domínio, se, por falta de conceitos capazes de exprimir com exactidão a realidade, se quiser lançar mão da ideia de uma reserva de competência, o máximo que, então, esta expressão significará é o seguinte: o legislador não pode privar, totalmente, o Ministério Público das funções de representação do Estado, em juízo, cometendo-as, por inteiro, a outras entidades.

A representação do Estado pelo Ministério Público terá que constituir sempre a regra.

O que, decerto, se não imporá já é que a representação do Estado por outras entidades tenha que ser, sempre, uma representação concorrencial ou subsidiária da do Ministério Público.

Aqui, não concorrem razões idênticas às que aconselham essa solução no domínio da acção penal.

Pode, por isso, muito bem aceitar-se que, em certos domínios, essa função de representação do Estado seja atribuída, *em exclusivo*, a entidades diferentes do

²⁷ Cf. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., p. 615.

²⁸ É duvidoso que, aqui, o Ministério Público actue como *órgão do Estado*, embora do *Estado-governo*, pois, como se disse, pode dele receber instruções de ordem específica nesta matéria (*supra*, III, 5).

Será, assim, uma *representação de substituição*.

Questão é que existam razões que, seriamente, aconselhem uma tal solução.

Razões que podem arrancar do propósito de se conseguir uma maior eficácia na defesa dos interesses do Estado.

10 — *A norma em apreciação — a do artigo único do Decreto-Lei n.º 608/76, de 24 de Julho.*

O legislador editou esta norma para que — lê-se no Relatório — o Estado beneficie dos serviços de contencioso das instituições de crédito, que se acham devidamente apetrechadas para o efeito.

O que significa que o legislador terá aberto o caminho à representação do Estado por entidade diferente do Ministério Público, em busca de uma maior eficácia³¹,
^{32 e 33}.

Boa ou má a solução adoptada, capaz ou não de atingir o objectivo pretendido, é coisa que escapa à censura desta Comissão.

Em sede de fiscalização de constitucionalidade, não cabem juízos sobre a necessidade ou desnecessidade das normas editadas, nem tão-pouco sobre a correcção ou a oportunidade dos objectivos tidos em vista pelo legislador. Designadamente, não tem que decidir-se se a regulamentação adoptada é a que melhor serve o fim visado nem, sequer, se é ou não a mais razoável.

²⁹ O Tribunal da Relação de Évora, no seu acórdão de 27 de Junho de 1978 (*Colectânea de Jurisprudência*, ano III, p. 1394), decidiu que «a representação do Estado em juízo nem sempre se faz nos termos estreitos do artigo 20.º, n.º 1, do Código de Processo Civil. O legislador tem a possibilidade de constituir desvios a esta regra, como ocorreu no Decreto-Lei n.º 608/76, de 24 de Julho».

³⁰ Afirma o peticionante — embora sem justificar — que «não parece lícito extrapolar para a representação do Estado em juízo a ideia de que tal função pode ser cometida ao Ministério Público concorrencialmente com outros órgãos ou serviços» — ideia que, contudo, aceita possa valer para o exercício da acção penal e para a defesa da legalidade democrática.

A verdade, porém, é que, como resulta do que se tem vindo a dizer, o que, aqui, não existem são, precisamente, as razões que, no domínio da acção penal, reclamam uma reserva de competência.

³¹ Dissemos «*aberto caminho* [...]» pois o preceito em análise não fechou a porta à representação do Estado pelo Ministério Público. Limitou-se, tão-somente a *abrir a possibilidade* de essa representação ser assegurada por outras entidades.

³² Não fique por dizer que estamos de acordo com o peticionante, quando ele afirma que é irrelevante a diferença de redacção existente entre o artigo 224.º, n.º 1, da Constituição de 1976 e o artigo 118.º da Constituição de 1933. Também nós pensamos que, para o efeito agora em causa, o sentido dos dois preceitos é o mesmo. Só que pensamos, igualmente, que o significado é o que vem apontado no texto.

³³ Também não será despidendo registar que, no domínio do Estatuto Judiciário de 1962, o Estado, nas acções em que fosse autor ou réu, podia ser representado por um advogado, que coadjuvasse ou substituísse o magistrado do Ministério Público competente. A sua designação competia, no entanto, ao Procurador-Geral da República (artigo 184.º, n.º 3, do citado Estatuto Judiciário).

Solução diversa desta é a constante do artigo 66.º da Lei n.º 39/78, de 5 de Julho.

V — Conclusão

É, pois, tempo de concluir.

E vamos fazê-lo, dizendo que, por tudo quanto se disse, a norma que se contém no artigo único do Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho, não padece de qualquer vício de inconstitucionalidade. Designadamente, não ofende o disposto no artigo 224º, nº 1, da Constituição, na parte em que este preceitua que «ao Ministério Público compete representar o Estado».

De harmonia com o exposto, esta Comissão é de parecer que o Conselho da Revolução *não* deve declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que se contém naquele artigo único do Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho, a qual permite que, para efeitos do disposto no artigo 644º do Código Civil, o Estado seja representado, na defesa dos seus interesses, a pedido da Direcção-Geral da Fazenda Pública, pelas instituições de crédito, que tenham concedido créditos a empresas, com aval prestado pelo IAPMEI.

Lisboa e Comissão Constitucional, 9 de Março de 1982. — *Messias Bento* — *Raul Mateus* — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Rui de Alarcão* — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* — *Armando Ribeiro Mendes* — *Hernâni de Lencastre* (vencido, conforme a declaração que apresento neste acto) — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O parecer agora votado favoravelmente sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho, que atribui a representação do Estado a outra entidade que não o Ministério Público, não obteve a nossa adesão porque, em nosso entender, esse diploma viola o disposto pelo artigo 224º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa.

E naturalmente que daí decorre que o mesmo diploma se encontra, para nós, ferido de uma inconstitucionalidade material.

Com a votação alcançada, abre-se um precedente, pensamos, que pode inclusivamente levar ao esvaziamento daquele preceito constitucional.

Não é com a ressalva de nele se encerrar uma regra e de o diploma em referência se salvar como excepção a essa regra que a inconstitucionalidade que apontamos fica afastada.

Convém notar, antes de mais, que neste caso se confrontam diplomas de diferente valor na hierarquia das leis: a Constituição, por um lado, e um decreto-lei, por outro.

A partir daí, arrumar este último no campo das excepções nada adianta, pois que os limites para estas passarão a ser apenas os que o legislador ordinário, em cada momento, houver por mais oportuno fixar-lhes.

Se o mesmo legislador optar pela oportunidade de outras excepções, a porta aberta para uma tem de concluir-se que não fica fechada para as restantes; derrubada que fica a barreira constitucional que seria a daquele artigo 224º, nº 1, da Constituição, há que admitir, com efeito, que o caminho fica daí por diante sem obstáculos. Mas que sentido terá então esse preceito constitucional se ele só é chamado a intervir quando uma lei ordinária não diga outra coisa?

Visto deste ângulo, e não parece que possa ser visto de outro, o precedente agora criado conduzirá a conferir à lei constitucional, face à lei ordinária, o valor de uma simples norma supletiva.

Só como tal, forçoso será reconhecer, é possível dizer que o preceito fica ainda com algum significado, o que não deixa de enfraquecer-lhe a dignidade constitucional.

E, assim sendo, não estaremos perante uma autêntica inversão de valores, dada a posição relativa que, no nosso ordenamento jurídico, os diplomas legais em confronto ocupam?

A Constituição, escusado é dizê-lo, encontra-se no vértice da pirâmide: é ela a Lei Fundamental.

A existirem exceções aos seus preceitos, parece que só pela mesma via constitucional se torna legítimo acolhê-las, hipótese que não se verifica: o artigo 224º, nº 1, da Constituição unicamente menciona o Ministério Público para a representação do Estado.

Não se alude aí, ou em qualquer outra disposição da mesma Lei Fundamental, a outra modalidade de representação.

E temos com isso, para nós, que a representação do Estado pelo Ministério Público é a única modalidade constitucionalmente possível.

Não vemos realmente que possa ser outra, enquanto aquele citado preceito vigorar na sua plenitude.

E eis tudo; esta a razão por que votámos vencido. — *Hernâni de Lencastre*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 57/82

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Procurador-Geral da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu não declarar a inconstitucionalidade da norma constante do artigo único do Decreto-Lei n.º 608/76, de 24 de Julho, a qual permite que, para efeitos do disposto no artigo 644.º do Código Civil, o Estado seja representado, na defesa dos seus interesses, a pedido da Direcção-Geral da Fazenda Pública, pelas instituições de crédito que tenham concedido créditos a empresas com aval prestado pelo IAPMEI.

Aprovada em Conselho da Revolução em 18 de Março de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, 1.ª série, n.º 79, de 5 de Abril de 1982.)

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS
SECRETARIA DE ESTADO DOS INVESTIMENTOS PÚBLICOS
Gabinete do Secretário de Estado

DECRETO-LEI Nº 608/76, DE 24 DE JULHO

Considerando que o Estado, por intermédio do IAPMEI, tem vindo a conceder avales para financiamentos a pequenas e médias empresas na qualidade de principal pagador;

Considerando que o Estado tem de assumir as responsabilidades contraídas, junto das instituições de crédito, nos casos de incumprimento;

Considerando que importa defender os interesses do Estado enquanto defesa dos interesses colectivos, exercendo o seu direito de regresso;

Considerando finalmente que o Estado poderá beneficiar os serviços de contencioso das instituições de crédito, devidamente apetrechados para o efeito;

Depois de consultados o Banco de Portugal e as principais instituições de crédito;

Usando da faculdade conferida pelo artigo 3º, nº 1, alínea 3), da Lei Constitucional nº 6/75, de 26 de Março, o Governo decreta e eu promulgo, para valer como lei, o seguinte:

Artigo único. Para efeitos do artigo 644º do Código Civil, pode o Estado ser representado na defesa dos seus interesses, a pedido da Direcção-Geral da Fazenda Pública, pelas instituições de crédito que tenham concedido créditos a empresas, com aval prestado por intermédio do IAPMEI.

Publique-se.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros. — *Vasco Fernando Leote de Almeida Costa* — *Francisco Salgado Zenha*.

Promulgado em 9 de Julho de 1976.

O Presidente da República, FRANCISCO DA COSTA GOMES.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

PARECER N.º 9/82

Assistência judiciária em processo penal — Depósito de multas como condição de admissibilidade de recurso — Direito de acesso aos tribunais.

O Provedor de Justiça, ao abrigo do disposto no artigo 281.º, n.º 1, da Constituição, solicitou ao Conselho da Revolução a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade dos artigos 189.º, n.º 1, e 192.º, n.º 2, do Código das Custas Judiciais.

Para o efeito, e por sua vez, solicita agora aquele Conselho o competente parecer da Comissão Constitucional.

Entretanto, ouvido sobre a questão o Primeiro-Ministro, nos termos do artigo 28.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de Junho, nada veio ele a aduzir.

1. O n.º 1 do artigo 189.º do Código das Custas Judiciais (Decreto-Lei n.º 44 329, de 8 de Maio de 1962) reza assim:

Nos recursos interpostos de acórdão da Relação e do plenário do tribunal criminal que tenham condenado em imposto, o pagamento do devido pela interposição será acompanhado do depósito, à ordem do juiz de 1.ª instância, dos impostos, custas e multas em dívida pelo recorrente, aos quais será dado destino conforme a resolução do tribunal superior.

Por seu turno, no n.º 2 do artigo 192.º do mesmo diploma dispõe-se:

O recurso não terá seguimento se o imposto devido pela sua interposição não for acompanhado do depósito das quantias que o recorrente deva nesse momento garantir.

Estes preceitos inserem-se na «Parte criminal» do Código das Custas, e da sua conjugação resulta que os recursos *penais* que sejam interpostos da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça³⁴ não terão seguimento — não chegando, por isso, a subir a este tribunal — se o recorrente não depositar na íntegra a importância dos impostos, custas e multas de que seja devedor, isto é, a importância do imposto de justiça e das multas em que tenha sido condenado pelas instâncias e das custas pelas quais seja responsável, em virtude da condenação em imposto (cf. artigos 171.º e 176.º do Código). Para o recurso poder ser recebido não basta, pois, o pagamento do imposto de justiça devido pela sua mesma interposição [cf. artigo 190.º, alínea *b*), do Código]: é ainda necessário garantir o pagamento daquelas outras verbas, e garanti-lo, nem mais nem menos, do que através do depósito do quantitativo global respectivo.

Trata-se de um regime especial, já que apenas se aplica aos recursos indicados e não vale também para os recursos interpostos da 1.ª instância para a Relação: o seguimento destes últimos apenas está condicionado, por conseguinte, ao pagamento

³⁴ No que toca a recursos de acórdãos do plenário do tribunal criminal o preceito deixou de ter aplicação, pois que estes tribunais, como se sabe, foram entretanto extintos.

do imposto de justiça do citado artigo 190º, alínea *b*) (e, depois, do imposto do artigo 187º, nº 1). De qualquer modo, trata-se de um regime cujo funcionamento tem naturalmente lugar quer o recorrente (e, portanto, o obrigado ao depósito) seja o réu quer seja o assistente constituído (cf., quanto a este, artigos 175º e 176º citados).

2. É este regime que o Provedor de Justiça considera inconstitucional, e pretende ver declarado como tal. Em seu entender, dele emerge uma impossibilidade de recurso que infringe o artigo 20º, nº 1, da Constituição, segundo o qual «a todos é assegurado o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos».

E isto porque — explica — «em processo-crime as custas não abrangem os impostos a que se refere o citado artigo 189º, nº 1, nem o imposto de justiça, conforme se depreende do artigo 194º do Código das Custas Judiciais», e por consequência «não são esses impostos cobertos pela 'assistência judiciária', dado que esta compreende apenas a dispensa do pagamento de custas». Assim, não podendo os beneficiários dessa assistência, em processo-crime, obter também, ao abrigo dela, a dispensa do pagamento prévio dos aludidos impostos, o condicionalismo legal em apreço «determina, no caso de arguidos cuja situação económica os impede de proceder ao pagamento dos impostos previstos no mencionado artigo 189º, nº 1, do Código das Custas, a impossibilidade de esses mesmos arguidos recorrerem das decisões judiciais».

Por último, acrescenta o Provedor que «as normas em questão se aproximam muito, nos seus efeitos, do artigo 262º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, já declarado inconstitucional (Resolução nº 32/78, in *Diário da República*, 1ª série, de 15 de Março de 1978)».

3. Como se vê, tudo está basicamente no âmbito da assistência judiciária susceptível de ser concedida ao arguido em processo criminal. No nº 1 da base 1 da Lei nº 7/70, de 9 de Junho, relativa à dita assistência, diz-se que ela «compreende a dispensa, total ou parcial, de preparos e do prévio pagamento de custas, e bem assim o patrocínio oficioso»: ora, entende o Provedor de Justiça que, tratando-se de processo-crime, nessa referência a «custas» não vai incluído o imposto de justiça nem, mais genericamente, os «impostos» a que alude o citado artigo 189º, nº 1.

Tal entendimento apoia-se na circunstância de o Código das Custas Judiciais, na «Parte criminal», utilizar aparentemente a expressão ou o conceito de «custas» apenas num sentido estrito — o que decorre da enumeração do artigo 194º desse diploma —, sentido esse em que portanto não cabe o «imposto de justiça» ou outros «impostos». E isto — poderia acrescentar-se — diferentemente do que se passa na «Parte cível» do mesmo Código, já que aí, segundo os precisos termos do artigo 1º, nº 2, «as custas compreendem o imposto de justiça, os selos e os encargos». Teríamos assim que para efeitos de processo penal «custas» seriam apenas o correspondente em processo cível aos «encargos», e que como tal se deviam entender as coisas onde quer que uma referência legal às «custas», mesmo fora do respectivo Código (por ex., na Lei de Assistência Judiciária), respeite, ou respeite também, àquele processo: eis a que se reconduz, no fundo, a argumentação do Provedor de Justiça.

Simplesmente, não é possível, de todo em todo, acompanhar esta argumentação.

É que, mesmo admitindo-se que o Código das Custas, na referida «Parte criminal», utiliza sempre a expressão «custas» no sentido estrito acima apontado³⁵, daí nada se pode extrapolar automaticamente quanto ao significado assumido pela mesma expressão noutros contextos legais, ainda que igualmente relativos ao processo criminal.

Na verdade, cada norma requer o seu próprio percurso interpretativo, uma autónoma investigação crítica do seu significado. Percurso ou investigação em que certamente cabe levar em conta os «lugares paralelos» e, de modo mais geral, o chamado, na dogmática jurídica clássica, «elemento sistemático» da interpretação; mas em que não se pode ficar, como bem se sabe, por este elemento — pois que outros decisivos tópicos têm de considerar-se —, nem pode ele deixar de ser visto em toda a sua amplitude, que não é apenas externa e conceitual, mas também, e sobretudo, valorativa ou normativa.

Ora, várias razões conduzem, e com segurança, à conclusão de que no referido nº 1 da base I da Lei nº 7/70 o legislador, quando fala na «dispensa do pagamento prévio das *custas*», tem em vista, mesmo no caso de processo-crime, as custas em sentido amplo, ou seja, as custas em sentido estrito (os «encargos» no processo cível) mais o imposto de justiça.

Em primeiro lugar, sucede que a definição do âmbito da assistência, feita nessa base, vale, não apenas para a justiça criminal, mas para toda e qualquer jurisdição, e seria muito estranho que valesse com significados fundamentais diferentes consoante os seus diversos domínios de aplicação. O que se compreende é antes que o legislador se tenha servido nessa definição das categorias ou conceitos da dogmática processual que em muitos aspectos é a matriz de todas as outras, e que é a do processo civil, sem intenção de lhes modificar o significado e alcance quando referida a definição em causa a outras áreas. Ora, como bem se sabe, e já vimos, naquele processo as custas compreendem não só os encargos mas também, e principalmente — lembra-o Manuel de Andrade³⁶ —, os impostos (de justiça e de selo). Esse é, aliás, o sentido mais comum e corrente da expressão, e aquele que o próprio legislador expressamente estendeu do domínio do processo civil para, por ex., os da jurisdição administrativa (vide artigo 1º, § único, da respectiva tabela de custas, aprovada pelo Decreto-Lei nº 42 150, de 12 de Fevereiro de 1959) ou fiscal (vide artigo 1º, nº 2, do Regulamento das Custas dos Processos das Contribuições e Impostos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 449/71, de 26 de Outubro).

Acresce que em sede de assistência judiciária não se compreenderia que a noção de «custas» tivesse um significado diferente, e mais circunscrito, do que o apontado: tratando-se de evitar que as despesas judiciais constituam um embaraço ao recurso aos tribunais por parte daqueles «que se encontrem em situação económica que lhes não permita custear as despesas normais do pleito» (base II, nº 1, da Lei nº 7/70), a dispensa do seu «pagamento prévio» não pode referir-se só a uma parte delas, mas há-

³⁵ E poderia dizer-se que não, atento o teor do nº 1 do artigo 183º, pois que certamente o Ministério Público está isento de imposto de justiça [cf., nesse sentido, Bernardes de Miranda e Tinoco de Almeida, *Anotações ao Código das Custas Judiciais*, Coimbra, 1968, p. 335, anotação 4), e E. Arala Chaves, *Código das Custas Judiciais* (Anotações e comentários), Coimbra, 1967, p. 251 (anotação 2)].

³⁶ Vide *Noções Elementares de Processo Civil* (com a colaboração de A. Varela), nova ed. rev. e actual, por H. Esteves, Coimbra, 1976, pp. 338 e segs. Aí se definem custas, no sentido amplo indicado, como «as despesas que as partes são obrigadas a fazer para a condução do processo, afora as remunerações (honorários) dos seus advogados ou solicitadores e as despesas pessoais das próprias partes (deslocações, etc.)».

de abrangê-las a todas. E se isto é assim em geral (e especificamente no processo cível), muito menos se compreenderia que em processo-crime as coisas se passassem diversamente, em termos de ficar de fora a parte justamente mais significativa daquelas despesas, que é o imposto de justiça: a verdade é que a razão justificativa da assistência judiciária não tem menor intensidade neste domínio. De resto, seria tanto mais anómala uma tal diversidade de tratamento, quanto de algum modo é o próprio Código das Custas a denunciar (e voltamos, no fim de contas, a um outro tópico sistemático) que no processo penal a importância relativa do imposto no cômputo geral das custas ainda é maior do que nos processos cíveis: atente-se, com efeito, em que na «Parte criminal» do Código só o imposto de justiça é destacado como epígrafe de um capítulo autónomo, no qual aparecem depois (como que acessoriamente) dois preceitos relativos às custas em sentido estrito, e em que a responsabilidade por estas nos surge aí como mera função ou derivada da responsabilidade pelo imposto (cf. artigos 173º, nº 1, 176º e 178º, nº 2).

Por último, e como se as razões já enunciadas não bastassem, há um importante elemento de ordem histórica que corrobora iniludivelmente não poder a assistência judiciária em processo-crime deixar de abranger também a dispensa do pagamento prévio do imposto de justiça: referimo-nos ao Parecer da Câmara Corporativa sobre o Projecto de proposta de lei que veio a dar origem à Lei nº 7/70, parecer este onde, ao justificar-se a sugestão (depois acolhida pelo Governo e consagrada pela Assembleia Nacional) de alargar aquela assistência aos acusados em processo penal, se dão como ilustrativas de possíveis limitações de ordem económica do direito de defesa do réu precisamente as situações em que ele é obrigado ao pagamento ou depósito prévio do imposto de justiça, ou também deste. E entre tais situações não deixa de salientar-se — o que tem especial interesse para o nosso caso — a que justamente emerge dos artigos 189º e 192º do Código das Custas³⁷.

4. De tudo resulta, pois, e sem margem para dúvidas, que o alcance do nº 1 da base I da Lei nº 7/70, quando aplicado o preceito no domínio do processo criminal, continua a ser o de dispensar os beneficiários da assistência judiciária do pagamento prévio não só das importâncias a que se refere o artigo 194º do Código das Custas Judiciais — ou melhor, o artigo 16º do Decreto-Lei nº 49 213, de 29 de Agosto de 1969, visto que o dito artigo 194º se encontra suspenso pelo artigo 46º deste último diploma — mas ainda do imposto de justiça.

Entretanto, e por outro lado, cumpre atentar em que a referência aos «impostos», constante do artigo 189º, nº 1, do mesmo Código, não visa mais do que o imposto de justiça, explicando-se o uso do plural unicamente pelo objectivo de tornar claro que a obrigação de depósito não abrange apenas o imposto de justiça em que o recorrente haja sido condenado pela Relação, mas *todos* os impostos de justiça que estejam em dívida (incluindo, portanto, aquele a que o recorrente haja sido condenado em 1ª instância). Que é assim, comprova-o a circunstância de não poder admitir-se que o legislador estivesse a pensar noutros impostos para além dos relativos ao próprio uso do processo, e de estes últimos, a mais do imposto de justiça, incluírem só o imposto do selo, o qual, todavia, em processo-crime, está compreendido no primeiro (cf. artigo 193º do Código das Custas), e corroboram-no, de resto, os lugares do Código (como o artigo 202º, nº 1, ou o artigo 205º, nº 2), onde aberta e justamente se fala de «impostos de

³⁷ A transcrição do parecer, na parte referida, pode ver-se em A. Lúcio Vidal, *A Assistência Judiciária nos Tribunais Ordinários*, Coimbra, 1971, pp. 39 e segs.

justiça» (assim também no plural). Não há, por conseguinte, «outros impostos», diversos do imposto de justiça, que, referidos no Código das Custas, já não sejam levados em conta para efeitos de assistência judiciária.

Quer isto dizer, em suma, que o arguido em processo criminal ao qual seja concedida a assistência judiciária fica dispensado não só do depósito das «custas» mas também do dos «impostos» a que se alude no artigo 189º, nº 1, do mesmo Código, como condição do seguimento do recurso que do acórdão da Relação queira interpor para o Supremo Tribunal de Justiça (cf. artigo 192º, nº 2). O que significa que a obrigação de tal depósito não vem afinal a constituir um obstáculo insuperável de carácter económico ao exercício desse direito de recurso (que é como quem diz, do direito de acesso aos tribunais, no sentido complexo desta expressão) por banda dos arguidos economicamente débeis, e um obstáculo que os coloque, sob esse ponto de vista, em situação de desigualdade ilegítima perante quem não sofra de tais carências.

Mas, se é assim, então há-de concluir-se sem mais que toda a fundamentação do pedido que vem formulado de declaração da inconstitucionalidade dos artigos 189º, nº 1, e 192º, nº 2, do Código das Custas Judiciais cai pela base, e que por aí não pode tal declaração ter lugar.

5. Todavia, e como a Comissão Constitucional por mais de uma vez tem salientado, o facto de o pedido de declaração da inconstitucionalidade de uma norma vir considerado sob determinado ângulo e baseado em determinados argumentos não impede que a questão seja apreciada ainda sob outros pontos de vista: conforme a Comissão tem dito, não se acha ela vinculada por um estrito princípio de pedido, o que significa que, dentro dos limites do objecto do seu parecer, que são os definidos pela norma ou normas cuja apreciação é solicitada, lhe é lícito indagar de outros possíveis fundamentos de inconstitucionalidade, para além dos invocados pela entidade petionante. Na verdade — pode agora acrescentar-se — estamos aí afinal no domínio da determinação do direito aplicável ao caso, um domínio todo ele dominado, como se sabe, pelo princípio *jura novit curia*.

Ora, não existirão outras razões em virtude das quais os preceitos em apreço devam considerar-se inconstitucionais?

Poderia eventualmente pensar-se em que uma delas decorreria do facto de a base v, nº 4, da Lei nº 7/70 apenas prever a concessão da assistência judiciária nos processos criminais «aos acusados e àqueles de cuja acusação depende o exercício da acção penal pelo Ministério Público». Ficam de fora, portanto, todos os que tenham legitimidade para constituir-se assistentes em processo tendo por objecto um crime público ou semipúblico, e que são, em via de máxima, o ofendido ou ofendidos (no sentido do artigo 4º, nº 2, do Decreto-Lei nº 35 007) por qualquer desses crimes ou os seus representantes (indicados no nº 4 da disp. cit.)³⁸. Deste modo, dir-se-á que, quanto a todos estes, o disposto no artigo 189º, nº 1, do Código das Custas, conjugado com o artigo 192º, nº 2, do mesmo diploma, representa um obstáculo ou impedimento ao seu direito de recurso, no caso de os interessados não disporem de meios económicos que lhes permitam efectuar o depósito prévio dos «impostos e das custas».

³⁸ De fora ficará ainda o ofendido por crime particular relativamente ao qual a acção penal dependa da acusação de outrem que não ele ou o seu representante legal: mas o caso, que a ocorrer será certamente muito raro, pode, por isso mesmo, deixar-se aqui de lado. Sobre as noções de ofendido e assistente em processo penal, e o âmbito destas figuras, vide Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, 1974, pp. 505 e segs.

Em boa verdade, porém, não se vê que esta circunstância seja suficiente para inconstitucionalizar — ainda que parcialmente — as normas em causa. É que, e desde logo, importa não esquecer que os assistentes, tratando-se de crime público ou semipúblico, ocupam no processo uma posição perfeitamente secundária, meramente acessória da do Ministério Público e por esta condicionada, já que ao último cabe a titularidade da acção penal, como representante que é do único interesse que esse processo visa directamente servir: o interesse público da repressão e prevenção criminal. Assim sendo, compreende-se que essa posição processual não mereça, no plano da assistência judiciária, a mesma protecção que a do arguido, ou das partes em processo cível, ou inclusivamente do ofendido no caso de crime particular. Isto é: compreende-se que a garantia do artigo 20º, nº 1, da Constituição não vá ao ponto de exigir também aí a consagração daquele benefício. Antes se poderá dizer que tal garantia nem mesmo cobre ou inclui o direito de os ofendidos se constituírem assistentes na hipótese que estamos a considerar: trata-se, em rigor, de uma faculdade cuja concessão fica ao critério do legislador, e que justamente a generalidade dos ordenamentos dos países europeus continentais, ao contrário do que sucede entre nós, só muito excepcionalmente reconhece³⁹.

De qualquer modo, a entender-se que as considerações precedentes não são em absoluto decisivas — com base, porventura, na ideia de que, se a lei reconhece aos ofendidos por crime público ou semipúblico o direito a constituírem-se assistentes no respectivo processo e mesmo (como a nossa jurisprudência acentua) o direito de deduzirem acusação ainda mesmo quando o Ministério Público se tenha abtido de a formular, deve então fazê-lo em termos de evitar situações de desigualdade ilegítima (artigo 13º, nº 2, da Constituição)⁴⁰ — a entender-se isso, nunca a questão seria a da inconstitucionalidade dos artigos 189º, nº 1, e 192º, nº 2, do Código das Custas Judiciais, mas antes, e quando muito, a de uma omissão (geradora de inconstitucionalidade) da Lei sobre Assistência Judiciária, e, designadamente, do nº 4 da sua base v. A comprová-lo está, de resto, a circunstância de a falta de reconhecimento da assistência judiciária nas situações em apreço poder fazer-se sentir, não apenas face ao disposto nos preceitos citados do dito Código, mas ainda face a outras exigências do mesmo diploma em matéria de imposto de justiça, como as dos artigos 187º, nºs 1 e 3, 190º, alínea b), e sobretudo do artigo 177º (imposto devido pela constituição de assistente), todos em ligação com o artigo 192º, nº 1.

6. Há contudo um outro aspecto a considerar, com referência especificamente ao artigo 189º, nº 1, do Código das Custas: é o de que neste preceito se estabelece a obrigação do depósito prévio, não apenas dos impostos e custas, mas ainda «das multas em dívida pelo recorrente».

Ora, as «multas» não são custas, sequer num sentido amplo desta expressão, pois não constituem a contrapartida de um serviço (o serviço judiciário) prestado ao seu devedor, mas a sanção de determinadas infracções, de natureza criminal ou não; são correspondentemente, de resto, objecto de tratamento separado no Código das Custas

³⁹ Cf. Figueiredo Dias, *ob. cit.* (nota anterior) p. 508.

⁴⁰ Como é fácil de perceber, suscita-se aqui uma questão extremamente árdua e cuja discussão levaria longe — uma discussão, porém, que não se torna necessária agora, face ao que vai dizer-se a seguir.

(cf. a parte III deste diploma)⁴¹; e, embora esse caminho não fosse de todo inconcebível, não se afigura que possam ser consideradas tais, ou sujeitas ao regime das custas, ao menos para efeito de dispensa do seu pagamento prévio — que é como quem diz, para efeito de assistência judiciária — numa hipótese como a do artigo 189º, nº 1: é que isso representaria uma extensão do âmbito do instituto da assistência para um domínio que lhe é decerto naturalmente estranho⁴².

Sendo assim, não teremos então criada aí a possibilidade de situações em que o recurso penal para o Supremo Tribunal de Justiça resulte efectivamente vedado por «insuficiência de meios económicos» dos potenciais recorrentes?

A resposta parece que não pode deixar de ser afirmativa. E impõe-se com tanto mais insistência quanto, por outro lado, entre as multas a que se reporta o artigo 189º, nº 1, do Código das Custas, conta-se antes de mais, segundo orientação que tem sido pacífica, a própria *multa penal*, ou seja, a que é aplicada ao réu a título de sanção pela prática do crime ou crimes objecto do processo⁴³.

Estamos — aqui, sim — perante uma situação paralela à que ocorria com o disposto na segunda parte do artigo 262º do Código de Processo das Contribuições e Impostos, preceito que foi objecto da análise desta Comissão no parecer nº 8/78⁴⁴, e que, no seguimento do mesmo parecer, o Conselho da Revolução veio a declarar parcialmente inconstitucional (pela Resolução nº 32/78, invocada pelo Provedor de Justiça, e já atrás citada). De facto, como ali, também agora estamos perante um condicionamento do direito de recurso, e um condicionamento que consiste na prestação de uma garantia económica do cumprimento da decisão recorrida, na sua parte substancial. É certo que, na nossa actual hipótese, está em causa apenas o direito a um segundo e, em princípio, último recurso, e não pura e simplesmente o direito de recorrer, como naquele preceito processual fiscal. Em compensação, porém, a situação é ainda mais grave, não só por nos situarmos no domínio do processo penal — do ilícito criminal, portanto, e não já do mero ilícito fiscal —, como também pelo facto de o artigo 189º, nº 1, do Código das Custas exigir o *depósito* das multas, e não se bastar com uma *caução* (prestável também por outras formas), tal qual sucede naquela outra disposição.

Assim, igualmente no nosso caso é pertinente ponderar — como se fez no referido parecer nº 8/78 — que a situação é diferente daquela que se verifica quando o

⁴¹ Como também, naturalmente, na doutrina: cf. Manuel de Andrade, *cit.* (n. 3), pp. 338 e 354.

⁴² Tenha-se em conta não só o carácter sancionatório das multas, mas ainda a circunstância de um preceito como o do artigo 189º, nº 1, assumir uma natureza excepcional, nomeadamente no que àquelas diz respeito (cf., quanto ao processo cível, o disposto no artigo 116º, nº 1, do Código das Custas, que faz depender o seguimento do recurso apenas do pagamento ou garantia das «*custas contadas*»). Assim, além de não ser curial que o legislador, em matéria de assistência judiciária, tivesse igualmente em vista as multas, isso nem sequer seria em princípio necessário.

⁴³ Cf. desde logo o artigo 205º do Código das Custas. Expressamente nesse sentido, de resto, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça referidos por Bernardes de Miranda e Tinoco de Almeida, *ob. cit.* (n. 2) (ainda que tirados no domínio da vigência do antigo Código, foram-no em face de preceito semelhante ao actual artigo 189º, nº 1). E também E. Arala Chaves, *ob. cit.* na nota 2. p. 261.

⁴⁴ Vide *Pareceres da Comissão Constitucional*, 5º vol., pp. 3 e segs.

legislador «condiciona à prestação de caução a produção de certos efeitos» de uma decisão judicial [cf. p. ex. o artigo 692º, nº 2, alínea *d*), ou o artigo 819º, nº 1, do Código de Processo Civil], pois que nesta hipótese «o ónus de prestar caução, traduzindo a tutela da situação da outra parte ou de terceiros, não interfere com o poder de obter a decisão definitiva da situação litigiosa em causa». Ora, é precisamente isto que acontece já com o disposto no artigo 189º, nº 1, do Código das Custas, na parte agora em apreço (combinada, claro é, com o preceituado no artigo 192º, nº 2, do mesmo diploma) — o que significa que ela efectivamente representa uma limitação do «acesso aos tribunais», no sentido em que desta garantia se fala no artigo 20º, nº 1, da Constituição.

É que — cumpre também ponderar, ainda na esteira do parecer nº 8/78 — semelhante garantia inclui (dir-se-ia que obviamente) o direito aos recursos previstos na lei, ou seja, «deve valer para os sucessivos graus de jurisdição que o processo comportar, até que se alcance uma solução definitiva. Até lá, é ainda a justiça que se busca — a justiça que o legislador constituinte não quer que seja denegada por insuficiência de meios económicos». De preceitos como o artigo 189º, nº 1, do Código das Custas não pode, pois, dizer-se que consignam apenas uma «condição de procedibilidade» ou de admissão dos recursos, sem nada a ver já com a garantia constitucional do artigo 20º.

E não se objecte que no nosso caso — o deste artigo 189º, nº 1, — apenas está em causa uma segunda possibilidade de recurso, que por isso deve ser rodeada de especiais cautelas, destinadas a evitar uma sua utilização desmesurada, certamente pouco conforme com a função específica que dentro da hierarquia judiciária cabe ao Supremo Tribunal de Justiça. Desde logo pode suceder que o recurso para o Supremo seja o primeiro que o recorrente pretende interpor; mas independentemente desta circunstância, se é compreensível que a lei seja mais exigente no tocante à admissibilidade desse recurso, o que seguramente não é legítimo é que ela o faça em termos de não colocar os interessados numa situação de igualdade, sob esse ponto de vista, ou melhor, em termos de criar entre eles uma desigualdade — a proveniente da diversidade de meios económicos — constitucionalmente inadmissível. E se isto é assim para a generalidade das situações, com maior força ainda deverá sê-lo na hipótese — de certo a mais importante e frequente a que se aplica o artigo 189º, nº 1, do Código das Custas, — de recurso do réu em processo penal: valerão particularmente aqui, *mutatis mutandis*, as razões que no já citado Parecer da Câmara Corporativa levaram a sugerir a extensão da assistência judiciária aos acusados em processo criminal, e valerá dizer com ela que «seria até odioso que se pretendesse defender o acesso ao Supremo Tribunal de Justiça por exclusão daqueles que não têm meios de suportar os encargos do recurso»⁴⁵.

Tudo, pois, converge no sentido de concluir que da combinação dos artigos 189º, nº 1, e 192º, nº 2, do Código das Custas Judiciais, na parte em que o primeiro se refere às «multas em dívida pelo recorrente», emerge um resultado normativo desconforme com a Constituição, e em particular com o seu artigo 20º, nº 1, pois que tal resultado se traduz num obstáculo ao exercício do direito de recurso para o Supremo

⁴⁵ V. a transcrição do parecer, nesta parte, no lugar citado na nota 4. Escreve-se ainda no mesmo parecer: o problema não fica resolvido com a atribuição ao Ministério Público de legitimidade para recorrer no exclusivo interesse do réu, pois «o que importa é que o réu possa defender-se, ainda que o Ministério Público entenda não ser justificado o uso da prerrogativa do recurso em seu benefício». E noutro passo: «a consciência da generalidade das pessoas encontrará seguramente melhores razões, sobretudo de ordem moral, para conceder o benefício da assistência aos acusados em acção penal do que aos ofendidos nos crimes particulares e às partes nas causas cíveis, isto na medida em que a acção penal põe em crise a liberdade dos indivíduos».

Tribunal de Justiça discriminatório das pessoas economicamente carenciadas. Notar-se-á, porém, que esta conclusão não impõe a radical eliminação do ordenamento jurídico português de tais preceitos: exige apenas — e ainda aqui se acompanha o já várias vezes referido parecer nº 8/78 — que eles deixem de aplicar-se quando a insuficiência de meios económicos do recorrente lhe não permita proceder ao depósito das multas que tenha em dívida. Ou seja: exige apenas uma declaração de inconstitucionalidade parcial desses preceitos.

Declaração esta — diga-se a terminar — que não é por seu turno chocante, pois que, afinal de contas, simplesmente equivale a estender à exigência do depósito das «multas» o que já ocorre quanto ao depósito do «imposto e das custas», por efeito do regime da assistência judiciária: também aqui a respectiva dispensa só tem lugar quando o recorrente, por falta de meios económicos, beneficiar desse instituto. De resto — e a confirmar que a solução não será desarmónica do sentido geral das soluções do nosso direito, em particular do nosso direito processual penal — deverá lembrar-se que já no artigo 274º, § 1º, do Código de Processo Penal se prevê a faculdade de o juiz, no despacho de pronúncia, impor ao arguido uma «caução económica» (para garantia das multas, do imposto de justiça e das indemnizações em que vier a ser condenado), caução essa apenas exigível, compreensivelmente, a quem se reconheça «solvabilidade económica suficiente».

7. Nestes termos, e em conclusão, é a Comissão Constitucional de parecer que o Conselho da Revolução deve declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 189º, nº 1, do Código das Custas Judiciais, na parte em que, conjugado com o disposto no artigo 192º, nº 2, do mesmo diploma, obsta ao seguimento do recurso quando o recorrente não procedeu, por insuficiência de meios económicos, ao depósito das multas em que se encontra em dívida, o que viola o artigo 20º, nº 1, da Constituição.

Lisboa e Comissão Constitucional, 9 de Março de 1982. — *José Manuel Cardoso da Costa — Armindo Ribeiro Mendes — Messias Bento — Raul Mateus — Jorge de Figueiredo Dias — Rui de Alarcão — Hernâni de Lencastre — Joaquim Costa Aroso — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 56/82

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Provedor de Justiça e precedendo parecer da Comissão Constitucional, declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 189.º, n.º 1, do Código das Custas Judiciais, na parte em que, conjugado com o disposto no artigo 192.º, n.º 2, do mesmo diploma, obsta ao seguimento do recurso quando o recorrente não procedeu, por insuficiência de meios económicos, ao depósito das multas em que se encontra em dívida, em virtude de tal norma violar o artigo 20.º, n.º 1, da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 18 de Março de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, 1.ª série, n.º 78, de 3 de Abril de 1982.)

**CÓDIGO DAS CUSTAS JUDICIAIS, APROVADO PELO DECRETO-
LEI N° 44 329, DE 8 DE MAIO DE 1962**

Artigo 189°

(Depósito das quantias em dívida)

1- Nos recursos interpostos de acórdãos da Relação e do plenário do tribunal criminal que tenham condenado em imposto, o pagamento do devido pela interposição será acompanhado do depósito, à ordem do juiz da 1ª instância, dos impostos, custas e multas em dívida pelo recorrente, aos quais será dado o destino conforme a resolução do tribunal superior.

2-

Artigo 192°

(Pagamento do imposto devido inicialmente e depósito das quantias em dívida)

1-

2- O recurso não terá seguimento se o imposto devido pela sua interposição não for acompanhado do depósito das quantias que o recorrente deva nesse sentido garantir.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

Parecer nº 10/82

Requisitos do pedido de declaração de constitucionalidade de normas ao Conselho da Revolução — Individualização das normas que se têm por inconstitucionais — Arquivamento do pedido.

I - O pedido

1. O Exmo. Provedor de Justiça, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 281º da Constituição, solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade «de toda a disposição legal que permita, em acto discricionário e no uso da competência legal, transferência imposta a funcionário ou agente do Estado, com a mera invocação⁴⁶ de conveniência de serviço».

O peticionante instruiu o seu pedido com cópia de uma informação prestada pelo respectivo Serviço, louvando-se nas razões aí aduzidas.

2. A mencionada informação do Serviço do Provedor de Justiça começa por fazer a história, para o período de tempo compreendido entre 1975 e 1979, da regulamentação legal das transferências dos servidores do Estado, serviços e empresas públicas, autarquias locais e demais pessoas colectivas de direito público, quando determinadas por mera conveniência de serviço.

E, assim, refere-se que o Decreto-Lei nº 152/75, de 25 de Março, veio permitir que aquelas transferências se fizessem «mediante simples despacho do respectivo Ministro» (artigo 1º).

Anota-se, depois, que o Decreto-Lei nº 256-A/77, de 17 de Junho, veio preceituar que «os actos administrativos que, total ou parcialmente, neguem, extingam, restrinjam ou por qualquer modo afectem os direitos» devem ser fundamentados, devendo a fundamentação ser expressa, «através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão», sendo equivalente à falta de fundamentação «a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto» [artigo 1º, nº 1, alínea a), e nºs 2 e 3].

Regista-se também que, posteriormente, o Decreto-Lei nº 356/79, de 31 de Agosto, afirmando-se como lei interpretativa daquele Decreto-Lei nº 256-A/77, de 17 de Junho (artigo 2º), veio preceituar que «os actos de transferência ou exoneração de funcionários da Administração Pública, de institutos autónomos ou de empresas públicas, quando praticados legalmente no uso de poderes discricionários, independentemente de qualquer ilícito disciplinar, e se refiram a funcionários nomeados discricionariamente, consideram-se suficientemente fundamentados, quando o fundamento invocado for o da conveniência de serviço» (artigo 1º).

Entretanto — diz também a informação —, o Decreto-Lei nº 502-E/79, de 22 de Dezembro, considerando que o citado Decreto-Lei nº 356/79, de 31 de Agosto,

⁴⁶ Na petição apresentada, escreveu-se «evocação», mas por lapso manifesto.

apesar de pretender interpretar o Decreto-Lei nº 256-A/77, de 17 de Junho, viera, no entanto, «contrariar o espírito e a letra» deste diploma, revogou-o, pura e simplesmente.

Só que — e disso dá igualmente conta a informação — o referido Decreto-Lei nº 356/79, de 31 de Agosto, acabou por ser repostado em vigor, a partir da data da sua publicação, pelo Decreto-Lei nº 10-A/80, de 18 de Fevereiro, que, ao mesmo tempo, revogou o mencionado Decreto-Lei nº 502-E/79, de 22 de Dezembro.

O artigo 1º do Decreto-Lei nº 152/75, de 25 de Março, esse acabou por ser revogado pelo Decreto-Lei nº 191-D/79, de 25 de Junho (artigo 4º, nº 2).

3. A mencionada informação conclui afirmando que são inconstitucionais todas as disposições legais, nomeadamente o Decreto-Lei nº 356/79, de 31 de Agosto, que admitam a mera conveniência de serviço como fundamento de transferência.

E isso porque — além de outras razões que, na informação, também são aduzidas — «a pura e simples remissão para um conceito — o da conveniência de serviço — não garante ao interessado — funcionário transferido — usar do seu direito de recurso contencioso (artigo 269º, nº 2, da Constituição), pela impossibilidade prática de provar que aquele conceito se não reconduz a uma avaliação da sua 'capacidade' ou do interesse colectivo [...]; ou que tem fins diversos do fim de interesse público, não podendo impugná-lo por 'desvio de poder'».

II- Sequência

Solicitado o parecer desta Comissão, o seu Exmo. Presidente, em 24 de Novembro de 1981, ordenou que se oficiasse ao Exmo. Provedor de Justiça, solicitando-lhe que identificasse «a norma ou normas jurídicas, cujo vício de inconstitucionalidade pretende sustentar junto do Conselho da Revolução».

Não tendo sido obtida resposta, em 12 de Janeiro de 1982, ordenou o mesmo Exmo. Presidente que se insistisse por ela.

Como a mesma não viesse, em 16 de Fevereiro de 1982, foram os autos à distribuição.

III— Posição da Comissão

Esta Comissão tem, agora, que decidir se deve lançar-se numa espécie de «caça à norma» ou se deve, antes, propor, desde já, ao Conselho da Revolução que archive o pedido.

É esta última a posição que se assume.

Diremos, brevemente, as razões de tal tomada de posição.

IV— Fundamentação

1. Convém começar por recordar que o Provedor de Justiça formulou o seu pedido, ao abrigo do disposto no nº 1 do artigo 281º da Constituição, o qual preceitua, justamente, que:

O Conselho da Revolução aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, precedendo solicitação do Presidente da

República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 229.º, das assembleias regionais.

Temos assim que, neste tipo de fiscalização da constitucionalidade — a chamada fiscalização abstracta, feita *a posteriori* e por via de acção —, os princípios são os seguintes:

a) O conselho da Revolução não pode intervir oficiosamente, tornando-se necessária a instância de certas entidades;

b) Apenas as entidades enumeradas no n.º 1 do artigo 281.º — de entre elas, o Provedor de Justiça — têm legitimidade para «propor» a «acção» de inconstitucionalidade;

c) A fiscalização incide sobre normas⁴⁷;

d) A declaração de inconstitucionalidade tem força obrigatória geral, operando *erga omnes*.

2. Na chamada «acção» de inconstitucionalidade⁴⁸, vigora, pois, o princípio do pedido, ao menos no sentido de que o processo só se inicia sob o impulso de uma entidade diversa do órgão judicante⁴⁹ — o Conselho da Revolução —, nunca sob o impulso e a iniciativa deste (*nemo iudex sine actore; ne iudex procedat ex officio*)⁵⁰.

A «acção» de inconstitucionalidade — como, de resto, toda a acção — concretiza-se num *pedido*, que assenta numa *causa de pedir*.

⁴⁷ Estamos, naturalmente, a referir-nos aos casos de *inconstitucionalidade material*, que não aos de *inconstitucionalidade orgânica* ou *formal*, onde as coisas se não terão que passar, sempre e necessariamente, assim. É, de resto, aquele tipo de inconstitucionalidade que sempre se visará em toda a exposição, que vai fazer-se, uma vez que é a ele que o pedido se reporta.

⁴⁸ Falamos, aqui, em *acção* num sentido que, de todo, não coincide com a significação que a palavra tem no processo civil: pretensão de tutela jurídica, a ser discutida e decidida, num «processo de partes». (Sobre o conceito de *acção*, no processo civil, vide Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1956, I, p. 4; Anselmo de Castro, *Lições de Processo Civil*, 1964, I, pp. 151 e segs., e Castro Mendes, *Manual de Processo Civil*, 1963, pp. 126 e segs.). Aqui, com efeito, a palavra *acção* tem um significado mais próximo daquele que Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1981, I, p. 404, lhe assinala para o processo penal, onde «exprime, unicamente, a necessidade, sentida pela comunidade jurídica, de que um tribunal se pronuncie sobre a suspeita de uma infracção cometida por pessoa determinada». Pois, o que também aqui se pede é que o Conselho da Revolução se pronuncie sobre uma violação da Constituição, ditando a respectiva sanção: declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Pietro Virga, *Diritto Costituzionale*, 1979, 9.ª ed., depois de dizer que «todas as violações da Constituição constituem um ilícito, contra o qual o ordenamento deve reagir com sanções adequadas», a primeira das quais «é a da anulação» (p. 513), dá conta de que alguns autores qualificam o pedido de declaração de inconstitucionalidade como uma denúncia, configurando-o outros como uma *acção* e outros, ainda, como uma *excepção prejudicial*, sendo esta última a qualificação que melhor lhe cabe no ordenamento italiano (p. 543).

⁴⁹ Com dizer *órgão judicante*, não pretendemos significar que o Conselho da Revolução seja um órgão jurisdicional. Usamos a expressão por simples comodidade de linguagem.

⁵⁰ Sobre o princípio do pedido, vide Manuel de Andrade, *Noções...*, cit., p. 360. E, nesta matéria, vide pareceres desta Comissão n.ºs 22/78 e 8/79, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, respectivamente, vol. 6.º, pp. 180 e segs., e vol. 7.º, pp. 345 e segs.

O *pedido* é, aqui, a solicitação para que se declare a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de uma ou de várias *normas determinadas* de direito ordinário.

A *causa de pedir* é constituída, aqui, pelas normas ou princípios constitucionais que o requerente considera terem sido violados e, de algum modo também, pelas razões que conduziram a essa conclusão.

Impende sobre o peticionante o ónus de identificar, individualizando-a, a norma de direito ordinário que pretende ver declarada inconstitucional, com força obrigatória geral.

Compreende-se esse ónus de individualização da norma, se se tiver em conta que a impugnação de constitucionalidade visa depurar o ordenamento jurídico, expurgando-o das normas infra-constitucionais que, por violação da Lei Fundamental, há que anular. E isso, naturalmente, impõe que a «acção» de inconstitucionalidade esteja concebida, não como um processo de impugnação todo ele dirigido contra uma parte do sistema normativo (um bloco de normas), mas, antes, como um procedimento que, muito mais modestamente, visa julgar a legitimidade constitucional de normas *concretamente* determinadas^{51 e 52}.

Aquela indicação fornecida pelo requerente limita os poderes de cognição do Conselho da Revolução. Este, de facto, não pode julgar *ultra petitem*⁵³.

Será justamente esta a medida em que, aqui, se poderá falar num princípio da correspondência entre o requerido e o pronunciado *ou* entre a acção e a sentença (ne eat iudex ultra petitem partium).

3. Atenta a relevância de uma declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, decorrente, antes de mais, dos efeitos que produz — a anulação da norma sancionada, em princípio *ex tunc*⁵⁴ —, entendeu o legislador que devia exigir do requerente uma justificação da pretensão formulada.

E, assim, o artigo 28º, nº 2, do Decreto-Lei nº 503-F/76, de 30 de Junho, preceitua que, se o pedido de parecer não vier «instruído com a justificação da entidade que haja solicitado a apreciação e declaração de inconstitucionalidade», deve o presidente notificar esta «para proceder à respectiva junção no prazo de dez dias».

⁵¹ Quando se admita a distinção entre *norma* (ordem, comando ou mandato) e *texto* ou *preceito legal* (sinal sensível mediante o qual se manifesta a ordem; meio de comunicação para a dar a conhecer), talvez seja, até, mais exacto afirmar que a «acção» de inconstitucionalidade visa expurgar o ordenamento jurídico dos preceitos legais inconstitucionais. Pelo menos, o que, expressamente, se declara é que este ou aquele preceito é, total ou parcialmente, inconstitucional.

⁵² Algumas vezes, a norma fica identificada com a simples identificação do diploma a que pertence. É o que sucede quando o diploma tem um único artigo; e, também, quando, tendo mais que um, todos eles formam como que uma unidade incidível.

⁵³ Neste sentido, vide parecer desta Comissão nº 30/79 (*Pareceres . . .*, cit., vol. 10º, pp. 37 e segs.).

⁵⁴ Sobre a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, vide pareceres desta Comissão nºs 25/78, 27/78, 35/79 e 1/80 in *Pareceres . . .*, cit., respectivamente, vol. 6º, pp. 263 e segs. e 469 e segs., vol. 10º, pp. 135 e segs. e vol. 11º, pp. 23 e segs., e n.ºs 4/81, 21/81, 22/81 e 35/81, ainda inéditos.

Vide também Vital Moreira e Gomes Canotilho, *Constituição da República Anotada*, 1980, p. 487.

É que, a seguir, será notificado «o órgão donde emanou a norma cuja constitucionalidade haja de ser apreciada para, no prazo de trinta dias, e se assim o entender, se pronunciar sobre a questão» (nº 3 do citado artigo 28º).

Sobre o requerente impende, pois, também um «ónus de alegar», oferecendo a necessária fundamentação do pedido que formula.

Quando não cumpra essa obrigação, falta ele a um dever de diligência que lhe é processualmente exigível: o dever de fornecer a fundamentação que, razoavelmente, era de esperar.

4. Não pretendemos, com isto, significar que o Conselho da Revolução fique limitado pelos fundamentos invocados pelo requerente. O que ele não pode é ir além do pedido que lhe é formulado. Pode, contudo, conhecer dele, servindo-se de razões diferentes das invocadas.

Isto logo se compreenderá quando se pensar que o Conselho da Revolução, enquanto órgão que centraliza e unifica a garantia constitucional, tem por função depurar o ordenamento jurídico das normas que não respeitem a Lei Fundamental, como, de resto, já se acentuou.

Pois, estando em causa um interesse público de tal relevância, não seria razoável que o órgão de fiscalização ficasse na inteira dependência das «partes».

É, de resto, esta mesma razão que justificará o carácter oficioso da fiscalização judicial da inconstitucionalidade (artigos 207º e 280º, nº 2).

Mas, sendo isto assim, a esta Comissão, enquanto órgão consultivo do Conselho da Revolução, na espécie de fiscalização de que nos vimos ocupando, é lícito «indagar de outros possíveis fundamentos de inconstitucionalidade, para além dos invocados pela entidade petionante». Questão é que se mantenha «dentro dos limites do objecto do seu parecer, que são os definidos pela norma ou normas, cuja apreciação é solicitada»⁵⁵.

Ninguém se surpreenderá, decerto, que as coisas sejam assim.

Na verdade, embora a norma ou princípio constitucional, que se pretende ter sido violado, funcione, aqui, como *causa petendi* que, em princípio, o órgão judicante não deveria poder alterar, o certo é que, pese à sua função de *facto jurídico*, é ele *direito*.

Ora, para a matéria de direito, valem os consabidos princípios *iura novit curia; da mihi factum dabo tibi ius*.

5. Em síntese, poderá, então, dizer-se que o requerente da «acção» de inconstitucionalidade deve, na sua petição, cumprir o seguinte:

- a) Indicar a norma de direito ordinário que tem por inconstitucional;
- b) Indicar a norma ou princípio constitucional que considera ter sido violado;

⁵⁵ Parecer desta Comissão nº 9/82, de 9 de Março, inédito. Sobre a matéria, além dos pareceres citados nas notas 5, 8 e 9, vide parecer nº 7/82, de 2 de Fevereiro, inédito.

c) Oferecer as razões ou motivos que fundamentam essa asserção de inconstitucionalidade⁵⁶.

É tempo de concluir.

IV — Conclusão

1. Como resulta do que atrás se disse, o requerente não cumpriu o ónus, que sobre si impendia, de identificar ou individualizar as normas ou disposições legais, cuja declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, requereu ao Conselho da Revolução.

Não o cumpriu inicialmente. E, proferido despacho de aperfeiçoamento, convidando-o a completar o pedido, continuou a não o fazer.

O inadimplemento, de que acaba de falar-se, torna-se ainda mais evidente quando se tiver em conta que, no presente caso, não seria, sequer, útil uma qualquer tentativa de interpretação do pedido, servindo-nos, para o efeito, da informação junta pelo requerente.

É que, na informação, também se não identificam normas. E o único diploma legal que, aí, é apontado como inconstitucional — o Decreto-Lei nº 356/79, de 31 de Agosto — já foi, conjuntamente com o Decreto-Lei nº 10-A/80, de 18 de Fevereiro, que o repôs em vigor, objecto de parecer desta Comissão, que se pronunciou no sentido de que o Conselho da Revolução não deveria declarar a sua inconstitucionalidade⁵⁷.

Não havendo o requerente individualizado as normas legais que pretende ver declaradas inconstitucionais, nem sendo o seu pedido passível de interpretação, por forma a surpreender-se o respectivo alcance, é tal pedido ininteligível, por insanável obscuridade.

A consequência disto é que a petição deve ser arquivada.

2. Depois de ter sido apresentado o projecto deste parecer, foi recebido um officio do Provedor de Justiça relativo ao caso em apreciação. Nele, afirma ser «extremamente difícil localizar e apontar todas as normas jurídicas que impõem a transferência com fundamento em mera conveniência de serviço». Acrescenta: «Apesar de se ter procedido a uma exaustiva pesquisa, até à data só consegui detectar, entre as várias disposições legais que regulam a transferência, e que permitam, com o mero fundamento de conveniência de serviço, o artigo 1º do Decreto-Lei nº 356/79, de 31 de Agosto, os artigos 30º, nº 1, e 32º, nº 1, do Decreto-Lei nº 519-A/79, de 29 de Dezembro, e o artigo 11º do Decreto-Lei nº 273/79, de 3 de Agosto. Outras — e muitas

⁵⁶ O Tribunal Constitucional espanhol, na sua sentença de 8 de Abril de 1981 (*BJC — Boletim de Jurisprudência*, 2 de Junho de 1981, p. 91), depois de afirmar que, no recurso de inconstitucionalidade, que visa a impugnação de leis, disposições normativas ou actos do Estado com força de lei (artigo 33º da respectiva Lei Orgânica), o recorrente tem o ónus de fornecer uma «pormenorizada análise das graves questões que se suscitam», afirma que «o tribunal pode rejeitar a acção na medida em que a fundamentação jurídica seja manifestamente insuficiente». Logo acrescenta, porém, que não pode esquecer-se que «é função do tribunal a depuração do ordenamento jurídico» e que, assim, «nos casos de fundamentação insuficiente, tem liberdade para rejeitar a acção naquilo em que se encontre insuficientemente fundamentada ou para examinar o fundo da questão, se encontrar razões para isso».

⁵⁷ Vide parecer nº 20/81, de 1 de Julho (inérito), e Resolução do Conselho da Revolução, que o confirmou (*Diário da República*, 1ª série, nº 175, de 1 de Agosto de 1981, Resolução nº 167/81).

— haverá, sem dúvida, mas não foi possível detectá-las.» Diz mais ter chegado ao seu conhecimento estarem já elaborados «numerosos projectos de diplomas legais, um dos quais conterà [...] um regime genérico da transferência de funcionários e agentes e do qual parece que estariam afastados os aspectos de regulamentação que tinha determinado o [seu] pedido de declaração de inconstitucionalidade». Termina por solicitar que «seja suspensa — até à publicação, que se prevê para muito breve, dos citados diplomas legais em estudo na SERA — a apreciação da inconstitucionalidade das normas acima identificadas».

Sendo certo que nem esta Comissão, nem o Conselho da Revolução, têm poderes para suspender o pedido formulado, a falta de vontade actual do requerente de ver apreciado o seu pedido de apreciação e declaração de inconstitucionalidade reforça as conclusões a que atrás se chegou, no sentido de se propor o arquivamento.

3. Assim, pois, é esta Comissão de parecer que o Conselho da Revolução deve arquivar o pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, visando «toda a disposição legal que permita, em acto discricionário e no uso da competência legal, transferência imposta a funcionário ou agente do Estado, com a mera invocação de conveniência de serviço».

Lisboa e Comissão Constitucional, 16 de Março de 1982. — *Messias Bento* — *Raul Mateus* — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Rui de Alarcão* — *Hernâni de Lencastre* — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* — *Armando Ribeiro Mendes* — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N° 58/82

O Conselho da Revolução, precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu arquivar, por insuficiente identificação das normas cuja desconformidade com a Constituição se pretendia ver apreciada, o pedido de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, formulado, nos termos do n° 1 do artigo 281° da Constituição, pelo Provedor de Justiça, visando toda a disposição legal que permita, em acto discricionário e no uso da competência legal, transferência imposta a funcionário ou agente do Estado, com a mera invocação de conveniência de serviço.

Aprovado em Conselho da Revolução em 18 de Março de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, 1ª série, n° 80 de 6 de Abril de 1982.)

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

PARECER Nº 11/82

Soberania popular — Natureza jurídica das regiões autónomas — Colégio eleitoral regional — Unicidade da cidadania — Unidade do Estado — Princípio da igualdade — Unicidade do recenseamento eleitoral — Princípio da representação proporcional — Restrições à elegibilidade para a assembleia regional.

1. Ao abrigo do disposto no artigo 281º, nº 1, da Constituição, o Presidente da Assembleia da República solicitou ao Conselho da Revolução que apreciasse a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos do Decreto-Lei nº 267/80, de 8 de Agosto (Lei Eleitoral para a assembleia regional dos Açores): nº 2 do artigo 3º, artigo 4º, nº 2 do artigo 6º, artigo 12º, nºs 1 e 2 do artigo 13º e artigos 176º, 193º e 195º.

A solicitação do Presidente da Assembleia da República, veio acompanhada de dois documentos: um requerimento, em que vários Deputados afirmam que aqueles preceitos infringem a Constituição, e um parecer da Auditoria Jurídica da Assembleia da República, de tese contrária.

Nos termos do artigo 284º, alínea *a*), da Lei Fundamental, buscou-se o concernente parecer da Comissão Constitucional.

Em cumprimento do nº 3 do artigo 28º do Decreto-Lei nº 503-F/76, de 30 de Junho, foi notificado o Primeiro-Ministro para se pronunciar. Em vão, porém, se escoou o prazo legal de trinta dias: nenhuma resposta foi recebida.

2. Dada a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República em tal domínio [artigo 167º, alínea *f*), da Constituição], o Decreto-Lei nº 267/80 foi emitido pelo Governo a coberto de autorização legislativa (Lei nº 21/80, de 26 de Julho), concedida pela Assembleia da República no esquema do artigo 168º, nº 1º, da Lei Básica. Registe-se — sem prejuízo da limitação do parecer em função do pedido formulado — que o Governo não ultrapassou o âmbito da autorização legislativa, nem o seu prazo de validade (artigos 1º e 2º da Lei nº 21/80), e que, tendo sido ouvido previamente o governo regional dos Açores, como se afirma no preâmbulo do Decreto-Lei nº 267/80, se respeitou o nº 2 do artigo 231º da Constituição.

Se aqui não se detectam quaisquer vícios, o mesmo poderá não suceder noutro campo, em campo de constitucionalidade material. Disso doravante se tratará.

3. No breve exórdio do Decreto-Lei nº 267/80 se afirma que a nova regulamentação jurídica por ele instituída veio permitir que as eleições para a assembleia regional dos Açores, «importante órgão, no quadro do sistema autonómico, decorram segundo um regime actualizado e coerente, a um tempo, com o Estatuto da Região Autónoma dos Açores e com o sistema eleitoral geral para a Assembleia da República, órgão legislativo de âmbito nacional» e que na base do diploma está «a disciplina vigente das eleições para a Assembleia da República com as adaptações impostas pelo Estatuto da Região Autónoma dos Açores e pelas circunstâncias próprias da Região».

Não interessa curar de saber se o diploma se mostra concorde ou não com o Estatuto da Região Autónoma dos Açores e com o sistema eleitoral da Assembleia da

República. O escopo em vista é outro: como já se disse, o de apuramento de violações materiais da Constituição por banda dos normativos do Decreto-Lei nº 267/80, identificados na petição do Presidente da Assembleia da República.

Nesta perspectiva constitucionalista, é de dar especial relevo à argumentação desenvolvida por aqueles Deputados. Daí se arrancará para toda a exposição subsequente, sem embargo de num ou noutro momento se considerarem diferentes possibilidades de confronto desses dispositivos com a Lei Básica.

Como se tem vindo reiteradamente a entender, em zona de fundamentação, a Comissão Constitucional não está limitada por um estrito princípio de pedido⁵⁸. Com esta latitude de manobra consigna-se, e por razões de método, que de toda a problemática suscitada no requerimento subscrito por diversos Deputados, e cujas conclusões terão sido perfilhadas pelo Presidente da Assembleia da República, emergem directa ou indirectamente as seguintes questões:

I) Se o princípio da soberania nacional, tal como constitucionalmente se manifesta em termos de democracia representativa no plano das regiões autónomas, é contrariado pelo nº 2 do artigo 3º, nº 2 do artigo 6º, nºs 3 e 4 do artigo 12º, nº 2 do artigo 13º e pelos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80;

II) Se o princípio da unicidade da cidadania contido no artigo 4º, e, reflexamente, o princípio da unidade do Estado inserto no artigo 6º da Constituição são desrespeitados pelos mesmos dispositivos do Decreto-Lei nº 267/80;

III) Se o princípio da igualdade referido genericamente no artigo 13º da Constituição é ultrapassado pelo nº 2 do artigo 3º, nº 3 do artigo 12º e pelos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80;

IV) Se o princípio da unicidade de recenseamento eleitoral expresso no artigo 116º, nº 2, da Constituição é violado pelo nº 2 do artigo 3º e pelos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80;

V) Se o princípio da representação proporcional afirmado no nº 2 do artigo 233º da Constituição para as eleições das assembleias regionais é infringido pelos nºs 1 e 2 do artigo 12º e pelos nºs 1 e 2 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80;

VI) Se o princípio constante do artigo 18º, nº 2, da Constituição é ofendido pelo regime restritivo e diferenciado instituído pelo artigo 4º do Decreto-Lei nº 267/80.

Destes temas se tratará seguidamente.

I — O princípio da soberania popular, na sua dimensão democrático-representativa, é, no plano regional, derrotado pelo nº 2 do artigo 3º, nº 2 do artigo 6º, nºs 3 e 4 do artigo 12º, nº 2 do artigo 13º e pelos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80.

4. «A soberania, una e indivisível — artigo 3º, nº 1, da Lei Fundamental — reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.» Aqui se afirma a ideia de que é no povo que tem originariamente sede o poder supremo, sobre o qual o Estado naturalmente se organiza. Isto mesmo, ainda que por outras palavras, era já expresso no artigo 1º:

Portugal é uma República soberana, baseada [...] na vontade popular [...];

E no artigo 2º da Constituição:

⁵⁸ Vide, a este propósito, o recente parecer nº 2/82, ainda inédito.

A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular [...].

É a partir desse primado da soberania popular que a Constituição estrutura a legitimidade dos órgãos de poder. Essa legitimação tem que ver directamente com as regras da democracia representativa, reproduzidas em vários dispositivos constitucionais, de que se destacam dois, de ordem fundamentalmente processual:

Art. 48º — 1 — Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política [...] por intermédio de representantes livremente eleitos.

2 — O sufrágio é universal, igual e secreto e reconhecido a todos os cidadãos maiores de 18 anos.

Art. 116º — 1 — O sufrágio directo, secreto e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos da soberania, das regiões autónomas e do poder local.

No esquema destes preceitos, os governados escolhem com regularidade periódica os governantes e neles delegam temporariamente a sua originária soberania. Assim se exprime a componente representativa do princípio democrático que percorre a Constituição, componente representativa que releva da ideia de que, em regra, o povo não pode exercer directamente a soberania, desde logo por lhe ser impossível reunir-se para fazer ele próprio as leis e se autogovernar.

Cabe aqui acentuar que na ordem constitucional a soberania, conceito heterogéneo, ora é encarada em sentido estrito, ora em sentido lato. Numa acepção estrita, a soberania abrange apenas o poder transmitido e exercido pelos órgãos de soberania. Numa acepção lata, a soberania confunde-se com o poder político, no sentido em que a expressão é usada pelo artigo 111º da Lei Básica:

O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição.

Como a propósito escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira⁵⁹, «a expressão *poder político* é mais ampla do que a de *soberania*, pois abrange não apenas o poder exercido pelos *órgãos de soberania*, mas também pelos órgãos das regiões autónomas e do poder local».

A soberania popular com esta ampla significação — e tem-se aqui particularmente em conta que o artigo 6º da Constituição reconhece dentro do Estado unitário a autonomia regional e a autonomia local — terá de exercer-se, em campo de democracia representativa, aos vários níveis da estrutura estadual: ao nível do Estado (na eleição dos órgãos de soberania), ao nível das regiões autónomas (na eleição das assembleias regionais) e ao nível das autarquias locais (na eleição dos órgãos de poder local). Isto mesmo se diz para o exercício do direito de sufrágio no nº 1 do artigo 116º da Constituição.

Assim é que o princípio da soberania popular, adjectivado em regras de democracia representativa, impõe irrecusavelmente o seguinte corolário jurídico: apenas poderão participar na eleição dos titulares dos órgãos de poder os cidadãos da colectividade que por esses órgãos é representada. Por isso, terão de tomar parte na eleição dos órgãos de soberania do Estado os cidadãos estaduais (ou nacionais); das assembleias regionais, os cidadãos regionais; e dos órgãos de poder local, os cidadãos autárquicos. A intromissão no processo de sufrágio, e salvo ressalva constitucional

⁵⁹ *Constituição Anotada*, p. 262.

expressa, de cidadãos estranhos ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais infringirá o princípio da soberania popular constitucionalmente reconhecido⁶⁰.

5. E ao que fica exposto não obsta o facto do n.º 1 do artigo 3.º da Lei Básica caracterizar a soberania como única e indivisível. Com isto pretende-se antes de mais afirmar um claro repúdio da teoria da soberania de Rousseau, segundo a qual a soberania pertence a cada um dos indivíduos que constituem o povo, sendo cada cidadão detentor de uma fracção da própria soberania⁶¹.

«Essas características da unidade e indivisibilidade da soberania, como escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira⁶², referem-se à titularidade da soberania, e significam que é o povo enquanto tal — aqui como colectividade dos cidadãos —, que é titular da soberania, e que esta não é um mero somatório de fracções de soberania de que seriam titulares cada um dos indivíduos.»

A unidade e indivisibilidade da soberania não são inconciliáveis com as manifestações de poder político que se observam em termos restritos nas bases humanas das regiões autónomas e autarquias locais. Esse poder limitado, conferido às populações de certas comunidades territoriais personalizadas, cultivado em conformidade com as regras constitucionais da autonomia regional e local, não conflitua com o poder soberano que é conferido, uno e indivisível, ao conjunto da colectividade política. O n.º 1 do artigo 3.º da Constituição explicita até que a soberania, una e indivisível, é exercida segundo as formas previstas na Constituição.

Entre essas formas de exercício da soberania popular contam-se as que são exigidas pelas autonomias regional e local. As suas expressões, em territórios regionais e locais, processam-se como que em subsistemas dentro do sistema de soberania global, que reside infragmentado no conjunto da República.

Assim como as regiões autónomas e as autarquias locais coexistem com o Estado sem ofensa do princípio da unidade deste (artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição), assim, e paralelamente, o poder político, de grau inferior, das populações das regiões autónomas e das autarquias locais é compatível com a soberania una e indivisível da comunidade nacional.

6. Seguindo esta linha de pensamento, há que procurar estreimar o campo dos cidadãos das regiões autónomas, e aos quais por isso pertence eleger as respectivas assembleias regionais. Tal só será possível depois de analisada a natureza jurídica dessas regiões. Por aqui se prosseguirá, pois, a exposição.

No requerimento de diversos Deputados a que se tem vindo a fazer referência, as regiões autónomas são consideradas pessoas colectivas territoriais. É este, de facto, o entendimento generalizado da doutrina que se tem debruçado sobre o problema. E já assim o entendeu esta Comissão no parecer n.º 33/77, edição oficial, vol. 4.º, p. 35.

Para Jorge Miranda, as regiões autónomas são colectividades «de base territorial que exercem não apenas funções administrativas mas ainda funções de

⁶⁰ Segundo o n.º 3 do artigo 15.º da Constituição, aos cidadãos dos países de língua portuguesa pode ser atribuído, em certos casos, mediante convenção internacional e em condições de reciprocidade, o direito de sufrágio.

⁶¹ Com um exemplo célebre ilustrou Rousseau a sua teoria: «Suponhamos que o Estado seja composto por 10 000 cidadãos [...] Cada membro do Estado só tem, por sua parte, a décima milésima parte da autoridade soberana [...]» (Cit. por Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 2.ª ed., p. 109.).

⁶² *Constituição Anotada*, p. 36.

natureza política, por delegação do poder central»⁶³.

A região, segundo Virga, é «uma entidade pública territorial dotada de autonomia legislativa»⁶⁴.

Elio Gizzi faz expressa alusão à «territorialidade», como elemento que caracteriza as regiões, províncias e comunas e as distinguiria dos outros entes públicos⁶⁵.

Fr. Massart-Pierard refere as regiões como «grupos espaciais»⁶⁶.

Juan Fernando Badia define a região, numa visão mais sociológica que jurídica, como «um facto geográfico, etnográfico, económico, histórico e cultural, vivido em comum»⁶⁷.

A relevância do território na definição das regiões autónomas, à luz do direito positivo português, é uma realidade indiscutível. Logo o nº 2 do artigo 6º dispõe que «os *arquipélagos* dos Açores e da Madeira constituem regiões autónomas dotadas de estatutos político-administrativos próprios» e o nº 1 do artigo 227º da Constituição sublinha que «o regime político-administrativo próprio dos arquipélagos dos Açores e da Madeira fundamenta-se nos *condicionalismos geográficos* [...]».

As regiões autónomas, acentua-o o artigo 229º, nº 1, da Lei Fundamental, são pessoas colectivas de direito público, mas também, e como já se viu, geograficamente delimitadas. Esta base territorial que as caracteriza é da maior importância na determinação da sua componente humana.

7. Já que sendo pessoas colectivas territoriais, inevitavelmente terão por substrato» pessoal os habitantes de determinado território — no caso os arquipélagos dos Açores e da Madeira⁶⁸.

Ou, como escreve Elio Gizzi⁶⁹, «a colectividade regional compreende necessariamente todos os habitantes residentes no território da pessoa jurídica, por motivo da sua localização na circunscrição regional. A pertença de um indivíduo à região ocorre desde que o interessado faça parte da população residente, isto é, desde que tenha a morada habitual numa das comunas compreendidas no território regional».

Também assim Jorge Miranda⁷⁰ opina que a circunscrição local, quer a regional, quer a autárquica, «aparece como factor determinante da formação e da subsistência do agregado».

E uma vez que se atente nos fins que se quiseram alcançar com a institucionalização dos entes regionais, não sofrerá dúvida que, na pureza dos princípios, assim terá de ser. Com a criação das regiões visou-se atingir um desenvolvimento auto dirigido nos domínios cultural, económico, social e político de

⁶³ «O Território», in *Estudos sobre a Constituição*, 2º vol., p. 76.

⁶⁴ *La Regione*, capítulo I.

⁶⁵ *Manuale di Diritto Regionale*, p. 57.

⁶⁶ *Pour une doctrine de la région en Europe*, p. 52.

⁶⁷ *El Estado Unitario, El Federal y El Estado Regional*, p. 146.

⁶⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 418.

⁶⁹ *Ob.cit.*, pp.75e76.

⁷⁰ *Est. cit.*, p. 76.

grupos pertencentes a certos espaços geográficos. Esse desenvolvimento, limitado nos seus objectivos a determinado território, e que se pretende que venha de dentro, só poderá ser promovido por aqueles que, aí residindo e confrontados com as realidades regionais, estão verdadeiramente interessados em achar uma solução própria para os problemas que preocupam todo o grupo espacial. Daí o vínculo, de base geográfica, que liga os indivíduos à região da sua residência.

8. Assente que o elemento humano das regiões autónomas se restringe aos respectivos residentes, parece irrefutável que por virtude do princípio da soberania popular, com o sentido lato que anteriormente se lhe deu, apenas aos indivíduos nelas residentes se reconheça o direito de eleger os respectivos deputados regionais.

Só assim poderia deixar de ser se a Constituição estabelecesse a este respeito qualquer excepção ao princípio da soberania popular na sua dimensão democrático-representativa, o que não sucede⁷¹.

Essa delimitação do eleitorado regional tem paralelo na delimitação do eleitorado autárquico. Com efeito, e por expressa menção constitucional (artigos 241º, nº 2, 246º, nº 1, e 252º), os eleitores dos órgãos de poder local são os residentes na área de cada freguesia, concelho e região administrativa, pessoas colectivas de direito público que, tal como as regiões autónomas, são de ordem territorial.

Contra o que se acaba de dizer poderia, mas sem razão, invocar-se um argumento de ordem histórica.

Na Assembleia Constituinte, o projecto da Comissão para o futuro artigo 233º da Constituição era do seguinte teor:

São órgãos de governo próprio das regiões autónomas a assembleia regional, eleita por sufrágio universal, directo e secreto, e o governo regional, perante ela responsável⁷².

Duas propostas de substituição foram apresentadas: uma, dos Deputados Jorge Miranda, Barbosa de Melo, Mota Amaral e Américo Viveiros, na qual, quanto à eleição da assembleia regional, se explicitava que teria lugar «por sufrágio universal, directo e secreto, de harmonia com o princípio da representação proporcional»⁷³; e outra, do Deputado Vital Moreira, em que, quanto à mesma eleição, se dispunha que se processaria «por sufrágio universal, directo e secreto *dos cidadãos residentes*, segundo o sistema de representação proporcional»⁷⁴.

Em defesa da primeira proposta pronunciou-se o Deputado Jorge Miranda: «[...] Nós não podemos concordar com a restrição que consta da proposta do PCP, segundo a qual só seriam eleitores da assembleia regional os cidadãos residentes nessas regiões. Parece-me que isso seria incongruente com o princípio que nós já aprovámos relativamente à Assembleia da República. Parece que não se deveria fazer essa restrição. Na minha opinião pessoal, na opinião do nosso grupo parlamentar, pensando no número, e grande, de emigrantes que quer os Açores quer a Madeira têm, seria altamente injusto restringir aos cidadãos residentes nas regiões o direito de voto, para

⁷¹ Uma excepção deste tipo encontra-se no artigo 124º, nº 1, da Constituição, que, limitando o princípio da soberania popular, restringe a participação na eleição do Presidente da República aos portugueses residentes em território nacional. Ao invés, esse princípio é plenamente respeitado na eleição da Assembleia da República, já que os Deputados são eleitos por todos os portugueses, residentes ou não em território português (artigos 150º e 152º, nº 2, da Constituição).

⁷² *Diário da Assembleia Constituinte*, nº 125, p. 4159.

⁷³ *Idem*, p. 4159.

⁷⁴ *Idem*, p. 4161.

efeito de eleição da assembleia regional, quando eles têm direito de voto para a eleição da Assembleia da República.»⁷⁵

Na sequência do debate, o Deputado Vital Moreira dirigiu ao Deputado Jorge Miranda as seguintes perguntas:

O ponto de referência da autonomia regional é um determinado território, ou o que é? Se é um determinado território, o eleitorado deve ser constituído pelos residentes no território ou não?

Sem embargo de ter sido votada favoravelmente nesse ponto a proposta de substituição daqueles quatro parlamentares, isso não tem a significação histórica que numa leitura apressada se poderia ser levado a dar-lhe. É que, como decorre da discussão subsequente, prevaleceu na Assembleia Constituinte a ideia de que com a sua aprovação se não estaria a definir directamente o eleitorado regional. A respectiva qualificação seria, em princípio, deixada à lei ordinária.

Por isso que a proposta vencedora tenha sido até, nessa parte, aprovada por unanimidade⁷⁶.

Do nº 2 do artigo 233º da Constituição («a assembleia regional é eleita por sufrágio universal, directo e secreto, de harmonia com o princípio da representação proporcional») há que fazer assim, numa perspectiva histórica, e quanto à matéria em apreciação, uma interpretação neutral.

Subsiste irrefutada a delimitação que, de acordo com o sistema constitucional, se fez do eleitorado regional.

Neste sentido, aliás, se expressam Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷⁷:

A Constituição não define o *colégio eleitoral regional*, nem o âmbito de representação política da assembleia regional. Mas não precisava de dizê-lo: a assembleia representa, a nível regional, os cidadãos da região autónoma e, sendo esta uma pessoa colectiva territorial infra-estadual, os cidadãos da região autónoma são os cidadãos aí residentes. O colégio eleitoral é, portanto, constituído pelos cidadãos recenseados nas freguesias das regiões autónomas.

O próprio Jorge Miranda tende hoje também para esta tese⁷⁸.

10. Atingido este ponto da narração expositiva, é tempo de ver se há infracção de algum princípio constitucional por parte do nº 2 do artigo 3º, nº 2 do artigo 6º, nºs 3 e 4 do artigo 12º, nº 2 do artigo 13º e dos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80.

O nº 2 do artigo 3º deste diploma — depois do nº 1 de tal artigo haver disposto que são eleitores da assembleia regional dos Açores os cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral no território regional — acrescenta que «são ainda eleitores os cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral no restante território nacional e no estrangeiro, desde que naturais da Região».

Por tudo o que já anteriormente se explanou, impõe-se inexoravelmente o seguinte consectário: o nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80, enquanto admite ao sufrágio da assembleia regional dos Açores cidadãos não residentes, viola o princípio da soberania popular, que no caso impunha que só o elemento humano da região, isto é, os

⁷⁵ *Idem*, p. 4162.

⁷⁶ *Idem*, p. 4163.

⁷⁷ *Constituição Anotada*, p. 430.

⁷⁸ «O Território» e «O Direito Eleitoral na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, vol. 2º, pp. 87 e 484.

que nela residem, pudesse escolher os seus representantes na assembleia regional⁷⁹.

O que se diz para o nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80 vale, por identidade de razões, para o nº 2 do artigo 6º, nºs 3 e 4 do artigo 12º, nº 2 do artigo 13º e artigos 176º, 193º e 195º do mesmo diploma, onde se estabelecem diversas regras instrumentais, com vista ao exercício do direito de voto por parte de açorianos não residentes na região na eleição da assembleia regional dos Açores e se dispõe em particular sobre a organização de dois novos círculos eleitorais, para além dos nove já existentes na região: um abrangendo o restante território nacional e outro o dos demais países.

Estes normativos, que adjectivam o direito de voto dos açorianos não residentes, igualmente ofendem, pelos motivos expostos, o princípio da soberania popular, na sua particular expressão ao nível regional, em quadro de democracia representativa.

Nota-se, outrossim, que a demarcação que se fez do colégio eleitoral regional em função de critérios de vivência territorial não é exclusiva do direito positivo português.

11. O requisito da residência, como pressuposto da capacidade de exercício de direitos políticos ao nível regional, designadamente da capacidade eleitoral activa, manifesta-se em maior ou menor grau em diversa legislação estrangeira.

Em Itália, a Lei Estadual nº 108, de 17 de Fevereiro de 1968, referente à eleição dos conselhos regionais das regiões de estatuto comum, delimita o corpo eleitoral em função da residência na região, e regras similares foram estabelecidas para as regiões de estatuto especial: no artigo 8º do Decreto Presidencial nº 1155, de 13 de Setembro de 1948 (eleição do primeiro conselho regional do Trentino-Alto Adige)⁸⁰; no artigo 4º do Decreto Presidencial nº 2, de 8 de Janeiro de 1949 (eleição do primeiro conselho regional do Vale de Aosta); no artigo 4º da Lei Estadual nº 1257, de 5 de Agosto de 1962 (eleição do conselho regional do Vale de Aosta)⁸¹; no artigo 10º do Decreto Presidencial nº 1462, de 12 de Dezembro de 1948 (eleição do primeiro conselho regional da Sardenha)⁸²; e no artigo 5º da Lei Estadual nº 3, de 3 de Fevereiro de 1964 (eleição do primeiro conselho regional do Friul-Venécia Juliana)⁸³.

Em Espanha, o artigo 7º da Lei Orgânica nº 3/1979, de 18 de Dezembro (estatuto autonómico do País Basco), e o artigo 6º da Lei Orgânica nº 4/1979, de 18 de

⁷⁹ Assinale-se, a propósito, que a anterior Lei Eleitoral para a Assembleia Regional dos Açores (Decreto-Lei nº 318-C/76, de 30 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 427-E/76, de 1 de Junho) considerava como eleitores — artigos 1º, nºs 1 e 2, 2º, nº 1, e 4º — os cidadãos portugueses inscritos no recenseamento eleitoral da região, e, por conseguinte, apenas os aí residentes.

Idêntica regra consta da Lei Eleitoral para a Assembleia Regional da Madeira (Decreto-Lei nº 318-E/76, de 30 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 427-G/76, de 1 de Junho, e pela Lei nº 40/80, de 8 de Agosto), designadamente dos artigos 1º, nº 2, 2º, nº 1, e 4º do Decreto-Lei nº 318-E/76.

⁸⁰ Aí se exige a inscrição dos eleitores no recenseamento eleitoral de uma comuna da região.

⁸¹ No artigo 16º da Lei Constitucional nº 4, de 26 de Fevereiro de 1948 (estatuto especial do Vale de Aosta), é prevista a possibilidade de o corpo eleitoral se reduzir aos que tenham residido na região por um tempo mínimo não superior a um ano.

⁸² A mesma regra consta do artigo 17º da Lei Constitucional nº 3, de 26 de Fevereiro de 1948, alterada pelas Leis nºs 21, de 5 de Janeiro de 1953, 529, de 3 de Junho de 1960, e 483, de 2 de Abril de 1968 (estatuto especial da Sardenha).

⁸³ Em reprodução do que já constava do artigo 15º da Lei Constitucional nº 1, de 31 de Janeiro de 1963.

Dezembro (estatuto autonómico da Catalunha), dispõem que terão a condição política de bascos e catalães os residentes num dos municípios integrados nos territórios, respectivamente, de Euskadi e Catalunha, alargando ainda essa qualidade aos espanhóis no estrangeiro que hajam tido a última residência, respectivamente, em Euskadi e Catalunha, e aos seus descendentes espanhóis que tal requererem.

O factor residência, em todos estes casos de direito comparado, é determinante. E isto pela simples razão de que as regiões são pessoas colectivas de direito público de base territorial. Mesmo no que se refere aos estatutos do País Basco e da Catalunha, que atribuem excepcionalmente a condição política de bascos e catalães a cidadãos espanhóis no estrangeiro que ali nunca tiveram sede de vida, é exigida como que uma residência indirecta, isto é, que os pais hajam tido a última residência em território espanhol, respectivamente numa dessas regiões.

O facto de se haver nascido em qualquer das regiões autónomas — é esta também a lição do direito comparado — não tem significação jurídica em quadros de autonomia regional. Os naturais dos Açores e da Madeira residentes no restante território nacional e no estrangeiro não são cidadãos dessas regiões; não têm, por isso, o direito de votar na eleição das respectivas assembleias regionais.

II — Quer o princípio da unicidade da cidadania (artigo 4º) quer o princípio da unidade do Estatuto (artigo 6º da Constituição) são vencidos pelo nº 2 do artigo 3º, nº 2 do artigo 6º, nºs 3 e 4 do artigo 12º, nº 2 do artigo 13º e pelos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 276/80.

12. No juízo dos Deputados que dirigiram o requerimento ao Presidente da Assembleia da República, os dispositivos aqui em exame do Decreto-Lei nº 267/80 poriam ainda em causa o princípio da unidade do Estado.

Mais incisivamente, e também neste sentido, se manifesta Jorge Miranda⁸⁴: «A residência é requisito de capacidade eleitoral [...] também, embora falte preceito expresso, quanto à eleição das assembleias das regiões autónomas, por a unidade do Estado [artigos 6º, nº 1, e 290º, alínea a)] ser incompatível com a criação de subcidadanias regionais.»

Sobre normas parcialmente coincidentes, ainda que para a Madeira (nºs 4, 5, 6 e 7 do artigo 17º do Decreto da Assembleia da República nº 322/I, de 27 de Junho de 1980, que continha o Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira), já esta Comissão se pronunciou nestes termos⁸⁵:

[...] os mesmos preceitos vão pôr em causa o princípio da unidade da cidadania, contemplado no artigo 4º da Constituição. Na verdade, a autonomia tem em vista a defesa dos interesses da população do arquipélago, e os naturais da Madeira que ali não residam não pertencem à respectiva população.

Nestas diversas posições parece possível descobrir uma ideia comum: a multiplicação das cidadanias dentro do território do Estado ofenderia não só o princípio da unicidade da cidadania, como, reflexamente o princípio da unidade do Estado.

13. Segundo entendimento unânime da doutrina, são elementos constitutivos de qualquer Estado a população, o território e o poder político organizado. Enquanto estes elementos conservarem a estatura que constitucionalmente lhes é reconhecida, a

⁸⁴ «O Território», in *Estudos ...*, cit., vol. 2º, p. 87.

⁸⁵ Parecer nº 26/80, ainda inédito.

unidade do Estado é mantida. Ao invés, tal unidade é posta em xeque sempre que, ao nível da população, do território, ou do poder político organizado, se regista uma perda da respectiva dimensão constitucional.

Os ataques dirigidos a cada um destes elementos do ente estadual apenas relevam em sede de fiscalização de constitucionalidade se levados a cabo por via normativa. Nessa perspectiva se centrará a presente análise, sem esquecer que o princípio da unidade do Estado, insito no artigo 6º da Lei Fundamental, só poderá ser abarcado em toda a sua complexidade constitucional desde que articulado com os preceitos que regulam em pormenor os diversos elementos do Estado: o território, a população e o poder político organizado.

14. Os normativos do Decreto-Lei nº 267/80, que têm agora sobre si a nossa atenção, não se referem quer imediata, quer mediatamente ao território do Estado ou ao território de qualquer das regiões autónomas. Daí que, nem de perto nem de longe, hajam posto em causa a geografia territorial do Estado, nos termos em que é recortada pelo artigo 5º da Constituição.

O mesmo se diga pelo que respeita ao poder político organizado tal como a Constituição o planifica em múltiplos preceitos. No entanto, e para mais completa aclaração desta afirmação, não será descabido tecer a propósito algumas considerações.

Conforme se estrutura o poder político, e de um ponto de vista jurídico-formal, é usual classificarem-se os Estados em federais, regionais e unitários. «Nos Estados federais — escreve Juan Ferrando Badia⁸⁶ — existe pluralidade de ordenamentos constitucionais originários: pluralidade de titulares de autonomia constitucional; pluralidade de poderes constituintes, que são, de uma banda, o poder constituinte central do Estado federal, e, de outra, os poderes constituintes locais, é dizer, dos Estados-membros. Nos Estados regionais existe um só ordenamento constitucional: um único titular da autonomia constitucional; um único poder constituinte; mas pluralidade de fontes legislativas de igual natureza quer pelo seu fundamento, quer pela eficácia jurídica das leis emitidas. Esta pluralidade de fontes deriva ao mesmo tempo do *Stato-ordinamento*, do poder constituinte nacional. Nos Estados unitários descentralizados existe um único ordenamento constitucional: um só titular da autonomia constitucional, um só poder constituinte e uma só fonte criadora de leis formais.»

O princípio da unidade do Estado, visualizado em campo da estruturação do poder político, não é compaginável unicamente com a forma do Estado unitário. É um princípio que se compatibiliza, nesta perspectiva, tanto com o Estado federal, como com o Estado regional, como ainda com o Estado unitário, e se afirma crucialmente no sistema de equilíbrio de poderes estabelecido pela constituição de cada um desses estados. Não rompido o sistema, o princípio, em campo de estruturação do poder político, permanece intocado.

No esquema daquela classificação jurídico-formal, e de acordo com o nosso ordenamento constitucional, configura-se Portugal como um Estado regional, em que coexistem duas regiões autónomas, cujas assembleias representativas compartilham com os órgãos de soberania (Conselho da Revolução, Assembleia da República e Governo) o poder legislativo [artigos 148º, nº 1, 164º, 167º, 201º e 229º, nº 1, alínea *d*), da Constituição]. A unidade do Estado português, neste plano, apoia-se fundamentalmente numa repartição equilibrada de competências: de ordem administrativa, entre o poder central e o poder local; de ordem legislativa e administrativa, entre o poder central e o poder regional.

⁸⁶ *El Estado Unitario, El Federal y El Estado Regional*, pp. 185 e 186.

Não se vê, repete-se, que os dispositivos do Decreto-Lei nº 267/ 80, que neste momento nos ocupam, ganhem aqui ao princípio da unidade do Estado. Com a atribuição do direito de voto na eleição da assembleia regional dos Açores aos açorianos não residentes na região se não opera qualquer transferência de poderes de um campo para outro, nenhuma nota de desequilíbrio é introduzida no apontado sistema constitucional de repartição de competências entre o poder central e o poder regional.

15. Resta examinar um último aspecto da questão: se, em termos de população, o último elemento da realidade estatal que ficou por analisar, não terá sido quebrada a unidade do Estado.

Cada um dos membros da população está ligado ao Estado pela nacionalidade. É precisamente o vínculo de cidadania que delimita o corpo de cidadãos de um Estado.

O artigo 4º da Constituição estatui que são cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional. Não define os pressupostos base da cidadania, remetendo a sua concretização para lei ordinária ou convenção internacional. Constitui nesta parte um preceito lacunoso, susceptível, todavia, de ser preenchido de imediato, e, em certa medida, pelo recurso a normas ou princípios de direito internacional geral⁸⁷.

A cidadania, segundo o direito internacional comum, radica no princípio da efectividade. Não existindo uma relação social efectiva entre o cidadão e o Estado, a nacionalidade que este arbitrariamente lhe tenha atribuído é, no plano internacional, destituída de fundamento. Por isso que os outros Estados não tenham que respeitá-la.

Esse laço efectivo observa-se praticamente nas pessoas que descendem de nacionais do Estado (*jus sanguinis*), nas que nascem no território do Estado (*jus soli*) e nas que manifestam o desejo de entrar para a sociedade estatal. Dentro destes limites, e com vista à definição do conjunto dos seus cidadãos, goza o Estado da maior liberdade, podendo ampliar ou encurtar aqueles critérios ou casá-los entre si⁸⁸.

Segundo o direito internacional comum, o uso do critério do nascimento em certo território (*jus soli*), para efeitos de definição de uma relação de pertença para com a sociedade política ali localizada, é típico de uma situação de cidadania (vínculo de ligação a um Estado)⁸⁹.

16. O nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80 — várias vezes citado — consente que naturais dos Açores não residentes na região participem na eleição da respectiva assembleia regional. Com este dispositivo, e mediante o recurso ao critério do *jus soli*, concretiza-se um vínculo de pertença à região quanto a cidadãos que em rigor, e como já antes se mostrou, dela não fazem parte, enquanto pessoa colectiva de direito público de ordem territorial. Alargou-se a população dos Açores, juridicamente definível em função da residência no território que lhe concerne, e criou-se artificialmente um outro vínculo — idêntico ao vínculo que liga os cidadãos ao Estado — e através dele captaram-se para a região portugueses dali naturais, mas nela não residentes.

⁸⁷ O nº 1 do artigo 8º da Constituição consagra um regime de recepção automática do direito internacional geral ou comum no nosso direito interno.

⁸⁸ Giuseppe Biscottini, *Enciclopédia dei Diritto*, vol. VII, p. 141.

⁸⁹ O artigo 1º, nº 1, alíneas c) e d), da Lei nº 37/81, de 3 de Outubro (Lei da Nacionalidade), faz apelo a este critério para definição dos portugueses de origem.

Esta criação de um vínculo de cidadania regional⁹⁰, em tudo semelhante ao vínculo de cidadania estadual, como que duplicou o posicionamento político de certos cidadãos portugueses dentro do Estado, solicitados então, quase que com a mesma intensidade, por dois pólos diferentes de poder. O aduzido preceito contraria, pois, o princípio da unicidade da cidadania nos quadros da sociedade política em que cada cidadão português se insere⁹¹.

Por outro lado, a cidadania artificialmente institucionalizada pelo n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 267/80⁹², não só se sobrepõe ao vínculo que já ligava os açorianos não residentes na região ao Estado, como ainda, pela sua simples presença, debilita este último nexó jurídico. Daqui dever concluir-se pela infracção do princípio da unidade do Estado.

De facto, um dos seus elementos, a população, mais exactamente uma parte significativa dela, viu modificada a situação jurídica no contexto estatal. Houve uma alteração de sinal negativo na dimensão constitucional do elemento populacional.

Necessariamente, e pela mesma motivação, é de concluir pela inconstitucionalidade de outros dispositivos do Decreto-Lei n.º 267/80, que se limitam a adjectivar o n.º 2 do artigo 3.º desse diploma, ou sejam, o n.º 2 do artigo 6.º, n.ºs 3 e 4 do artigo 12.º, n.º 2 do artigo 13.º e os artigos 176.º, 193.º e 195.º

III — O princípio da igualdade expresso no artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição é esmagado pelo n.º 2 do artigo 3.º, pelo n.º 3 do artigo 12.º e pelos artigos 176.º, 193.º e 195.º do Decreto-Lei n.º 267/80.

17. Os limites da sua competência crítica postulam que a Comissão Constitucional visualize o princípio da igualdade de um particular ponto de vista: enquanto obriga o legislador a respeitá-lo. Em obediência a tal princípio, afirmado em termos genéricos no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição, deverá este procurar regular por forma igual as situações vivenciais que, embora diferentes em alguns aspectos, ofereçam um núcleo comum, a merecer tratamento idêntico.

O n.º 2 desse artigo 13.º, ainda que com carácter enunciativo, faz precisamente uma relação dos vários aspectos das situações vivenciais que não devem relevar, que não devem permitir, em regra, uma diferenciação regulamentativa. Nessa listagem se incluem a ascendência, o sexo, a raça, a língua, o território de origem, a religião, as convicções políticas ou ideológicas, a instrução, a situação económica ou a condição social. Por nenhuma dessas causas deve normalmente quem quer que seja ser privilegiado, beneficiado ou prejudicado.

Daqui que se tenha de entender que em princípio «viola a regra

⁹⁰ A nacionalidade condiciona o exercício de certos direitos fundamentais, entre eles o direito de voto (artigo 15.º da Constituição).

Daqui que seja de entender que o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 267/80, ao atribuir o direito de voto a certos naturais dos Açores, lhes esteja a reconhecer um estatuto de cidadãos.

⁹¹ Assim se pronunciou já esta Comissão em caso semelhante no parecer n.º 26/80, anteriormente citado.

⁹² Livio Paladin, comentando a sentença do Tribunal Constitucional Italiano, que apreciou a Lei Regional do Trentino-Alto Adige, aprovada em 7 de Outubro de 1964, e cujo artigo 1.º limitou o direito de participar na eleição do respectivo conselho regional àqueles que tivessem residido ininterruptamente no território regional nos três anos anteriores ao dia da eleição (*Giurisprudenza Costituzionale*, Anno Decimo, 1965, p. 266), escreveu:

[...] da estrutura íntima do Ente-Região, cujos traços se mantêm intactos mesmo nos ordenamentos regionais diferenciados ou especiais, parece fazer parte a regra de que as Regiões não têm cidadãos, no sentido peculiar da expressão.

constitucional da igualdade o preceito que dá relevância a um desses títulos para, em função dele, beneficiar ou prejudicar um grupo de cidadãos perante os restantes»⁹³. Face a uma diferenciação regulamentativa construída sobre um dos títulos a que se refere o nº 1 do artigo 13º da Constituição, há que ver ainda se não concorre outro motivo, decisivo no critério do legislador, e que pela sua importância poderia justificar, num juízo de razoabilidade objectiva, a variação jurídica de tratamento observada entre dois ou mais grupos humanos. Pois que só assim, e por vezes, o legislador logrará conseguir uma igualdade substancial, que é a que se tem de procurar.

18. No caso que nos ocupa terá sido infringido ou não o princípio da igualdade?

Antes de mais, é de assinalar que o privilégio concedido pelo nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80 a certos cidadãos portugueses (o direito de votar na eleição das assembleias das duas regiões autónomas) tem que ver com o seu território de origem: só aos açorianos residentes na Madeira é reservado esse duplo direito de voto⁹⁴. E tal situação jurídica não tem contrapartida: os madeirenses residentes nos Açores não podem votar na eleição da assembleia regional da Madeira.

O título diferenciativo é um dos enumerados no nº 2 do artigo 13º da Constituição, pelo que, à partida, é de presumir que houve ofensa daquele princípio⁹⁵. Mas não competirá com esse título um outro de maior valor que, numa perspectiva de objectividade e de razoabilidade, justificasse a diferenciação?

A análise, quer sistemática, quer norma a norma do Decreto-Lei nº 267/80, aponta para a inexistência de qualquer outra força motivadora da desuniformidade legislativa. Foi pura e simplesmente à qualidade de açoriano que se atendeu para, quanto aos que residam na Madeira, se estabelecer o privilégio de uma dupla participação eleitoral nas regiões autónomas⁹⁶.

Ilação inevitável assim a de que pelo nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80 foi infringido o princípio da igualdade do artigo 13º, nºs 1 e 2, da Constituição.

Por identidade de razões, se terá de concluir que o mesmo princípio é violado pelo nº 3 do artigo 12º e pelos artigos 176º, 193º e 195º do referido diploma legal, preceitos que adjectivam o direito de votar na eleição da assembleia regional dos Açores por parte dos açorianos residentes na Madeira e estruturam um novo círculo eleitoral, o do restante território nacional.

19. No que tange a esta matéria, uma última observação. O legislador não teve o propósito de criar a desigualdade que se salientou: no Decreto da Assembleia da República nº 322/I, de 27 de Junho de 1980 (Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira), e que não chegou a ser promulgado por haver sido declarado

⁹³ Parecer nº 1/76, edição oficial, vol. 1º, p. 11.

⁹⁴ De facto, por força do disposto nos artigos 1º, nº 2, 2º, nº 1, e 4º do Decreto-Lei nº 318-E/76, e porque residentes na Madeira, poderão votar também na eleição da assembleia regional da Madeira.

⁹⁵ No parecer nº 1/76, já citado, concluiu-se pela inconstitucionalidade de norma que privilegiou nas colocações, na região autónoma da Madeira, os professores dela naturais, porquanto tal comportava uma inaceitável discriminação em função do território de origem.

⁹⁶ Reflectindo sobre um particular regime do Trentino-Alto Adige, escreveu Lívio Paladin, loc. cit., que o princípio da igualdade exige «que todos os cidadãos conservem em qualquer região os mesmos direitos fundamentais».

inconstitucional, em sistema de fiscalização preventiva, pela Resolução nº 293/80 do Conselho da Revolução⁹⁷, consagrava-se idêntico regime. Nomeadamente no nº 4 do artigo 17º, e a respeito da eleição da assembleia regional da Madeira, dispunha-se:

Haverá ainda mais dois círculos eleitorais, um abrangendo os madeirenses residentes no restante espaço nacional e outro abrangendo os madeirenses residentes no estrangeiro, o primeiro elegendo um Deputado e o segundo o máximo de quatro Deputados.

Se este diploma tivesse sido promulgado, não ocorreria a desigualdade. Em sede de fiscalização de constitucionalidade não se apreciam, porém, as intenções do legislador. O juízo desta Comissão terá de virar-se antes para o sistema jurídico objectivo. Que o mesmo, por qualquer acidente de percurso, não corresponda à vontade do legislador é irrelevante.

IV — O princípio da unicidade de recenseamento eleitoral constante do nº 2 do artigo 116º da Constituição não é infringido pelo nº 2 do artigo 3º, nem pelos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80.

20. Os Deputados que assinaram o requerimento dirigido ao Presidente da Assembleia da República afirmam noutro passo da sua exposição:

Acresce ainda que o artigo 3º, nº 2, contraria o princípio da unicidade do recenseamento eleitoral para todas as eleições por sufrágio directo e universal (artigo 116º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa). É manifesta, na verdade, a necessidade de recenseamento próprio para viabilizar a aplicação desta norma legal, como, de resto, resulta dos artigos 176º, 193º e 195º

Terá sido infringido, de facto, aquele princípio constitucional?

O nº 2 do artigo 116º precisa efectivamente que o recenseamento é único para todas as eleições por sufrágio directo e universal. Um sufrágio desta espécie é de regra — artigo 116º, nº 1, da Constituição — na designação periódica dos titulares dos órgãos electivos de soberania, das regiões autónomas e do poder local. Esses órgãos assim eleitos são, ao nível do Estado, o Presidente da República e a Assembleia da República; ao nível das regiões autónomas, as assembleias regionais; ao nível das regiões administrativas, as assembleias regionais⁹⁸; ao nível dos concelhos, as câmaras municipais e as assembleias municipais⁹⁹, e ao nível das freguesias, as assembleias de freguesia.

O recenseamento eleitoral é um registo, levado a cabo na base da freguesia, de todos os cidadãos que gozem de capacidade eleitoral, ali identificados pelo nome completo, filiação, data e freguesia de nascimento e morada e número e arquivo do bilhete de identidade, permanentemente válido e anualmente actualizado (artigos 2º, 7º, 9º e 20º da Lei nº 69/78, de 3 de Novembro).

A sua indispensabilidade em todas aquelas eleições por sufrágio universal e

⁹⁷ A Resolução nº 293/80 foi precedida do parecer nº 26/80 desta Comissão.

⁹⁸ Só uma parte, a maioria, dos membros da assembleia regional são eleitos por sufrágio directo e universal; a eleição dos restantes membros cabe às assembleias municipais (artigo 259º da Constituição).

⁹⁹ A eleição por sufrágio directo e universal só determina a maioria ou metade dos representantes da assembleia municipal; os demais membros da assembleia são os presidentes das juntas de freguesia do concelho (artigo 251º da Constituição).

directo é por demais evidente.

O próprio exercício do direito de voto depende da prévia inscrição do cidadão no recenseamento eleitoral. Isto não quer dizer, porém, que a titularidade do direito de voto resulte directamente de tal inscrição. Como já se escreveu no parecer nº 19/78¹⁰⁰ «é pacífico que o direito de sufrágio decorre imediatamente da Constituição (ou da Constituição e da lei) e que o recenseamento se destina, sim, a tornar atendível a qualidade de eleitor, concerne ao exercício do sufrágio e não à sua titularidade». Como é proibida a inscrição em mais de uma unidade de recenseamento (artigo 5º da Lei nº 69/78), tal registo garante que cada cidadão só vote uma vez, precisamente na freguesia da sua inscrição.

O recenseamento encerra em si ainda outras virtudes. Indica rapidamente a extensão do eleitorado nacional, regional e local, o que permite calcular o número de deputados estaduais e regionais a eleger por cada círculo, e, outrossim, o número de representantes locais a eleger pela respectiva circunscrição. Também é possível operar negativamente com o recenseamento eleitoral e, através dele, controlar se estão definitivamente afastados do sufrágio os já falecidos e os incapacitados.

21. Dado o seu papel instrumental, ideal seria que no recenseamento estivessem inscritos em cada momento todos os cidadãos com capacidade eleitoral activa, e apenas esses, de tal modo se logrando a perfeita coincidência entre «o universo eleitoral, fixado pelo número de cidadãos que têm materialmente direito a voto (artigo 48º) e os que, efectivamente, têm 'capacidade' para exercer esse direito»¹⁰¹.

Essa coincidência é um ideal inatingível. Há sempre cidadãos não inscritos. De outra parte, as alterações do corpo eleitoral são uma constante: uns morrem, outros atingem a maioridade, outros ainda incapacitam-se, temporária ou definitivamente, outros, por fim, readquirem a capacidade perdida.

Uma actualização do recenseamento, de ordem anual, é insuficiente¹⁰². Não acompanha o passo à vida.

Tudo isto se diz para mostrar que unicidade de recenseamento não quer, nem pode querer significar um só recenseamento válido e imutável para todo o sempre. O princípio consente não só uma periódica actualização do recenseamento, como mesmo a sua reformulação global.

O que o princípio inevitavelmente exige é que em cada momento haja um só recenseamento eleitoral válido, potencialmente utilizável em todos os actos eleitorais por sufrágio directo e universal¹⁰³.

¹⁰⁰ Edição oficial, vol. 7º, pp. 53 e 54.

¹⁰¹ Parecer nº 20/78, edição oficial, vol. 6º, p. 116.

¹⁰² Embora a regra seja a da actualização anual (artigo 7º, nº 2, da Lei nº 69/78), certo é que ao longo do ano diversas modificações poderão ir sendo introduzidas em casos pontuais, salvo nos trinta dias anteriores a cada acto eleitoral, período durante o qual os cadernos de recenseamento são em absoluto inalteráveis (artigos 27º a 33º da Lei nº 69/78).

¹⁰³ No nosso ordenamento jurídico, anteriormente a 25 de Abril de 1974, existiam vários recenseamentos: o dos eleitores dos deputados à Assembleia Nacional (Lei nº 2015, de 28 de Maio de 1946, e Decreto-Lei nº 396/71, de 22 de Setembro); o dos eleitores dos vogais de eleição directa das assembleias legislativas das províncias ultramarinas (Decreto-Lei nº 13/73, de 12 de Janeiro), e o dos eleitores das juntas de freguesia (artigos 203º e segs. do Código Administrativo).

Em França, o sistema de recenseamento único foi implicitamente estabelecido pela Lei de 5 de Abril de 1884.

Em Itália, o recenseamento é único desde que a Lei Estadual nº 1058, de 7 de Outubro de

A existência de um único recenseamento permite um melhor controlo da sua autenticidade por banda dos cidadãos eleitores ou dos partidos políticos (artigos 34º, 35º e 36º da Lei nº 69/78). E, por seu turno, a autenticidade do recenseamento garante a autenticidade do próprio processo eleitoral.

22. A unicidade do recenseamento não proíbe, porém, que sobre o único registo de cidadãos dotados de capacidade eleitoral activa se efectuem diversas operações, exigidas pelas finalidades próprias do processo eleitoral.

Estão nesse caso as cópias dos cadernos de recenseamento destinados a assegurar a sua conservação e a garantir a sua integridade. É o caso ainda das cópias dos cadernos de recenseamento extraídas para cada acto eleitoral, nas quais se dão as baixas dos eleitores que votam.

Inserem-se ainda neste grupo de casos aqueles actos que, em ordem a permitir a votação em concreto dos cidadãos num acto eleitoral, delimitam, dentro do recenseamento geral, grupos de cidadãos eleitores, ora por razões especiais, ora por causas funcionais, ora por particularidades próprias da eleição, ora ainda por todos ou alguns destes motivos.

Na Lei nº 69/78, onde se regula o único recenseamento eleitoral presentemente existente para todas as eleições por sufrágio directo e universal, contemplam-se alguns daqueles casos:

- No final do processo de recenseamento, as comissões recenseadoras têm de enviar cópia fiel dos cadernos de recenseamento às entidades referidas no artigo 37º;
- Os partidos políticos podem obter cópia ou fotocópia dos cadernos de recenseamento (artigo 34º).

Outros diplomas legais são exemplares neste plano.

De acordo com os artigos 42º do Decreto-Lei nº 319-A/76, de 3 de Maio, 51º da Lei nº 14/79, de 16 de Maio, 42º do Decreto-Lei nº 701-B/76, de 29 de Setembro, 44º do Decreto-Lei nº 318-E/76, de 30 de Abril, e 51º do Decreto-Lei nº 267/80, de 8 de Agosto (textos legislativos que regulamentam, respectivamente, a eleição do Presidente da República, da Assembleia da República, das Autarquias Locais, da assembleia regional da Madeira e da assembleia regional dos Açores), deverão ser extraídas cópias dos cadernos de recenseamento para uso das mesas das assembleias e das secções de voto. Nessas cópias, vulgarmente designadas por cadernos eleitorais, à medida que cada eleitor exerce o direito de sufrágio, terão os escrutinadores de descarregar o respectivo voto.

Por outro lado, é variável, em função do órgão cuja eleição está em causa, a composição do corpo eleitoral. Desde logo, não há coincidência entre os cidadãos chamados a eleger o Presidente da República e os chamados a eleger a Assembleia da República (artigos 124º, nº 1, e 152º, nº 2, da Constituição). Essa diferenciação de universos eleitorais pela própria natureza das coisas é ainda mais acentuada no que se refere às eleições regionais e autárquicas. Isto obriga a uma prévia delimitação, dentro do recenseamento, dos cidadãos com direito a voto em cada uma daquelas eleições. Só quanto a estes se extrairão as cópias ou cadernos eleitorais, a usar ulteriormente pelas mesas das assembleias e secções de voto.

A propósito, refere-se que não terá de haver uma correspondência material absoluta entre os cadernos de recenseamento e os cadernos eleitorais: ocorrendo

1947, aboliu a distinção existente entre o eleitorado político e o eleitorado administrativo.

desdobramento de assembleias de voto, um só caderno de recenseamento dará origem a tantos cadernos eleitorais quantas as secções de voto (artigos 42º, nº 2, do Decreto-Lei nº 319-A/76, 51º, nº 2, da Lei nº 14/79, 42º, nº 2, do Decreto-Lei nº 701-B/76, 44º, nº 2, do Decreto-Lei nº 318-E/76 e 51º, nº 2, do Decreto-Lei nº 267/80), e inversamente, cadernos de recenseamento de freguesias vizinhas, cujas assembleias de voto tiverem sido anexadas poderão dar lugar a um único caderno eleitoral (artigos 31º, nº 1, do Decreto-Lei nº 319-A/76, 40º, nº 3, da Lei nº 14/79, 33º, nº 3, do Decreto-Lei nº 318-E/76 e 40º, nº 3, do Decreto-Lei nº 267/80).

Alterações de ordem repartitiva, ao nível do recenseamento, terão de ocorrer naturalmente e sempre que se modifique a divisão autárquica. O nº 5 do artigo 30º do Decreto-Lei nº 701-B/76, alude expressamente a essa situação. Posteriormente à criação do Município da Amadora pela Lei nº 45/79, de 11 de Setembro, concelho constituído pela antiga freguesia da Amadora e pelas freguesias de Belas e Queluz, houve necessidade do Despacho Normativo nº 300/79, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 26 de Setembro de 1979, determinar que se levassem a cabo «as acções necessárias à adaptação dos cadernos eleitorais à nova realidade proveniente da criação do Município da Amadora e respectivas freguesias».

Nenhuma destas operações envolverá a multiplicação dos recenseamentos. Os cidadãos inscreveram-se apenas uma vez e um só registo geral do eleitorado continuará a existir. Haverá apenas, aqui e ali, e por exigências do próprio processo eleitoral, que submeter o recenseamento ao adequado tratamento.

23. Esta análise, pelas reflexões que suscita, permitirá responder com segurança à pergunta que havia sido deixada em suspenso e que colocava a questão de saber se no Decreto-Lei nº 267/80 se criava um novo recenseamento eleitoral em aberta infracção ao princípio constitucional da unicidade, expresso no artigo 116º, nº 2, da Constituição. Desde já, e sem qualquer dúvida, se responde pela negativa à interrogação.

O nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80 alargou o campo de eleitores da assembleia regional dos Açores ao dispor que «são ainda eleitores os cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral no restante território nacional e no estrangeiro, desde que naturais da Região».

O recenseamento a que este preceito alude não pode deixar de ser o que foi estruturado conformemente à Lei nº 69/78, e que é o único existente para todas as eleições por sufrágio directo e universal.

Como o nº 3 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 267/80, em ligação ao disposto no nº 2 do artigo 3º, estipulava que haveria dois novos círculos eleitorais, um abrangendo todo o restante território nacional e outro o dos demais países¹⁰⁴, estabeleceu-se, nessa mesma linha, nos artigos 176º e 195º o seguinte regime:

Art. 176º — 1 — Durante o período de actualização do recenseamento, as comissões de recenseamento, à excepção das da região autónoma dos Açores, enviarão à Secretaria Regional da Administração Pública do governo regional dos Açores uma lista mencionando o nome e endereço postal dos naturais da região autónoma dos Açores recenseados na respectiva unidade geográfica de recenseamento.

2 — Com base nas relações recebidas nos termos do número anterior, a secretaria regional elaborará relação única por círculo eleitoral.

¹⁰⁴ Nestes círculos, em virtude do comando do artigo 193º do Decreto-Lei nº 287/80, não houve ainda eleição de deputados regionais.

Art. 195º — 1 — Para efeitos do disposto no artigo 176º, as comissões recenseadoras da Região comunicarão à Secretaria Regional da Administração Pública, no prazo de noventa dias após a publicação deste diploma, o nome, número de inscrição e residência dos eleitores naturais da Região inscritos no recenseamento eleitoral fora da área da mesma.

2 — A Secretaria Regional da Administração Pública, após receber os elementos referidos no número anterior, solicitará às comissões recenseadoras da área da residência dos eleitores acima referidos a indicação da morada dos mesmos, devendo aquelas responder no mesmo prazo de noventa dias.

Nestes dispositivos se não regulamentam operações que tenham que ver com novo recenseamento. Parte-se do recenseamento existente, e nessa base se procede ao recorte do eleitorado dos círculos a que se reporta o nº 3 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 267/80.

O tratamento de que o recenseamento é objecto está conforme com a sua natureza instrumental: visa apenas a selecção, por forma talvez não muito ortodoxa, mas indispensável, dos eleitores dos novos círculos.

Aliás, seria absurdo entender-se que uma eleição, pelas particularidades do eleitorado interveniente, tivesse sempre de violar o princípio da unicidade de recenseamento. E isto é o que parece insinuar-se no referido requerimento subscrito por diversos Deputados. Ficaria então subvertida a função intermediária do recenseamento. De instrumento converter-se-ia em obstáculo infranqueável do sufrágio. Toda a eleição por sufrágio directo e universal poderá sempre ser levada a cabo em sistema de recenseamento único. A supremacia dos interesses específicos de qualquer eleição sobre os interesses específicos do recenseamento único impõe inevitavelmente essa solução.

Novo recenseamento teria lugar sim, se com os artigos 176º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80 se tivesse pretendido conseguir a inscrição de naturais dos Açores, ausentes da Região e ainda não recenseados, para efeitos exclusivos de participação em futuras eleições da assembleia regional¹⁰⁵. Mas não é isso que sucede. Visa-se uma simples adaptação dos cadernos do recenseamento geral e único existente, por imperativos do processo eleitoral regulado no Decreto-Lei nº 267/80. Isto não acarreta logicamente um segundo recenseamento.

Em suma, e concluindo, o nº 2 do artigo 3º e os artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80 não violam o princípio constitucional da unicidade do recenseamento¹⁰⁶.

V — O princípio da representação proporcional constante do nº 2 do artigo 233º da Constituição não é ferido pelos nºs 1 e 2 do artigo 12º, nem pelos nºs 1 e 2 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80.

24. Nas regiões autónomas, dispõe o nº 2 do artigo 233º da Constituição, «a assembleia regional é eleita por sufrágio universal, directo e secreto, de harmonia com o princípio da representação proporcional».

¹⁰⁵ É certo que os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro, e recenseados, têm participado até agora, e exclusivamente, na eleição da Assembleia da República.

Esse recenseamento único, efectuado no esquema da Lei nº 69/78, é, porém, potencialmente válido para quaisquer outras eleições por sufrágio directo e universal que os venham a abranger.

¹⁰⁶ No entanto, no parecer nº 26/80, ainda inédito e a propósito de disposições paralelas do Decreto da Assembleia da República nº 322/I, de 27 de Junho de 1980 (Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira), esta Comissão, parece que só em parte, concluiu em sentido oposto.

Existem vários métodos de representação proporcional. Como se não optou por nenhum deles¹⁰⁷, o Decreto-Lei n.º 267/80 tinha apenas, no respeito pela Lei Fundamental, de instituir, para aquela eleição, e indiferentemente, uma qualquer forma de representação proporcional.

O artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 267/80 determina que a conversão dos votos em mandatos de deputado regional se fará de acordo com o método de representação proporcional de Hondt. Não basta, porém, que formalmente se afirme o princípio. É antes necessário que, em níveis materiais, ele seja acatado.

Nesta perspectiva, há que averiguar, sem embargo daquela afirmação do princípio, se um qualquer método de representação proporcional foi verdadeiramente instituído pelo Decreto-Lei n.º 267/80. Concluindo-se pela positiva, então, e só então, se poderá dizer que o artigo 233.º, n.º 2, da Constituição foi observado.

25. Nessa investigação é de ponderar que o sistema de representação proporcional se desenvolve em dois tempos¹⁰⁸, primeiro, na delimitação dos círculos eleitorais e distribuição dos deputados, depois, na conversão dos votos em mandatos. Se na fase inicial se não cria o adequado conjunto de condições, o sistema está perdido. A segunda fase, seja como seja, não pode já salvar a situação.

Em relação com a primeira fase, escreveu-se no parecer n.º 29/78 desta Comissão, em apreciação da «Lei Eleitoral para a Assembleia da República»:

[...] embora a pluralidade de círculos se retire da própria letra constitucional (artigo 152.º, n.º 2), o limite substantivo inultrapassável é o que resulta da imposição de não frustrar a regra da proporcionalidade, elevada a limite material de revisão constitucional [artigo 290.º, alínea h), *in fine*]. Essa regra ficaria frustrada, por exemplo, se o país fosse dividido em círculos com um número insignificante de deputados.

109. Ou, como por outras palavras, escreveu Jean-Marie Cotteret e Claude Emeri

A representação proporcional encontra-se lado a lado com os números elevados. Em compensação, encontra-se à justa no estreito quadro das circunscrições limitadas.

Que assim terá de ser é por demais evidente. De facto, a representação proporcional visa atribuir a cada partido ou força política um número de representantes em correspondência com a respectiva força numérica. Ou, para usar a fórmula de Joseph Barthélemy, citada em *Documents d'Études*, n.º 105, p. 10:

A representação proporcional é o sistema eleitoral que, em vez de reservar a representação à metade mais um dos eleitores, quer assegurar a cada partido uma representação em relação com a sua força numérica.

Não se cumprindo preliminarmente certas regras, os objectivos que o sistema

¹⁰⁷ Ao invés, para a eleição da Assembleia da República, a Constituição expressamente preferiu o método da média mais alta de Hondt (artigo 155.º, n.º 1).

¹⁰⁸ Estes momentos são igualmente detectáveis em todos os outros sistemas eleitorais. Por exemplo, no processo maioritário, em qualquer das suas variações (uninominal ou plurinominal, de uma só votação ou a duas voltas), deve-se procurar, num primeiro tempo, que o número de eleitores por cada círculo seja sensivelmente igual.

¹⁰⁹ *Os Sistemas Eleitorais*, p. 104.

se propõe ficarão irremediavelmente frustrados.

Não basta, porém, que a cada círculo seja atribuído um número mínimo de representantes. É necessário ainda estabelecer uma razão sensivelmente uniforme, válida para todas as circunscrições, entre o número de eleitores e o número de eleitos.

E assim é, por exemplo, que o nº 1 do artigo 13º da Lei nº 14/79 manda distribuir os deputados da Assembleia da República pelos círculos do território nacional proporcionalmente ao número de eleitores de cada círculo, segundo o método da média mais alta de Hondt.

26. Transposta a questão do plano teórico para o plano concreto, se afirma, sem qualquer espécie de incerteza, que as regras expostas não proibem que o território da região autónoma dos Açores, para efeito de eleição dos deputados à assembleia regional, seja dividido em círculos eleitorais. Na verdade, o número de deputados regionais a eleger (42) e o número de eleitores recenseados (156 128), aquando das eleições para a última assembleia regional dos Açores¹¹⁰, comportam perfeitamente a criação de vários círculos sem ofensa do princípio da representação proporcional. Ponto é que não se exagere, que não se pulverize a região em múltiplos círculos eleitorais.

Só poderia deixar de ser assim se a Constituição, em zona de direito eleitoral regional, tivesse optado pelo sistema de representação proporcional integral, ou seja, por aquele em que a eleição se desenvolve em quadro de circunscrição única¹¹¹: listas referentes a todo o território eleitoral e quociente eleitoral determinado em função do território inteiro. Mas não foi esse o caso.

Deste modo, o nº 1 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 267/80, que prevê que o território eleitoral da região autónoma dos Açores seja dividido em vários círculos eleitorais, nada dispendo seja sobre o seu número, seja sobre a sua extensão, é constitucional. Por si, não impede o funcionamento do sistema de representação proporcional.

27. Similar juízo terá de ser feito, nesta perspectiva, sobre o nº 2 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, que determina que a cada um dos novos círculos eleitorais criados (o do restante território nacional e o dos demais países) corresponda um deputado. Este preceito não se preocupa em nada com o sistema de representação proporcional, já que nenhum relevo dá à massa eleitoral recenseada por cada um desses círculos. Seja qual for a dimensão respectiva, apenas poderá eleger um deputado.

Mas, apesar disto, entende-se que o nº 1 do artigo 233º da Constituição não é violado. Já mais atrás se viu que no sistema da Lei Fundamental só poderão ser eleitores das assembleias regionais das regiões autónomas os nelas residentes. Por conseguinte, e na lógica de tal sistema, a representação proporcional foi imposta apenas para os círculos existentes no território regional.

O nº 2 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, por esta simples razão, não infringe aquele preceito constitucional.

28. A análise crítica das demais normas ora em foco não levará ainda, todavia, e no que lhes respeita, a outra conclusão.

¹¹⁰ Estes números constam de mapas, a que adiante se fará referência mais pormenorizada, publicados no *Diário da República*, 1ª série, de 16 de Agosto de 1980 e 23 de Outubro de 1980.

¹¹¹ Sistema deste tipo foi previsto na Alemanha de Weimar pela Lei Eleitoral de 27 de Abril de 1920.

Dispõe o nº 2 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 267/80 que «haverá nove círculos eleitorais, coincidentes com cada uma das ilhas da Região e designados pelo respectivo nome»; e o nº 1 do artigo 13º que «em cada círculo eleitoral serão eleitos dois deputados e mais um por cada 7500 eleitores ou fracção superior a 1000».

A distribuição dos deputados pelos nove círculos da Região obedece a uma técnica mista. Utilizam-se, para esse efeito, dois critérios: um de contingente e outro proporcional¹¹².

Aplicando este método híbrido de distribuição representativa, e em obediência ao nº 3 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, veio a Comissão Nacional de Eleições a publicar no *Diário da República*, 1ª série, de 16 de Agosto de 1980, o seguinte mapa com o número de deputados da assembleia regional dos Açores e sua distribuição pelos círculos eleitorais:

Corvo	2
Faial	4
Flores	3
Graciosa	3
Pico	4
Santa Maria	3
São Jorge	3
São Miguel	13
Terceira	7
<i>Total</i>	<u>42</u>

Examinado o mapa — referente às últimas eleições regionais — e aplicando-lhe aqueles critérios, verifica-se que quase metade dos deputados são de contingente (18) e os restantes (24) determinados por aplicação da regra da proporcionalidade.

29. Para uma mais correcta compreensão da situação, poder-se-á ainda seguir outra via expositiva.

Terá aqui de se ter em conta não só o mapa transcrito anteriormente, como ainda os dados constantes de um outro mapa, este publicado pela Comissão Nacional de Eleições, em obediência ao estatuído no artigo 115º do Decreto-Lei nº 267/80, publicado no *Diário da República*, 1ª série, de 23 de Outubro de 1980, que mostra que por altura da eleição para a assembleia regional dos Açores, que se realizou em 5 desse mês, o recenseamento de eleitores pelos nove círculos da região apresentava os seguintes números:

Corvo	292
Faial	10 796
Flores	3 130
Graciosa	4 031
Pico	10 579
Santa Maria	4 246
São Jorge	7 122

¹¹² Este sistema, embora virado para a eleição de uma câmara, parece uma síntese dos sistemas de eleição do Senado e da Câmara dos Representantes dos Estados Unidos da América, aquele constituído por dois senadores por Estado e esta por representantes em proporção com o número de eleitores de cada Estado (artigo 1º, secções 2ª e 3ª, da Constituição dos Estados Unidos da América).

São Miguel	77 690
Terceira	38 242
<i>Total</i>	<u>156 128</u>

Operando combinatoriamente com elementos dos dois mapas, verifica-se que a cada 3717 eleitores corresponderia 1 deputado regional; e que a correspondência para cada círculo eleitoral foi a seguinte:

Corvo — 1 deputado (146 eleitores);
 Faial — 1 deputado (2699 eleitores);
 Flores — 1 deputado (1043 eleitores);
 Graciosa — 1 deputado (1343 eleitores);
 Pico — 1 deputado (2644 eleitores);
 Santa Maria — 1 deputado (1415 eleitores);
 São Jorge — 1 deputado (2374 eleitores);
 São Miguel — 1 deputado (5976 eleitores);
 Terceira — 1 deputado (5463 eleitores).

Postos estes dados — respeitantes à última eleição da assembleia regional dos Açores —, cabe perguntar se o princípio da representação proporcional imposto pelo nº 2 do artigo 233º da Constituição, e neste primeiro momento de aplicação do método, terá sido plenamente acatado.

Prima facie, a lição deduzível dos números é algo perturbadora. Poderá, na verdade, dizer-se que o princípio é respeitado quando — vistas as coisas por um ângulo — se verifica que o número de deputados de contingente é quase tão elevado como o número de deputados de proporção ou quando — vistas as coisas por outro ângulo — se observam diferenças acentuadíssimas entre os quocientes eleitorais parcelares e entre estes e o quociente eleitoral geral?

A representação proporcional comporta variantes. Como já se afirmou anteriormente, qualquer delas é constitucionalmente consentida na eleição das assembleias regionais¹¹³.

Por outro lado, o sistema de representação proporcional tem aqui de ser entendido em conexão apertada com princípios basilares da autonomia regional, tal como a Lei Fundamental a define.

Assim, dispõe o nº 1 do artigo 227º da Constituição que «o regime político-administrativo próprio dos arquipélagos dos Açores e da Madeira fundamenta-se nos condicionalismos geográficos, económicos e sociais e nas históricas aspirações autonomistas das populações insulares»; e o nº 2 do mesmo artigo 227º que «a autonomia das regiões visa a participação democrática dos cidadãos [...]».

A Lei Básica dá, deste modo, um particular relevo ao factor geográfico como fundamento do regime político-administrativo das regiões autónomas, dentro das quais

¹¹³ No primeiro momento do sistema, o círculo único corresponde à mais perfeita projecção da ideia da representação proporcional. Contudo, este método não sai descaracterizado face a uma divisão do território eleitoral em vários círculos. É operativo ora no quadro nacional, ora no quadro das circunscrições locais.

Após a votação, no segundo momento do sistema, a atribuição de lugares aos partidos concorrentes pode ser feita de vários modos: atribuição de lugares, em primeira linha, por referência ao quociente eleitoral geral, e, em segunda linha, por recurso ao maior resto ou à média maior; atribuição de lugares pelo método de Hondt; atribuição de lugares pelo método de Saint-Lague ou método de Hondt corrigido pela introdução do número de Udda, etc.

a participação democrática dos cidadãos é factor de realçar.

Tendo em atenção a assimétrica distribuição dos Açores por nove ilhas disseminadas no Atlântico, e mais ou menos isoladas entre si, fácil é compreender que cada ilha, no transcurso dos séculos, haja adquirido uma identidade própria dentro do conjunto do arquipélago. Como que se poderá dizer que os Açores, como região autónoma, se desdobra em nove sub-regiões.

Estas subautonomias de facto de cada ilha são, aliás, expressamente reconhecidas em diversos dispositivos do Estatuto Político-Administrativo dos Açores, aprovado pela Lei nº 39/80, de 5 de Agosto:

- No nº 1 do artigo 63º, refere-se que «A realidade natural, económica e social que cada ilha constitui reflectir-se-á progressivamente na organização administrativa do arquipélago, numa aglutinação de funções destinadas a melhor servir a população respectiva e, simultaneamente, a incentivar a unidade do povo açoriano»;

- No artigo 64º, que «Nas ilhas em que exista mais de um município funcionará um órgão de natureza consultiva denominado Conselho de Ilha»;

- No nº 1 do artigo 70º, que «Em cada ilha deve, sempre que as circunstâncias o aconselhem, ser nomeado um delegado do governo regional, que o representará [...]»;

- E no nº 1 do artigo 71º, que «Em cada ilha podem funcionar delegações das secretarias regionais».

Estes normativos são paradigmáticos, mas não os únicos que naquele Estatuto exprimem a singularidade única de cada ilha. Por isso que tais particularidades geográficas, que o nº 1 do artigo 227º da Constituição de modo especial valoriza, postulem um mínimo de representatividade de cada ilha no órgão que é o símbolo da respectiva autonomia: a assembleia regional dos Açores. Sem esse mínimo de representatividade, a autonomia político-administrativa regional, porque internamente desequilibrada, não conseguira afirmar a sua unidade nos quadros da República Portuguesa.

É assim forçoso reconhecer que a participação democrática dos cidadãos de cada ilha na autonomia da região autónoma dos Açores exige que o princípio da representação proporcional seja aqui encarado de modo não radical.

Nesta perspectiva, já se torna aceitável a diferente força representativa que em termos puramente aritméticos é dada ao substrato humano de cada ilha. É que de outra maneira haveria ilhas que não conseguiriam fazer eleger um único deputado regional.

Na economia do nº 2 do artigo 12º e nº 1 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, atende-se à necessária representação democrática das ilhas açorianas, o que está, aliás, de acordo com o carácter *sui generis* do espaço geográfico da região, e na medida do possível nestas circunstâncias, acolhe-se o princípio da representação proporcional, o que chega para satisfazer, no primeiro momento do sistema, e só este poderia pôr dúvidas, a imposição do nº 2 do artigo 233º da Constituição.

Por fim, é de referir que este esquema corresponde a uma realidade natural, como que se limitando a projectar o vector humano de cada ilha no plano da autonomia regional. Não se descortina assim, nem de perto, nem de longe, nesse sistema eleitoral quaisquer propósitos fraudulentos ou manipulativos, o que desde logo, e a existirem tais propósitos estaria em contradição aberta com os princípios porque se deve reger o Estado de Direito democrático.

VI — O princípio insito no artigo 18º, nº 2, da Constituição é desrespeitado em parte pelo artigo 4º do Decreto-Lei nº 267/80.

30. O artigo 4º do Decreto-Lei nº 267/80, estipula que são elegíveis para a Assembleia da República os cidadãos portugueses eleitores com residência habitual na região há mais de dois anos.

O direito de ser investido em funções públicas, de carácter electivo ou não, referido no artigo 48º, nº 4, da Constituição, é, pela sua localização no título n da parte i, um direito fundamental sujeito ao regime especial dos artigos 17º e seguintes. O direito de ser eleito deputado regional nos Açores é pois um direito fundamental deste tipo. Por isso que, e por força do disposto no artigo 18º, nº 2, da Constituição, só possa ser restringido por lei e nos casos expressamente previstos na Constituição.

No artigo 4º do Decreto-Lei nº 267/80 — e para efeitos de averiguar se com ele se restringiu esse direito em ofensa à proibição constitucional — forçoso é destacar dois incisos:

Enquanto se exige, como pressuposto de elegibilidade, a residência na região;

E enquanto se exige ainda, como pressuposto de elegibilidade, que tal residência se proteja com carácter habitual por mais de dois anos.

No primeiro inciso se não descobre qualquer limitação a esse direito. Os eleitores, já se viu, terão de ser os residentes na região. Dizendo-se aí que os elegíveis provêm dos residentes, é dizer, dos eleitores, está-se a afirmar uma regra de direito eleitoral constitucionalmente reconhecida¹¹⁴. A referência à residência não é uma restrição; decorre da necessidade de definir o elegível natural.

A mesma doutrina foi já defendida por esta Comissão no parecer nº 29/78, edição oficial, 7º vol., p. 56.

Tudo isto não quer dizer que tal regra não possa comportar excepções. Daí que não pareça inconstitucional uma norma como a do artigo 2º do Decreto-Lei nº 778-E/76, de 27 de Outubro:

São elegíveis para os órgãos representativos das autarquias locais os cidadãos eleitores, ainda que não recenseados na área da respectiva autarquia local [...].

De qualquer modo, sempre será exigível que o elegível seja em geral eleitor, embora o não seja em particular na eleição a que se candidata.

Ao invés, e no que respeita ao segundo inciso, a disciplina constitucional é ultrapassada.

Directamente, a Constituição não contempla quaisquer restrições à elegibilidade para a Assembleia Regional¹¹⁵. No entanto, uma norma como a do artigo 153º da Constituição, imediatamente virada para a regulamentação da eleição da Assembleia da República, pela natureza dos princípios que encerra, parece aplicável, ainda que por via indirecta, à eleição das assembleias regionais. Seria assim legítima

¹¹⁴ «A capacidade eleitoral passiva — escreve Jorge Miranda, *O Direito Eleitoral na Constituição*, estudos citados, p. 473 — depende da capacidade eleitoral activa — só é elegível quem é eleitor (quem não pode o menos não pode o mais). Este princípio aparece a respeito quer da eleição do Presidente da República (artigo 125º), quer da Assembleia da República (artigo 153º), as mais importantes eleições políticas; não aparece a respeito das eleições regionais e locais, mas logicamente deve ser-lhe aplicável.»

¹¹⁵ Porque desligado da interpretação jurídica em curso, se não foca o caso das incapacidades eleitorais activas com inevitáveis reflexos na capacidade eleitoral passiva.

uma norma que, por virtude de incompatibilidades locais ou de exercício de certos cargos, estabelecesse inelegibilidades para as assembleias regionais¹¹⁶. Mas já não seriam constitucionalmente aceitáveis outras restrições.

Porque impossível, *ex vi* do artigo 18º, nº 2, da Constituição, o estabelecimento de restrições aos direitos, liberdades e garantias nela não expressamente mencionadas, infere-se que a inelegibilidade decorrente do facto de se não residir na região autónoma dos Açores há mais de dois anos é contrária à Lei Fundamental, já que nesta nada tal autoriza¹¹⁷.

Nesta perspectiva, o artigo 18º, nº 2, da Constituição, reprova de imediato a desigualdade criada na região autónoma dos Açores entre os aí residentes há mais de dois anos e há menos tempo.

O segundo inciso do artigo 4º do Decreto-Lei nº 267/80 é, deste modo, inconstitucional.

Conclusão final

Pelos motivos expostos, a Comissão Constitucional é de parecer:

a) Que o Conselho da Revolução não deve declarar a inconstitucionalidade dos nºs 1 e 2 do artigo 12º e do nº 1 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80 (Lei Eleitoral para a Assembleia Regional dos Açores);

b) Que o Conselho da Revolução deve declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade parcial do artigo 4º do Decreto-Lei nº 267/80, ou seja, na medida em que, não se contentando com limitar a elegibilidade para a assembleia regional aos cidadãos portugueses eleitores com residência na Região, exige ainda que essa residência se prolongue habitualmente por mais de dois anos, e isso por infringir o princípio constante do artigo 18º, nº 2, da Constituição;

c) Que o Conselho da Revolução deve declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade do nº 2 do artigo 3º, nº 2 do artigo 6º, nºs 3 e 4 do artigo 12º, nº 2 do artigo 13º e dos artigos 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80, por todos eles contrariarem o princípio da soberania popular tal como a Constituição o configura na sua particular dimensão regional, o princípio da unicidade da cidadania e o princípio da unidade do Estado e por alguns deles (nº 2 do artigo 3º, nº 3 do artigo 12º e artigos 176º, 193º e 195º desse diploma) violarem ainda o princípio da igualdade contido no artigo 13º, nºs 1 e 2 da Constituição.

Lisboa e Comissão Constitucional, 31 de Março de 1982. — *Raul Mateus* (parcialmente vencido conforme declaração de voto anexa) — *Jorge de Figueiredo Dias* (votou a conclusão constante da alínea c) *unicamente* com base em violação do princípio, reflectido no artigo 4º da Constituição, da unidade de cidadania como expressão da unidade do Estado Português — aliás em consonância com a posição que tomei no parecer nº 26/80, de 31 de Julho, desta Comissão) — *Rui de Alarcão* — *Hernâni de Lencastre* (acompanhando o relator na sua declaração de voto) — *Joaquim*

¹¹⁶ A mero título de exemplo de normas desta espécie, citam-se os artigos 5º e 6º do Decreto-Lei nº 267/80, que envolvem uma aplicação do citado artigo 153º da Constituição (inelegibilidades gerais e especiais para a assembleia regional dos Açores.)

¹¹⁷ Neste sentido e em caso semelhante, se inclinou esta Comissão no parecer nº 34/79, edição oficial, vol. 10º, p. 127.

Costa Aroso — José Manuel Cardoso da Costa (com a declaração anexa) — Armindo Ribeiro Mendes (vencido quanto a parte da conclusão indicada na alínea a) das conclusões do parecer, acompanhando a posição de vencido do relator, bem como quanto à posição que fez vencimento de que os artigos 3º, nº 2, 176º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80, não violam o princípio constitucional de unicidade do recenseamento, de harmonia com a fundamentação constante da declaração de voto anexa.) — Messias Bento (com declaração de voto) — Ernesto Augusto Melo Antunes.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei em sentido favorável à inconstitucionalidade do nº 2 do artigo 12º e nº 1 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, por considerar que estes dispositivos violavam o princípio da representação proporcional imposto pelo nº 2 do artigo 233º da Constituição para a eleição das assembleias regionais.

Com isto não quis significar a inadmissibilidade de qualquer influência do princípio da representação proporcional pelas especificidades geográficas dos Açores. Nada na Lei Fundamental aponta, todavia, para a atribuição de um particular relevo neste campo a cada ilha. Sem se contestar a natureza própria de cada uma dessas unidades territoriais, salienta-se que dentro do Arquipélago outros critérios destinados a pôr em destaque as particularidades da sua geografia poderiam ter sido utilizadas. E igualmente defensáveis em face do silêncio da Constituição. Por exemplo, o nº 2 do artigo 4º do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores distribui os departamentos do governo regional pelas cidades de Angra do Heroísmo, Horta e Ponta Delgada, tendo em conta a tradição político-administrativa daqueles três centros urbanos.

Estruturação dos círculos eleitorais em torno destes centros urbanos, e nos quadros da Constituição, era igualmente aceitável.

Qualquer que seja, porém, a distribuição dos círculos em atenção às minudências da geografia dos Açores e qualquer que seja o seu conseqüente papel de correcção do sistema de representação proporcional, uma coisa se não deverá esquecer: a representação proporcional é *expressis verbis* afirmada no nº 2 do artigo 233º da Constituição e, embora se aceite pelas razões já apontadas uma certa compressão do princípio, a verdade é que tal compressão não poderá ir nunca até ao seu total esvaziamento. Ora, é isso que no caso presente se verifica.

O nº 2 do artigo 12º e o nº 1 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, nada deixam do princípio. Este é por completo esmagado e a Constituição — *in claris* acentue-se — desrespeitada, como de seguida se mostrará.

Referem-se aqueles dispositivos ao primeiro momento de aplicação do método de representação proporcional. No entanto, e como no parecer se afirma, se então se não preencherem as exigências próprias do sistema, todo ele, no seu posterior desenvolvimento, ficará viciado. De nada adiantará que mais tarde, na transformação de votos em mandatos, se siga à risca o método.

Reportando o nosso juízo aos dados constantes do mapa em que os 42 deputados regionais a eleger são distribuídos pelos nove círculos eleitorais, observa-se que o número de deputados de contingente é quase tão elevado (18) quanto o número de deputados de proporção (24). À partida, o sistema é deturpado em tal grau que nenhuma correcção posterior o poderá reabilitar.

Conclusão similar, e talvez mais nítida, decorre da análise do mapa em que se especifica o quociente eleitoral geral e os quocientes eleitorais parcelares.

Por tudo o que já se disse não se está a sugerir que fosse de observar dentro de cada círculo eleitoral geral de 1 deputado – 3718 eleitores. A representação proporcional, como se refere no parecer, comporta variantes, mais acabadas umas que outras. Apesar disto, o quociente eleitoral geral é um ponto de referência que não pode em absoluto ser desprezado.

No entanto, em vários dos círculos eleitorais esse quociente eleitoral geral é totalmente posto à margem. Esta lição, que resulta dos números, é irrefutável.

De outra parte, observam-se diferenças acentuadíssimas entre quocientes eleitorais parcelares, designadamente no que se refere aos círculos do Corvo e de S. Miguel, casos extremos.

Desta situação, que põe a nu as irregularidades de ordem aritméticas praticadas na distribuição dos deputados pelos círculos eleitorais, dimana, e inelutavelmente, a seguinte inferência: já não é possível num segundo momento, e apesar da conversão dos votos em mandatos se fazer em obediência ao método de representação proporcional de Hondt (artigo 16º do decreto-lei nº 267/80), corrigir, são de ordem excessivamente diferenciativa.

Pode-se afirmar, sem hesitação, que o princípio da representação proporcional, no quadro do nº 2 do artigo 12º e nº 1 do artigo 13º do Decreto-Lei nº 267/80, foi reduzido ao grau zero.

Fecha-se esta declaração de voto com uma interrogação: nesta conjuntura de nula expressão do princípio da representação proporcional, que relevância poderá ser dada às condicionantes geográficas dos Açores a que se faz apelo no parecer? – *Raul Mateus*

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Votei a conclusão b) do parecer apesar de não se me afigurar líquido que o disposto no artigo 153º da Constituição – nomeadamente no entendimento dele que tem prevalecido na Comissão Constitucional – seja aplicável sem mais a outras eleições que não a da Assembleia da república, e em particular à eleição das assembleias regionais. É que – e prescindindo mesmo de esclarecer agora detalhada e exaustivamente as dúvidas que se deixam apontadas – creio, de todo o modo, que a restrição à elegibilidade para os últimos órgãos mencionados, constante do artigo 4º do decreto-lei em apreço, comprime intoleravelmente o princípio da «igualdade» de acesso às funções públicas, consignado no artigo 48º, nº 4, da Lei Fundamental (e o princípio da «tendencial equiparação» da capacidade eleitoral activa e passiva, susceptível de extrapolar-se genericamente – esse, sem dúvida – do referido artigo 153º), e é por isso, discriminatória (cf. ainda artigo 13º).

2. Quanto à conclusão c) – que igualmente votei, como votei, de resto a alínea a) -, as considerações relevantes, do meu ponto de vista, são as relativas ao princípio da unicidade da cidadania como expressão da unidade do Estado, e ao princípio da igualdade. E, se alguma dúvida ainda se poderá pôr quanto à primeira, sempre em definitivo a segunda me haveria de conduzir ao resultado que em tal conclusão se exprime: na verdade, e como quer que seja, no artigo nº 3, nº 2 do Decreto-Lei nº 267/80 consagra-se um regime que, não apenas dá azo à situação referida no nº 18 do parecer, mas, para além dessa situação mais genericamente, não tem correspondência na região autónoma da Madeira. Quer isto dizer, que com a entrada em vigor de tal preceito (e dos que são seu corolário), aplicável apenas nos Açores, se criou

uma discriminação entre os naturais de uma e de outra região – uma discriminação pois, em função do «território de origem» - não consentida pelo artigo 13º, nº 2 da Constituição – *José Manuel Cardoso da Costa*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

I

1. Diferentemente do sustentado pelo Exmo. Relator, entendi que a solução legislativa acolhida no nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80, de 8 de Agosto – solução concretizada, em matéria de recenseamento, nos artigos 176º e 195º do mesmo diploma – contrariava o princípio da unicidade do recenseamento, acolhido no artigo 116º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa.

Parece-me, com efeito, que a razão assistia aos deputados signatários da exposição que esteve na origem deste pedido de apreciação de inconstitucionalidade formulado pelo Presidente da Assembleia República, quando afirmavam ser «manifesta, na verdade, a necessidade de recenseamento próprio para viabilizar a aplicação» do nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80 (a fls. 5 dos autos de parecer nº 35/81).

Aliás, esta Comissão Constitucional teve ocasião de se pronunciar — embora em termos não muito claros — no sentido de que uma solução idêntica à do nº 2 do artigo 3º do diploma acima indicado, constante do decreto da Assembleia da República que aprovara o «Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma da Madeira», violava o princípio constitucional da unicidade do recenseamento.

No parecer nº 26/80, ainda não publicado, escreveu-se que «segundo certa perspectiva, os nºs 4, 5, 6 e 7 (do artigo 17º do Estatuto, entenda-se) vão contra o princípio de que o recenseamento é único para todas as eleições (para os órgãos de soberania, regiões autónomas e poder local) — artigo 116º, nº 2, da Constituição. Na verdade a eleição de deputados à assembleia regional *exigiria a elaboração de um recenseamento próprio segundo o território de origem* (Madeira)» (fls. 5 de exemplar dactilografado; os sublinhados não constam do respectivo texto).

2. Na tese que logrou vencimento, sustenta-se que, não obstante o alargamento do eleitorado activo da assembleia regional dos Açores operado pelo nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 267/80, o recenseamento a que esta última norma alude «não pode deixar de ser o que for estruturado conformemente à Lei nº 69/78, e que é o único existente para todas as eleições por sufrágio directo e universal». E vai-se mesmo mais longe, afirmando-se que os dispositivos normativos constantes dos artigos 176º e 195º deste diploma não contemplam «operações que tenham que ver com novo recenseamento», uma vez que se partiria do recenseamento existente, e nessa base se procederia «ao recorte do eleitorado dos círculos a que se reporta o nº 3 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 267/80».

Em jeito de conclusão, argumenta-se com a natureza *instrumental* do recenseamento, procurando demonstrar-se que a solução legislativa não visa mais do que a selecção «por forma talvez não muito ortodoxa, mas indispensável, dos eleitores dos novos círculos». De outro modo, chegar-se-ia à subversão da «função intermediária do recenseamento». Outra conclusão se tiraria, e isto na medida em que então haveria *duplicidade* de recenseamento, se o legislador tivesse pretendido conseguir a inscrição de naturais dos Açores, ausentes da Região e ainda não recenseados, para efeitos exclusivos de participação em futuras eleições da assembleia regional.

3. Não obstante a razoabilidade que, porventura, se possa encontrar em

abstracto na tese vencedora, entendo que a solução consagrada pelo legislador contraria frontalmente o nº 2 do artigo 116º da Lei Fundamental.

O preceito em causa dispõe:

O recenseamento eleitoral é officioso, obrigatório e único para todas as eleições por sufrágio directo e universal.

O preceito constitucional reproduz praticamente na íntegra o texto do nº 2 do artigo 5º do articulado proposto pela 5.ª Comissão da Assembleia Constituinte¹¹⁸.

Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, «o princípio da *unicidade do recenseamento* (nº 2) pressupõe que a capacidade eleitoral activa e a ligação entre o cidadão e a unidade de recenseamento são idênticas para todas as eleições. Isso implica que no território nacional a unidade de recenseamento não pode ser superior à freguesia e que o elemento de ligação entre o cidadão e a unidade de recenseamento é a freguesia de residência (cf. artigo 246º/1)»¹¹⁹.

Aceitando a posição dos referidos comentadores, julgo que a ligação entre o cidadão e a unidade de recenseamento é um princípio básico do direito eleitoral português, tal como consta dos «Princípios Gerais» da Parte III da Constituição — «Organização do Poder Político».

Tratando-se Portugal de um Estado unitário, embora abrangendo regiões autónomas (artigo 6º da Constituição), o elemento território avulta como realidade preponderante na determinação dos eleitores dos órgãos de soberania, das assembleias regionais e dos órgãos electivos das autarquias locais. Ora todas as eleições por sufrágio directo e universal partem de um recenseamento único que tem de reconduzir-se à unidade autárquica menos extensa, a freguesia da residência do cidadão eleitor (artigo 246º, nº 1).

Só excepcionalmente a Constituição admite que os cidadãos não residentes possam intervir na eleição de um dos órgãos de soberania, a Assembleia da República (artigos 4º, 14º, 150º e 152º, nº 2). Já quanto à eleição do Presidente da República, a Constituição confina o colégio eleitoral aos cidadãos portugueses eleitores, recenseados no território nacional (artigo 124º, nº 1). E quanto às eleições de órgãos das autarquias locais e das regiões autónomas, só podem intervir nelas os eleitores residentes nas respectivas circunscrições, tanto mais que não é constitucionalmente admissível — como, aliás, foi agora reafirmado neste parecer — a existência de uma «sub-cidadania regional»¹²⁰.

4. Em conformidade com o exposto, entendo que o princípio da unicidade da inscrição no recenseamento implica algo mais do que uma finalidade destinada a evitar que alguém possa estar recenseado mais do que uma vez (cf. artigo 5º da Lei nº 69/78, de 3 de Novembro).

No que se refere ao recenseamento dos cidadãos eleitores, o texto constitucional determina que haja um só recenseamento, quer dizer, um recenseamento

¹¹⁸ Entre ambos os textos existe uma única diferença: a substituição da palavra «de» pela preposição «por» (eleições *por* sufrágio directo e universal). Cf. Jorge Miranda, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, Lisboa, 1978, II, p. 686.

Parece ter servido de fonte a este preceito o artigo do Projecto de Constituição, publicado em 1975 pelo então deputado à Assembleia Constituinte Jorge Miranda, Cf. *Um Projecto de Constituição*, Braga, 1975, p. 64, (artigo 122º).

¹¹⁹ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 269.

¹²⁰ Situação específica apresenta o território de Macau que não faz parte do território português, embora esteja sob *administração portuguesa* (artigos 5º, nº 4, e 306º). Dada a situação especialíssima de Macau, afigura-se não ser inconstitucional a norma da Lei do Recenseamento Eleitoral que prevê um recenseamento próprio para as eleições locais do território de Macau (artigo 74º da Lei nº 69/78, de 3 de Novembro). Mas, para a eleição da Assembleia da República, Macau é integrado no círculo eleitoral dos demais países (cf. artigo 12º, nº 4, da Lei nº 14/79, de 16 de Maio).

que não seja feito para uma única eleição em concreto, mas destinado antes a ser utilizado em todas as eleições, políticas ou administrativas, em que o sufrágio seja directo e universal. A unicidade do recenseamento acaba, assim, por implicar, na prática, a permanência deste.

Através de tal imposição, a Lei Fundamental quis marcar com clareza o repúdio de práticas do regime deposto em 25 de Abril de 1974, nomeadamente a existência de uma pluralidade de recenseamentos, ligados a eleições diversas, onde se tornava mais fácil a introdução de medidas discriminatórias ou a criação de condições para o não exercício de reclamações e recursos pelos cidadãos a quem a inscrição era recusada¹²¹.

Foi também, por isso, que a lei ordinária estabeleceu um recenseamento próprio para os cidadãos residentes em Macau ou no estrangeiro: nestes casos, a unidade geográfica ou é a área administrativa correspondente à entidade recenseadora (caso de Macau) ou então o distrito consular ou o país de residência se nele houver apenas embaixada (caso dos cidadãos residentes no estrangeiro) — artigo 9º, alíneas b) e c) da Lei nº 69/78. Em caso algum se admite a inclusão dos cidadãos residentes fora do território nacional nos recenseamentos da respectiva freguesia de origem ou de uma freguesia arbitrariamente designada para o efeito. Pois, se se admitisse tal solução, isso significaria que o recenseamento aparentemente único, conteria dois recenseamentos distintos: o dos eleitores residentes e o dos eleitores não residentes.

Por tais motivos, bem pode dizer-se que o processo previsto nos artigos 176º e 195º conduzia a uma duplicação de recenseamento: bastará acentuar que o cidadão residente numa freguesia do continente ou da Madeira, ou no estrangeiro surgiria no recenseamento único de um dos nove círculos dos Açores, em lista própria e autónoma que se não confundia com os cadernos de recenseamento dos residentes desta região autónoma, sendo certo que só muito dificilmente poderia o interessado fiscalizar a sua inclusão no recenseamento, precisamente por faltar qualquer ligação entre ele e a nova unidade mediata de recenseamento (cf. artigos 34º, 35º e 36º da Lei nº 69/78).

5. Não colhe, a meu ver, igualmente o argumento retirado da natureza instrumental do recenseamento, segundo o qual as exigências do princípio da unicidade poderiam converter o próprio recenseamento em obstáculo infranqueável do sufrágio.

A verdade é que, como escreve Georges Burdeau, «com o sufrágio universal respeitante a uma população numerosa, a situação é muito diferente. Com efeito, se se pretende evitar as fraudes, é indispensável que os eleitores estejam recenseados e que o estejam anteriormente ao dia da consulta»¹²². A complexidade das operações de recenseamento acaba, porém, frequentemente por ser sentida pelos eleitores como um constrangimento que lhes repugna, em vez de ser encarada como uma mera formalidade pré-eleitoral¹²³.

É, por isso, que não impressiona que o próprio instrumento condicione ao nível sociológico o acto de sufrágio, pois há sempre cidadãos não inscritos, mesmo no recenseamento obrigatório, e é praticamente impossível evitar um reduzido número de inscrições duplicadas. A Constituição portuguesa, ao impor a unicidade do recenseamento, elevou à dignidade constitucional um princípio que normalmente surge só

¹²¹ Os requisitos mais ou menos apertados para a inscrição no recenseamento eleitoral têm funcionado historicamente como medidas discriminatórias para afastar do sufrágio certas minorias sociais [no caso dos Estados Unidos da América, foram introduzidas exigências como a *pool tax*, o teste de alfabetização, a exigência de uma longa residência para afastar do eleitorado os negros e certos imigrantes considerados indesejáveis: cf. Georges Burdeau. *Traité de Science Politique*, tomo x, *La Rebellion du Social*, Paris, 1975, pp. 104 e 105 (n. 6)].

¹²² *Ob. cit.*, tomo x, p. 104.

¹²³ *Ob. cit.*, tomo x, pp. 105 e 106.

consagrado na legislação ordinária¹²⁴. O legislador ordinário pretendeu agora, quanto à região autónoma dos Açores, criar um recenseamento com base em cada ilha ou no círculo que lhe corresponde, recenseamento novo que coexistiria com os recenseamentos gerais organizados na base da freguesia.

Tal não é, porém, constitucionalmente possível.

6. Embora sem relevância prática na solução que fez vencimento quanto à desconformidade constitucional dos artigos 3º, nº 2, 176º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80, entendi pelo exposto que tais disposições violavam igualmente o nº 2 do artigo 116º da Constituição.

II

7. No que toca à tese que fez maioria na Comissão acerca da constitucionalidade dos artigos 12º, nº 2, e 13º, nº 1 do Decreto-Lei nº 267/80, votei vencido, acompanhando desta feita o voto de vencido do Exmo. Relator.

Para além das doutas razões que constam de tal voto de vencido — razões às quais adiro integralmente — permito-me sublinhar que para mim não está em causa, no que toca à apreciação de constitucionalidade, a solução legislativa de criação de nove círculos eleitorais nos Açores, cada qual correspondente a uma das ilhas que compõem o Arquipélago. Nada parece haver, na verdade, na Constituição que proíba ao legislador ordinário a solução de criação de círculos nas regiões autónomas.

Do meu ponto de vista, o que ofende o princípio da representação proporcional acolhido para a eleição das assembleias regionais, por força do artigo 233º, nº 2, da Lei Fundamental, é a atribuição a cada círculo de dois deputados de *contingente*, permitindo uma manifesta sobre-representação dos círculos menos populosos, em especial o do Corvo.

Se cada círculo elegesse, pelo menos, um deputado, o sistema de representação proporcional ficaria salvaguardado desde que os círculos correspondentes às ilhas mais populosas tivessem um número de lugares de deputados variável em função do número de cidadãos eleitores neles inscritos. Aconteceria no caso dos Açores fatalmente que teria de haver círculos de deputado único (uninominais) e círculos de vários deputados (plurinominais), com grandezas diversas, uma vez que é uma impossibilidade fáctica a existência de lugares de deputados fraccionados¹²⁵.

Muito embora a solução do legislador de criação de círculos eleitorais na região autónoma dos Açores possa ser discutida quanto à sua oportunidade política, no plano da fiscalização de constitucionalidade apenas há que ver se existe no caso concreto uma distorção insuportável do sistema de representação proporcional, na fase prévia ao sufrágio e à conversão dos votos em mandatos, isto é, na fixação dos círculos e do número dos deputados atribuídos a cada um daqueles. Na minha opinião, o legislador foi além do que seria tolerável, mesmo quando se tenha de admitir que é praticamente impossível eliminar as injustiças menores, aquelas que são nesta matéria aceitáveis pela generalidade dos cidadãos e não sentidas, como refere Enid Lakeman, como uma injustiça séria¹²⁶.

¹²⁴ Cf. Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 1, 9ª ed., Pádua, 1975, pp. 435 e 436, no que toca ao direito italiano.

¹²⁵ «Uma vez que não existem lugares fraccionados, as grandezas (*magnitudes*) dos círculos (*districts*) variam enquanto números inteiros positivos, ordenando-se crescentemente a partir de um limite mais baixo de um» (Douglas W. Rae, *The Political Consequences of Electoral Laws*, edição revista, New Haven e Londres, 1975, p. 19).

¹²⁶ Cf. *How Democracies Vote— A Study of Electoral Systems*, Londres, 4.ª ed. revista, 1974, p. 59 (onde se analisa a evolução da redistribuição dos lugares do Parlamento britânico e de

A distorção que resulta de na ilha do Corvo corresponder um deputado a 146 eleitores, ao passo que no Faial tal correspondência se eleva a 2699 eleitores e em São Miguel a 5975 eleitores, é inconstitucional por incompatível com o sistema de representação proporcional.

8. Por tais motivos votei vencido nesta parte. — *Armando Ribeiro Mendes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a conclusão constante da alínea c), mas considerando não ter sido violado o princípio da soberania popular.

Temos, é certo, como assente que não seria constitucionalmente legítimo atribuir capacidade eleitoral activa, a quem não tivesse qualquer ligação com os Açores, na eleição para a respectiva assembleia regional.

Pois, sendo as regiões autónomas pessoas colectivas de base territorial, isso tem que significar que o território assume um papel juridicamente relevante. Desde logo, ele é o espaço, onde os órgãos de governo regional exercem o seu *ius imperii*. Depois, ele é também um *principium individuationis* dos pertencentes à região.

Só que, o elemento de conexão relevante para essa individualização não tem por que ser a residência. Pelo menos, não tem que sê-lo para todos os efeitos.

Que assim é, mostra-o o facto de o Estado ser a pessoa colectiva de base territorial por excelência e de, nem por isso, o território surgir, sempre, conexionado com a residência. Nalguns casos, o que releva é simplesmente a nacionalidade, como sucede, por exemplo, na eleição dos deputados à Assembleia da República, em que os eleitores são todos os cidadãos portugueses, residentes ou não no País (vide artigo 150º da Constituição e artigo 1º da Lei nº 14/79, de 16 de Maio).

Ora, não vejo que existam razões que, decisivamente, apontem este regime como constituindo uma excepção. Esta pode muito bem conter-se no artigo 124º, nº 1, que, relativamente à eleição do Presidente da República, restringe o direito de voto aos cidadãos recenseados no território nacional.

De facto, para credenciar aquele regime como regime constitucional-regra, nesta matéria, poderia, antes de mais, invocar-se a circunstância de — ao menos em grande número — os cidadãos não residentes continuarem profundamente ligados à sua terra, aí investindo as suas economias, aí passando as suas férias e aí também projectando acabar os seus dias. E isto levaria, naturalmente, a reconhecer-lhes um interesse semelhante ao dos residentes na escolha de quem haja que governar o País. Depois, também o princípio da universalidade de direitos, consagrado no artigo 12º e válido neste domínio (artigo 48º, nºs 1 e 2), apontaria em tal direcção. Tanto mais que o direito de voto não é incompatível com a residência no estrangeiro.

O direito de voto pode, pois, ser recusado, como aqui se recusa, a não residentes. Designadamente, por motivos decorrentes da ideia de justiça, contida no princípio da igualdade, ou como exigência do princípio da unicidade da cidadania e da unidade do Estado. Mas, o que essa recusa não pode é fundamentar-se em razões de soberania — *Messias Bento*

reformulação das *constituencies*).

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 68/82

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146.º e no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da Assembleia da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolve:

a) Não declarar a inconstitucionalidade dos n.ºs 1 e 2 do artigo 12.º e do n.º 1 do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 267/80 (Lei Eleitoral para a Assembleia Regional dos Açores).

b) Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade parcial do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 267/80, ou seja, na medida em que, não se contentando com limitar a elegibilidade para a Assembleia Regional aos cidadãos portugueses eleitores com residência na Região, exige ainda que essa residência se prolongue habitualmente por mais de 2 anos, e, isso, por infringir o princípio constante no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição.

c) Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 3.º, do n.º 2 do artigo 6.º, dos n.ºs 3 e 4 do artigo 12.º, do n.º 2 do artigo 13.º e dos artigos 176.º, 193.º e 195.º do Decreto-Lei n.º 267/80, por todos eles contrariarem o princípio da soberania popular, tal como a Constituição o configura na sua particular dimensão regional, o princípio da unidade da cidadania e o princípio da unidade do Estado e por alguns deles (n.º 2 do artigo 3.º, n.º 3 do artigo 12.º e artigos 176.º, 193.º e 195.º desse diploma) violarem ainda o princípio da igualdade contido no artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 7 de Abril de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, 1.ª série, n.º 93, de 22 de Abril de 1982.)

DECRETO-LEI N° 267/80, DE 8 DE AGOSTO

Artigo 3° (Direito de voto)

1- São eleitores da Assembleia Regional os cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral no território regional.

2- São ainda eleitores os cidadãos inscritos no recenseamento eleitoral no restante território nacional e no estrangeiro, desde que naturais da Região.

Artigo 4° (Capacidade eleitoral passiva)

São elegíveis para a Assembleia Regional os cidadãos portugueses eleitores com residência habitual na Região há mais de dois anos.

Artigo 6° (Inelegibilidades especiais)

1- Não podem ser candidatos pelo círculo onde exerçam a sua actividade os directores e chefes de repartição de finanças e os ministros de qualquer religião ou culto com poderes de jurisdição.

2- Os cidadãos portugueses que tenham outra nacionalidade não poderão ser candidatos pelo círculo eleitoral que abrange o território dos países estrangeiros.

3- A qualidade de deputados à Assembleia da República é impeditiva da de candidato a deputado da Assembleia Regional.

Artigo 12° (Círculos eleitorais)

1-O território eleitoral divide-se, para efeito de eleição dos deputados à Assembleia Regional, em círculos eleitorais, correspondendo a cada um deles um colégio eleitoral.

2- Haverá nove círculos eleitorais, coincidentes com cada uma das ilhas da Região e designados pelo respectivo nome.

3- Os eleitores residentes fora do território da Região são agrupados em dois círculos eleitorais, um abrangendo todo o restante território nacional e outro o dos demais países.

4- Os eleitores residentes no território de Macau estão incluídos no círculo eleitoral respeitante ao território dos restantes países.

Artigo 13° (Distribuição de deputados)

1- Em cada círculo eleitoral serão eleitos dois deputados e mais um por cada 7500 eleitores ou fracção superior a 1000.

2- A cada um dos círculos eleitorais referidos no nº 3 do artigo anterior corresponde um deputado.

3- A Comissão Nacional de Eleições publica no *Diário da República*, 1ª série, entre os oitenta e os setenta dias anteriores à data marcada para a realização das

eleições, o mapa com o número de deputados e a sua distribuição pelos círculos.

4- O mapa referido no número anterior é elaborado com base no número de eleitores segundo a última actualização do recenseamento.

Artigo 176º
(Relações dos naturais da Região)

1- Durante o período de actualização do recenseamento, as comissões de recenseamento, à excepção das da Região Autónoma dos Açores, enviarão à Secretaria Regional da Administração Pública do Governo Regional dos Açores uma lista mencionando o nome e endereço postal dos naturais da Região Autónoma dos Açores recenseados na respectiva unidade geográfica de recenseamento.

2- Com base nas relações recebidas nos termos do número anterior, a Secretaria Regional elaborará relação única por círculo eleitoral.

Artigo 193º
(Eleição nos círculos fora do território da Região)

1- Nas primeiras eleições para a Assembleia Regional a realizar após a publicação do presente diploma não haverá lugar a eleição nos círculos a que se refere o nº 3 do artigo 12º

Artigo 195º
(Relação dos naturais da Região já inscritos no recenseamento)

1- Para efeitos do disposto no artigo 176º, as comissões recenseadoras da Região comunicarão à Secretaria Regional da Administração Pública, no prazo de noventa dias após a publicação deste diploma, o nome, número de inscrição e residência dos eleitores naturais da Região inscritos no recenseamento eleitoral fora da área da mesma.

2- A Secretaria Regional da Administração Pública, após receber os elementos referidos no número anterior, solicitará às comissões recenseadoras da área da residência dos eleitores acima referidos a indicação da morada dos mesmos, devendo aquelas responder no mesmo prazo de noventa dias.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL PARECER Nº 12/82

Direito à contratação colectiva — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Regime e âmbito da função pública — Não inconstitucionalidade orgânica de normas não inovadoras.

1. O Presidente da Assembleia da República solicitou ao Conselho da Revolução, no uso do poder conferido pelo nº 1 do artigo 281º da Constituição Política da República, e na sequência de exposição que lhe fora apresentada pela Federação Nacional dos Sindicatos dos Trabalhadores da Função Pública, a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio, sobre a tabela salarial dos agentes e funcionários da Administração central, local e institutos públicos personalizados a vigorar nesse ano financeiro, sem nada acrescentar aos fundamentos dela. Na sequência de tal pedido, foi a Comissão Constitucional consultada por aquele Conselho.

2. A dita exposição arguiu o dito diploma da violação do direito constitucionalmente garantido pelo nº 3 do artigo 58º da Constituição e pelo artigo 8º da recente Convenção da OIT nº 151 às associações sindicais de exercer a contratação colectiva (inconstitucionalidade formal) e também da norma da alínea *m*) do artigo 167º do mesmo diploma, segundo a qual é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre «o regime e âmbito da função pública» e, portanto, além do mais, sobre a duração do trabalho, salvo autorização legislativa dada ao Governo que, embora concedida pela Lei nº 14/80, de 27 de Junho, terminara a sua validade em 30 de Setembro (inconstitucionalidade orgânica).

O Primeiro-Ministro não ofereceu qualquer resposta ao pedido, apesar de convidado a fazê-lo no prazo legal.

3. Começamos pelo primeiro fundamento do pedido — violação do direito à contratação colectiva reconhecido no já referido preceito constitucional, bem como, mais recentemente, na Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à protecção do direito de organização e aos processos de fixação das condições de trabalho da função pública e ratificada pela Lei nº 17/80, de 15 de Julho, segundo a qual (artigo 8º) «a resolução dos conflitos surgidos a propósito da fixação das condições de trabalho será procurada de maneira adequada às condições nacionais, através da negociação entre as partes interessadas ou por um processo que dê garantias de independência e imparcialidade, tal como a *mediação*, a *conciliação* e a *arbitragem*, instituído de modo que inspire confiança às partes interessadas».

Os referidos preceitos teriam sido violados pelo facto de o Governo, durante negociações prévias que teve com as associações sindicais interessadas, ter unilateralmente rompido os contactos e imposto a sua posição pelo diploma em apreço, aliás em condições mais gravosas do que as anunciadas durante aquelas, em vez de ter adoptado os processos de *mediação*, *conciliação* e *arbitragem*.

Tais atitudes constituiriam um vício de inconstitucionalidade formal. Como tal, é susceptível de enfermar todas as normas do diploma sem distinção, não obstante, assim, ao conhecimento do pedido pelo Conselho da Revolução o facto de se não enunciarem as soluções normativas desse diploma em que o vício recai. Mas procederá? Temos por certo que não.

Não pondo em causa por desnecessário o problema de saber se os direitos

dos trabalhadores, ou melhor, das suas organizações consignadas nos artigos 51º e seguintes da Constituição são aplicáveis de pleno aos trabalhadores da função pública e suas organizações a que se referem os artigos 270º e seguintes da Constituição — problema susceptível de controvérsia, sustentando uns a solução afirmativa (v. g. J. Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 143) e sustentando outros posição contrária ou, pelo menos, diversa (v. g. acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Administrativo de 13 de Fevereiro de 1980, na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 114º, pp. 51 e segs.), parece manifesto que o facto de o Governo ter rompido as negociações com as associações sindicais da função pública e ter imposto as tabelas salariais que unilateralmente entendeu não é susceptível de integrar violação nem do direito de participação do nº 2, alínea *c*), nem do direito de negociação colectiva do nº 3, ambos do artigo 58º da Constituição.

Quanto ao primeiro direito, nem sequer é invocada a sua violação, antes se reconhecendo que as associações sindicais foram ouvidas sobre a matéria, tendo-se portanto, cumprido o mínimo em que tal participação se traduz, segundo, aliás, a própria Lei nº 16/79, de 26 de Maio, e a prática estabelecida (constituição efectiva ou real).

Quanto ao segundo, porque a Constituição não regula o *processo* de negociação colectiva e a própria *lei* que o rege exclui do seu âmbito «os funcionários e agentes do Estado, autarquias locais e serviços municipalizados», remetendo-o para futura lei especial no âmbito da alínea *m*) do artigo 167º da Constituição (lei da função pública)¹²⁷ — artigo 1º, nº 2, do Decreto-Lei nº 519-C/79, de 29 de Dezembro (3º suplemento do *Diário da República*, nº 299).

É certo que diversa parece, à primeira vista, ser a solução adoptada na já citada Convenção.

Sucedede, porém, que esta, embora já ratificada por Portugal, não estava ainda vigente na data da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio, dado o disposto no seu artigo 11º, nº 3¹²⁸.

Aliás, o desrespeito da Convenção e (ou) da lei que vier a desenvolver ou concretizar os seus preceitos não integraria inconstitucionalidade. Prevalece, pelo menos, na doutrina que as convenções internacionais, se bem que tenham valor superior ao das leis ordinárias internas, não podem sobrepujar a Constituição, não chegando, portanto, a alcançar o nível desta¹²⁹.

4. Segue-se tratar da segunda arguição de inconstitucionalidade por violação da alínea *m*) do artigo 167º da Constituição. Diz-se na exposição:

O Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio, está também ferido de inconstitucionalidade orgânica, por ofensa ao artigo 167º, alínea *m*), da Constituição da República Portuguesa.

Preceitua o artigo 167º, alínea *m*) [...] que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre «regime e âmbito da função pública».

¹²⁷ Outra é a solução para os trabalhadores das empresas públicas — artigo 1º, nº 3, do diploma citado no texto e ainda a Resolução do Conselho de Ministros nº 163/80, de 9 de Maio.

¹²⁸ É o seguinte o teor deste preceito da Convenção, ratificada pela Lei nº 17/80, de 15 de Julho:

Em seguida, esta Convenção entrará em vigor para cada membro *doze meses após a data em que tiver sido registada a sua ratificação*.

¹²⁹ Cf., a este respeito, além de outros: J. Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada* — artigo 8º; Nuno A. A. Bessa Lopes, *A Constituição e o Direito Internacional*, 1979, pp. 95 e segs.; André Gonçalves Pereira, «O Direito Internacional na Constituição», apud *Estudos Sobre a Constituição*, i, pp. 37 e segs.; Azevedo Soares, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno», apud *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* (número especial). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, II, Jurídica, pp. 9 e segs.

Não está ainda rigorosamente precisado o que seja o regime jurídico específico da função pública.

No entanto, esse regime jurídico passa, seguramente, por todos os aspectos conexcionados com a constituição, a vida e a extinção da relação jurídica de emprego dos trabalhadores da função pública.

Ora, todo o diploma versa sobre aspectos conexcionados com a *vida* da relação jurídica de emprego dos trabalhadores da função pública, daí que o governo tenha, pois, invadido a esfera da competência exclusiva da Assembleia da República.

De resto, que, por exemplo, o tratamento da «duração de trabalho» é da competência exclusiva da Assembleia da República, já o VI Governo Constitucional reconheceria.

Com efeito, através da proposta de Lei nº 316/I, o VI Governo Constitucional solicitou autorização à Assembleia da República para «reformular o regime da função pública no que se refere ao regime jurídico [...] da duração do trabalho» (autorização que lhe viria a ser concedida pela Lei nº 14/80, de 27 de Junho).

E no que à «duração de trabalho» respeita, dizia-se a determinado passo da «nota justificativa» do pedido de autorização legislativa que «se porá termo à fluidez e imprecisão do actual regime da duração de trabalho, se adequarão os horários ao ritmo da vida actual, salvaguardando a qualidade que para ela se deseja, quer na perspectiva individual dos funcionários, quer na da sociedade (pensa-se, designadamente, na importância da flexibilidade para a solução do problema das pontas de tráfego).

«Outro objectivo será disciplinar com clareza o trabalho extraordinário (que se deseja limitar com rigor), bem como o nocturno e por turnos, prevendo as correspondentes majorações salariais».

Ora, sem dispor para tanto de competência e sem autorização legislativa (já que a Lei nº 14/80, de 27 de Junho, cessou em 30 de Setembro do ano transacto), o Governo legislou sobre regime da função pública — donde a inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio).

Não se identificam na exposição transcrita as *normas ou proposições normativas* que no diploma estarão, segundo a fundamentação aduzida, eivadas do vício de incompetência ou inconstitucionalidade orgânica.

Ora, mesmo quando se trata de inconstitucionalidade formal ou orgânica, deverá entender-se que é sobre *normas* e não sobre os actos ou diplomas que as emanam que incide a fiscalização *a posteriori* do Conselho da Revolução, dado o disposto no nº 1 do artigo 281º da Constituição. Nesse sentido é a orientação desta Comissão Constitucional e da doutrina (v. g. por todos Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, tomo II, p. 626; pareceres nºs 22/78 e 10/82, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 6º, p. 185 e inédito, respectivamente).

Mas se, na verdade, for líquido que *todas* as *normas* do diploma são susceptíveis de se enquadrarem na letra e espírito da alínea *m*) do artigo 167º da Constituição, tal identificação pode ser considerada dispensável, como é óbvio.

Temos, portanto, de examinar antes de mais este problema — que não é fácil, como, aliás, reconhece a Federação peticionante, como já vimos.

5. Os trabalhos preparatórios na Assembleia Constituinte não são elucidativos.

O projecto da 5ª Comissão, que serviu de base à discussão em plenário, adoptava fórmula diversa, no seu artigo 53º, alínea *j*), a saber: *Estatuto da função pública e responsabilidade jurídica da Administração*.

Quando o artigo 53º desse projecto foi discutido na Assembleia (*Diário da*

Assembleia Constituinte, nº 117, p. 3867), acabou-se por remeter a redacção definitiva de tal alínea para o capítulo relativo à Administração Pública. Mas, chegada essa oportunidade, nada se disse sobre a mudança de tal fórmula do projecto para a de *Regime e âmbito da função pública e responsabilidade civil da Administração* (cf. aquele *Diário*, nº 126, pp. 4215 e segs.)

É natural pensar que se teve em vista mais um melhoramento formal do que mudança substancial ou de conteúdo.

Assim, não se pode pensar que se teve em vista algo de semelhante ao regime da Constituição de 1911, segundo a qual era da competência do Congresso *criar e suprimir empregos públicos, fixar as atribuições dos respectivos empregados e estipular-lhes os vencimentos*, seguindo a nossa tradição constitucional, que, aliás, se manteve ainda, em parte, na primitiva redacção da Constituição de 1933 [artigo 93º, alínea *b*), segundo o qual constituía necessariamente matéria de lei a *criação e supressão de serviços públicos*]. Isso até porque na Constituição Italiana, que não deixou de ser tida em conta naqueles trabalhos, havia disposição mais próxima desta tradição do que a que veio a ser adoptada. Com efeito, no seu artigo 97º, subordinado à epígrafe «Administração Pública», diz-se:

Os serviços públicos organizam-se de *acordo com a lei*, de modo a assegurar-se o bom andamento e a imparcialidade da Administração. Na organização dos serviços são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades dos funcionários¹³⁰.

Queremos dizer que, diversamente da nossa tradição constitucional, se deixou para a competência parlamentar apenas o aspecto subjectivo da *organização* da Administração Pública, ou seja, o estatuto geral dos seus funcionários e agentes (*lato sensu*), o que é confirmado pelos artigos 267º a 272º da nova Constituição, separando, como separou, os dois aspectos — objectivo e subjectivo — de tal organização.

E só assim se pode explicar que, sem qualquer reparo, toda a prática constitucional seja nesse sentido. Assim, fora as hipóteses da *organização* autárquica, judicial, da defesa nacional [alíneas *h*), *j*) e *l*) do artigo 167º], e regional (artigo 228º) são frequentíssimas as intervenções legislativas e regulamentares do Governo no que toca à criação de serviços públicos, determinação das competências e atribuições dos respectivos órgãos, quadros, etc., a ponto tal que recentemente houve necessidade de *travar*, condicionando a proliferação das inúmeras leis orgânicas para este ou aquele serviço público (Decreto-Lei nº 140/81, de 30 de Maio) num objectivo de economia de meios e moralização cuja premência é sobejamente conhecida, aliás.

Com tal restrito sentido, o Governo, com *autorização legislativa da Assembleia*, tem procurado levar a cabo a incumbência constitucional da alínea *m*) através de alguns diplomas parciais do regime geral da função pública, como sejam: regime disciplinar, reestruturação de carreiras e categorias, correcção de anomalias, regime das funções de direcção e chefia, regime das pensões, etc. (cf. Decretos-Lei nºs 191-A a 191-F, de 25 e 26 de Junho de 1979, 465/80, de 14 de Outubro, e 76/77, de 4 de

¹³⁰ Não falta, todavia, quem, com as melhores razões, pense, apesar desta *reserva de lei*, que nem tudo o que respeita à organização dos serviços públicos, no sentido amplo que tem nesse artigo 97º, pode ser competência exclusiva do Parlamento, sob pena de não ser viável à Administração realizar os fins «do bom andamento» e da «imparcialidade» que no preceito se assinalam como seus objectivos fundamentais.

Na demonstração de tal tese salienta-se Mário Nigro, in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966. Confronte-se ainda Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ªed., 1975, pp. 591 e segs., e literatura nele citada.

Março).

Em todos eles se observa o seguinte: o objecto de tal regime pode dizer-se que abrange apenas o que é *comum e geral* a todos os funcionários e agentes, deixando-se implicitamente para o âmbito do poder legislativo e regulamentar do Governo quer o desenvolvimento de tais princípios quer a sua aplicação e adaptação aos sectores que exijam um regime particular específico, especial ou até excepcional.

Tende-se na *praxis*, assim, a interpretar a citada alínea *m*) no sentido de que esta apenas exige legislação de base ou de princípios fundamentais, como, aliás, de certo modo sugere a palavra «regime» (por semelhança com a expressão «regime político» ou constitucional), e não uma regulamentação esgotante. Sentido que, aliás, é exigido pela natureza própria do *objecto* da matéria, pela sua extrema complexidade e pela constante mutação das soluções resultante dos desenvolvimentos e descobertas da moderna *ciência da administração*, com as suas técnicas em permanente evolução. Tem-se dito — e ninguém contestará — que a chamada reforma administrativa não é algo de estático mas permanente. E se «reforma administrativa» não é só «função pública», não se duvida que também a abrange.

Sendo assim, confirma-se que o «regime» referido na alínea *m*) tenha de ser algo que possa, pela sua geral e comum aplicação, permanecer, deixando-se a complementação, execução e particularização para quem *naturalmente* (do ponto de vista constitucional) em melhores condições está para esta tarefa de pormenor — o Governo, quer como órgão superior da administração, quer mesmo como órgão de condução da política geral do País [cf. artigos 185º da Constituição, 201º, nº 1, alíneas *a*) e *c*), e 202º, alíneas *c*), *d*) e *e*)]¹³¹.

Tem sido esta a orientação seguida nesta Comissão Constitucional nos seus pareceres nºs 11/79 e 27/79, de 19 de Abril e de 7 de Agosto, nºs 14 e 3, respectivamente (apud *Pareceres da Comissão Constitucional*, 8º e 9º vols., pp. 55 e 39).

Nem todos os diplomas atrás indicados esgotaram o *regime geral e comum* visado. Além das matérias versadas, outras serão eventualmente susceptíveis de reunir tais características: modos de recrutamento e provimento (início do exercício da função pública); posições ou situações; regime de faltas, licenças, férias, descanso semanal, duração máxima de trabalho; direito à sindicalização, à greve, à contratação colectiva; responsabilidade civil, etc.

6. O diploma em apreço tem por objecto principal a actualização dos *vencimentos* dos funcionários e agentes da Administração. Os vencimentos, entre nós, à maneira europeia ocidental, têm na sua base as chamadas *categorias* (designadas tradicionalmente pelas letras do alfabeto) em vez de, como no sistema americano, as *tarefas*, numa ideia de que uma certa habilitação ou posse de diploma deve comportar uma certa polivalência nas tarefas a desempenhar por quem serve na função pública¹³².

¹³¹ Talvez porque, pelas razões apontadas no texto, não se poderia falar de «estatuto» no singular, dada a necessidade sempre sentida de estatutos especiais ou particulares (*v.g.* estatuto dos militares de carreira, dos magistrados, dos diplomatas, dos docentes, etc), é que se substituiu tal expressão pela de «regime e âmbito»).

¹³² Sobre os métodos básicos de fixação dos vencimentos, ver Bernard Gournay, *Introdução à Ciência Administrativa*, Publicações Europa-América, p.p. 49 e segs. e ainda a obra colectiva desse autor, Jean-François Kesler e Jeanne Siwek-Pouydesseau, intitulada *Administration Publique*, Themis, 1967, pp. 450 e segs.

Quanto a isso, já existe legislação nova promulgada ao abrigo da alínea *m*).

Mas o *quantum* correspondente a cada *categoria*, o qual hoje é determinado anualmente, não se podia fixar, por isso mesmo, com estabilidade. É apodíctico: a variação do custo de vida no mundo instável dos nossos dias assim o impõe.

Não podia — nem devia —, portanto, ser objecto de lei do Parlamento ou por este autorizado, na interpretação fixada nos números anteriores para o artigo 167º, alínea *m*). Acontece até que entre a lei do Orçamento Geral do Estado, da competência exclusiva e indelegável da Assembleia da República, e o diploma que, anualmente, deve actualizar as remunerações da função pública há uma ligação não despidiêda. É que, *uma vez aprovada aquela lei*, não é fácil introduzir-lhe alterações em virtude da chamada «lei-travão» do artigo 170º, nº 2, da Constituição.

Sendo assim, e porque a proposta do Governo a apresentar anualmente àquele órgão há-de conter a discriminação das despesas — entre as quais avultam as correspondentes aos vencimentos da função pública —, se ela é aprovada, com ou sem elevação do montante daquelas, há como que uma autorização implícita dada pela Assembleia ao Governo para tal fixação.

Portanto, enquanto o Decreto-Lei nº 110-A/81 não excede o âmbito da matéria (vencimentos), bem podia fazê-lo sem necessidade de autorização legislativa prévia.

7. Mas esse diploma trata, também, como se alega na exposição, de trabalho extraordinário, nocturno e por turnos e de acumulação de cargos.

Mas mesmo aqui, não obstante o espaço ocupado pelas normas a isso respeitantes, há a notar o seguinte.

Antes de mais, que todos ou quase todos os diplomas congêneres, que a cada passo surgem entre nós sobre vencimentos, tais matérias ou algumas andam como acopladas a esta última. E isso desde a célebre «reforma de vencimentos» de 1935 (Decreto-Lei nº 26 115, de 23 de Novembro, cujo relatório — nºs V e VII — é elucidativo).

Tal não sucede por acaso e a sua explicação só pode estar em que há entre elas uma conexão como que necessária ou, pelo menos, conveniente: ainda, no fundo, se trata, por um lado, de estabelecer limites máximos às remunerações derivadas de acumulação, trabalho extraordinário, nocturno, etc., por exigências orçamentais, de economia de gastos e até de moralização contentora de fraudes e, por outro, de racionalizar o trabalho por forma a evitar fenómenos que prejudicam, no fundo, a sociedade, sobretudo em períodos de grande excesso na oferta de emprego.

Daí que os grandes princípios, neste capítulo, fossem sempre no sentido de só os permitir em casos excepcionais, isto é, em caso em que é absolutamente necessário o recurso a eles, em que as vantagens sobrelevam os inconvenientes.

As melhorias remuneratórias não têm sido sempre as mesmas, mas já vimos que aí o Governo detém competência para as determinar, *pelo menos quanto ao seu limite máximo* em relação à remuneração principal ou de base ou ao vencimento da categoria imediatamente superior (princípio da hierarquização das funções que ainda informa o sistema jurídico).

Nesse ponto — e ainda em pormenores técnicos — haverá no diploma *inovações*, como, aliás, se diz no seu relatório, mas quanto aos princípios base do regime vigente ou pré-vigente (começando no Decreto-Lei nº 26 115, de 23 de Novembro de 1935, que ainda continua válido em alguma medida, e passando pelos Decretos-Lei nºs 49 410, de 24 de Fevereiro de 1969, 372/74, de 20 de Agosto, 923/76, de 31 de Dezembro, 106/78, de 24 de Maio, 204-A/79, de 3 de Julho, 200-A/80, de 24

de Julho, até ao diploma em apreço) não se detectam.

Assim, as condições de prestação de trabalho extraordinário fixadas nos artigos 10º a 19º, 20º e 21º são, *mutatis mutandis*, as que se encontravam nos artigos 10º e 11º do citado Decreto-Lei nº 372/74; o regime da acumulação de cargos é, no fundo, o que já vinha deste último decreto (artigo 14º), bem como do Decreto-Lei nº 26 115 (artigos 24º e 25º).

Podemos, portanto, concluir que, mesmo aquelas normas que aparentemente não versam sobre vencimentos, mas sobre outras matérias, como a duração de trabalho, etc., não se notam *inovações* em relação ao sistema jurídico anterior, a pouco mais se limitando que introduzir uma ou outra alteração quanto a limites de vencimentos nessas hipóteses e a compilar e reproduzir, com puras alterações de técnica, o que naquele se continha já.

Ora, esta Comissão tem vindo a seguir a orientação que, mesmo em matérias da exclusiva competência da Assembleia, não haverá inconstitucionalidade orgânica se o Governo não produzir inovações no já legislado anteriormente pelo órgão competente (cf., por todos, os pareceres nºs 3/82, de 12 de Janeiro, ainda inédito, *maxime* nº IV, *in fine*, 2/79, apud *Pareceres da Comissão Constitucional*, edição da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, vol. 7º, pp. 190 e segs., 24/80 e 29/80, ainda não publicados).

8. Parece, agora, fácil rebater a argumentação aduzida pela Federação Nacional dos Sindicatos de Trabalhadores da Função Pública que deixamos transcrita no nº 4. Assim, tudo o que no diploma diz respeito a vencimentos não cabe no âmbito da fórmula da alínea *m*) do artigo 167º da Constituição.

Naquilo que, ao menos aparentemente, não diz *só* respeito ao estatuto remuneratório, designadamente o que no diploma se contém sobre trabalho extraordinário (abrangendo nesta fórmula o trabalho nocturno, por turnos, em dia de descanso e feriados), verifica-se não só uma íntima conexão entre as duas matérias mas até que, afinal, não houve, verdadeiramente, inovações quanto aos princípios-base de tais matérias, que já vinham de diplomas anteriores, inteiramente válidos do ponto de vista orgânico, por emanados de quem, no período da sua promulgação e publicação, detinha competência para legislar (o Governo).

Só na aparência é que o Governo terá feito uso abusivo, digamos, da autorização da Lei nº 14/80, de 27 de Junho, já caduca à data do Decreto-Lei nº 110-A/81.

Mediante essa autorização, o Governo propunha-se, em boa verdade, outra coisa: não legislar propriamente sobre vencimentos e suas conexões com certas formas anómalas de prestação do trabalho, mas, sim, e não em exclusivo, aliás, *sobre duração do trabalho*.

Lia-se no pedido:

Nesta perspectiva, matérias pertinentes à disciplina da prestação do trabalho (férias, feriados, faltas e licenças e regime da duração do trabalho) e as relativas à multiplicidade de vínculos — a qual, na maior parte dos casos, redundava em efectivo prejuízo e insegurança de emprego dos trabalhadores — requerem tratamento em novos termos e também um esforço de compilação de normas dispersas de interpretação difícil e frequentemente variável. (*Diário da Assembleia da República*, 2ª série, nº 50, de 29 de Abril de 1980.)

Ora, a matéria da duração do trabalho encontra-se regulada em legislação diferente da que invocamos até aqui. Permita-se que se apele aqui para a autoridade da *Revista de Administração Pública*, uma vez que é editada pela Secretaria de Estado da

Reforma Administrativa. No ano III, nº 7 (Janeiro-Março de 1980), p. 161, encontra-se enumerada a legislação sobre «duração do trabalho» e que vamos reproduzir:

Decreto-Lei nº 19/78, de 18 de Março de 1931;
Decreto-Lei nº 37 118, de 27 de Outubro de 1948;
Decreto-Lei nº 42 800, de 11 de Janeiro de 1960;
Decreto-Lei nº 505/74, de 1 de Outubro;
Resolução do Conselho de Ministros, publicada no *Diário do Governo*, 1ª série, de 28 de Junho de 1975;
Despacho do Ministro da Administração Interna, publicado no *Diário do Governo*, 1ª série, de 2 de Junho de 1975;
Decreto-Lei nº 309/76, de 27 de Abril;
Decreto-Lei nº 335/77, de 13 de Agosto (feriados);
Circular da Direcção-Geral da Contabilidade Pública nº 775-A;
Resolução nº 72/78, de 19 de Maio (trabalhadores-estudantes);
Decreto-Lei nº 106/78, de 24 de Maio (fórmula da hora de trabalho);
Resolução nº 173/78, de 26 de Outubro;
Resolução nº 142/79, de 11 de Maio (semana americana);
Decreto-Lei nº 204-A/79, de 3 de Julho (fórmula do valor-hora);
Decreto-Lei nº 373/79, de 8 de Setembro (artigo 5º, tempo parcial e tempo prolongado).

Por sua vez, a legislação sobre «trabalho extraordinário» e sobre «estatuto remuneratório» é enunciada em epígrafes diferentes (pp. 157 e 158).

Mas ainda que o Governo tivesse reconhecido que a disciplina do «trabalho extraordinário» era das contidas na alínea *m*) do artigo 167º da Constituição, isso só por si não era suficiente para mostrar que as normas do Decreto-Lei nº 110-A/81, sob essa epígrafe, cabem dentro dela, sobretudo quando, como julgamos ter mostrado, elas se perspectivam sob um ângulo remuneratório, e no seguimento de uma praxe já tradicional entre nós, e não inovam, *substancialmente*, quanto ao resto.

9. Pelas razões expostas, esta Comissão é de parecer que o Conselho da Revolução não deve declarar a inconstitucionalidade formal e orgânica do Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio (que altera a tabela de vencimentos, gratificações e pensões dos funcionários e agentes da Administração Pública, da administração central e local e dos institutos públicos), ou de alguma das suas proposições normativas, já que não há violação do disposto no artigo 58º, nº 3, da Constituição, em conjugação com a Convenção nº 151 da OIT, ratificada pela Lei nº 17/80, de 15 de Julho, bem como na alínea *m*) do artigo 167º daquele primeiro diploma.

Lisboa e Comissão Constitucional, 31 de Março de 1982. — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* (sublinhando que entendo — por razões que resultam da minha declaração de voto no Parecer nº 17/81 — que a Constituição não garante o direito de contratação colectiva aos trabalhadores da função pública) — *Armando Ribeiro Mendes* (votou o parecer, discordando embora da solução que fez vencimento de apreciação da alegada inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio, que fixavam a tabela salarial dos agentes e funcionários da administração central, local e institutos públicos personalizados. Na verdade, tais normas deixaram já de vigorar, achando-se substituídas pelas constantes do Decreto-Lei nº 15-B/82, de 20 de Janeiro — cf. artigo 10º deste último diploma. Assim sendo,

pareceu-me inútil a apreciação da questão de constitucionalidade, já que uma eventual declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc* não se revestiria de relevância prática: com efeito, sempre seria insustentável defender que os trabalhadores da função pública tivessem de restituir os aumentos postos à sua disposição e entretanto percebidos ou, então, que o Estado tivesse de pagar agora um complemento de remuneração indeterminado, não previsto no Orçamento Geral do Estado, nem constante de diploma legal vigente no ano económico findo) — *Messias Bento* — *Raul Mendes* — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Rui de Alarcão* — *Hernâni de Lencastre* (vencido pelas razões que exponho em declaração que junto) — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

I

Reconhecida como é entre nós a legitimidade das associações de trabalhadores da função pública e das suas organizações sindicais, impedir-lhes ou restringir-lhes o livre exercício dos direitos que o artigo 58º da Constituição da República Portuguesa (no desenvolvimento dos preceitos que o antecedem) concede aos trabalhadores, sem entre eles fazer no seu texto distinção alguma, parece-nos inaceitável.

Não podendo desprendermo-nos do texto constitucional, no seu enquadramento sistemático, não vemos, em boa verdade, que daí se possa extrair fundamento algum válido para afastar aquela categoria de trabalhadores do livre exercício desses direitos.

Será um entendimento, este, não pacífico, como houve de resto oportunidade de salientar no parecer agora votado (com citação da *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Canotilho e Vital Moreira, p. 143, por um lado, e do acórdão, em Pleno, do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de Fevereiro de 1980, in *Rev. Leg. Jur.*, 114º, e 51, por outra).

Que assim seja, não deixamos com isso de pensar que esse entendimento é ainda o que mais se coaduna com a letra e o espírito da nossa Lei Fundamental, na qual, orientada que é pela defesa da liberdade e igualdade de todos os cidadãos, não vemos margem para tratamentos discriminatórios de qualquer espécie entre os trabalhadores.

Quanto à Convenção nº 151 da OIT, tendo em conta o que ficou estabelecido pelo seu artigo 11º, nº 3, não deixará de convir-se que só é formalmente de invocar como parte do nosso direito interno depois do Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio, uma vez que ficou diferida para doze meses após o registo da respectiva ratificação, que ocorreu pela Lei nº 17/80, de 15 de Julho, a sua entrada em vigor entre nós.

Mas o que desde logo importa reter é que essa ratificação só por si corresponde necessariamente ao reconhecimento de não haver entre as disposições daquela e as da nossa Constituição colisão alguma.

E não será assim despropositado concluir que a mesma Convenção não veio mais que confirmar, ainda que concretizando melhor, o que do texto constitucional já era possível depreender; digamos que explicitando o que nele se podia ter como pressuposto.

Não é, por outras palavras, uma *vacado legis* daquela ordem que nos pode impedir de reconhecer aos trabalhadores da função pública pela Lei Fundamental, *ex tunc*, o livre exercício dos aludidos direitos, sem excluir os de participar na elaboração da legislação laboral e na contratação colectiva [cit. artigo 58º, nº 2, alínea *a*), e nº 3, da

Constituição].

Pelo que a esta respeita, sem dúvida que pode dizer-se que se aguarda ainda, para essa categoria de trabalhadores, a publicação de uma lei que a regule.

Não se esqueça, porém, que a falta de medidas legislativas para tornar exequíveis as normas constitucionais, o que pode inclusivamente configurar uma inconstitucionalidade por omissão (artigo 279º da Constituição), não cabe a esses trabalhadores.

E, por isso, também não devem ser eles a suportar-lhe as consequências.

Seja como for, o que no mínimo haveria que respeitar era a efectiva participação desses trabalhadores [cit. artigo 58º, nº 2, alínea *a*), da Constituição e Lei nº 16/79, de 26 de Maio] em condições tais que a mesma não pudesse ser posta em dúvida.

E isso parece não ter sucedido, pelo menos de modo inequívoco, já que após um começo de audiência, ao que se depreende, tudo haverá decorrido sem a sua efectiva intervenção.

Se bastasse um começo de negociações, prejudicadas *ab initio*, para se dar como preenchido o direito de participar, fácil seria iludir a obrigação que lhe corresponde.

Mais não seria preciso, para tanto, que marcar aos trabalhadores uma entrevista e de imediato dispensá-los, ignorando-lhes daí por diante a existência.

Certamente que não é isso que está na previsão constitucional, mas sim uma efectiva e concreta intervenção, materializada numa activa presença negocial ao longo de todo o processo, sem o que não alcançamos a possibilidade de se falar de uma verdadeira participação.

E o que vemos, neste caso, não se parece com isso.

Tenham embora aqui os trabalhadores principiado a ser ouvidos, não se mostra, quanto a negociações, ter havido mais que isso: um começo de participação, não uma participação. E sem esta, que por essa forma não nos parece que se possa ter como comprovada, o diploma em causa enferma, entendemos, de um vício de inconstitucionalidade formal.

A partir daqui dispensar-nos-emos de nos alongar, designadamente quanto ao exercício da contratação colectiva, já que tudo mostra que, para a boa saúde de uma lei respeitante a trabalhadores, assegurar-lhes a efectiva participação se apresenta como a primeira de todas as preocupações, aquela que comanda todas as demais e que, inclusivamente, as pode prejudicar.

II

Outro aspecto será o da invasão pelo Executivo de uma zona de reserva exclusiva da Assembleia da República [artigo 167º, alínea *m*), da Constituição].

Temos de confessar que também aqui, não obstante a doura e desenvolvida argumentação em que se louva o parecer votado, as dúvidas que nos assaltam não ficaram em definitivo arredadas.

É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre o «regime e âmbito da função pública», isso o que o texto constitucional estabelece.

E assim parece que toda a questão se circunscreve a saber o que deva entender-se por «regime e âmbito da função pública».

Não vemos, porém, razões para, à falta de uma definição legal ou jurisprudencial do conceito que se encerra naqueles vocábulos empregados no texto, nos impedirmos de socorrer do significado que correntemente a estas é atribuído.

Afigura-se, pois, que por «regime e âmbito da função pública» se pode

entender o conjunto de normas através das quais a Administração Pública, no seu campo de acção próprio, diariamente se realiza e toma corpo.

Se as crescentes exigências da vida quotidiana, na sua variada complexidade, tendem a ampliar nos Estados modernos a directa intervenção dos governos na pormenorização dessa regulamentação, já mal se aceita que em questões de fundo, num sistema de representatividade política, o Executivo se substitua à assembleia legislativa sem a delegação desta.

Ora o Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio, não se limitou, como se reconhece no parecer, a aprovar uma nova tabela salarial que poderia tomar-se como uma daquelas aceitáveis pormenorizações, enquadráveis na gestão administrativa, sem bulir com os princípios básicos do regime e âmbito da função pública, assim se dispensando, de facto, a autorização da Assembleia da República (artigo 168º da Constituição).

Mas o diploma não se ficou por aí, como se disse.

Além de alterar a tabela de vencimentos, gratificações e pensões dos funcionários e agentes da Administração Pública, debruçou-se sobre o trabalho extraordinário e acumulação.

Permitiu-se abordar aspectos como os do trabalho nocturno, turnos, trabalho em dias de descanso e feriados, bem como o da acumulação de cargos, tomando de certo modo posição a esse respeito.

Subordinados, embora, ao tema remuneratório, esses aspectos não deixam de situar-se num campo que é o da acção da função pública, enfim no âmbito desta, e difícil é, quanto a nós, destacá-los do regime próprio da mesma Administração Pública, de modo a furtá-los àquela competência exclusiva da Assembleia da República, de que fala a Lei Fundamental.

Propendemos, por isso, para concluir que o Governo se devia ter munido, para tanto, da competente autorização (a que anteriormente obtivera pela Lei nº 14/80, de 27 de Junho, caducara), de harmonia com o disposto no artigo 201º, nº 1, alínea *b*), da Constituição, o que não consta.

Nesta ordem de ideias, naturalmente que somos conduzidos a ver também aqui uma forma de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade orgânica neste caso.

E não é, certamente, a circunstância de o diploma em análise poder dizer-se ultrapassado por uma lei orçamental já aprovada pela Assembleia da República e marcada pela anualidade que pode impedir a denúncia de tal vício, independentemente das consequências que daí se extraiam.

Isto porque um juízo de inconstitucionalidade, e não somos solicitados senão por isso, na sua especificidade, não encontra outras balizas que não sejam as que a própria Lei Fundamental lhe fixa.

Estes, essencialmente, os motivos que nos impediram de acompanhar favoravelmente a votação do parecer. — *Hernâni de Lencastre*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N° 64/82

Ao abrigo do disposto na alínea *c*) do artigo 146° e no n° 1 do artigo 281° da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da Assembleia da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolve não declarar a inconstitucionalidade formal e orgânica do Decreto-Lei n° 110-A/81, de 14 de Maio, ou de algumas das suas proposições normativas, já que não há violação do disposto no artigo 58°, n° 3, da Constituição, em conjugação com a Convenção n° 151 da OIT, ratificada pela Lei n° 17/80, de 15 de Julho, bem como na alínea *m*) do artigo 167° daquele primeiro diploma.

Aprovada em Conselho da Revolução em 7 de Abril de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, 1ª série, n° 90, de 19 de Abril de 1982.)

**MINISTÉRIOS DAS FINANÇAS E DO PLANO E DA REFORMA
ADMINISTRATIVA**

DECRETO-LEI Nº 110 A/81, DE 14 DE MAIO

1. Na revisão dos vencimentos do funcionalismo, a que se procede pelo presente diploma, foi preocupação fundamental cobrir o agravamento do custo de vida dos trabalhadores dependentes do Estado, assegurando-lhes, na medida do possível, a manutenção do respectivo poder de compra.

Numa perspectiva mais ampla de reforma da Administração introduzem-se princípios genéricos uniformizadores do estatuto remuneratório dos funcionários e agentes, visando objectivos de moralização da função pública pela correcção de desigualdades sectoriais que têm vindo a ser criadas, assumindo em alguns casos proporções alarmantes.

A situação dos aposentados foi também objecto de atenta ponderação, actualizando-se as respectivas pensões de acordo com critério adaptado daquele que presidiu ao aumento de vencimentos do pessoal no activo, assim se evitando o agravamento da actual situação de degradação de parte significativa das pensões.

Dadas as dificuldades atravessadas pela nossa economia e conhecido o peso das despesas com o pessoal da Administração no Orçamento Geral do Estado, não se afigura fácil conciliar a indispensável política de contenção das despesas públicas com os objectivos de justiça social em que se empenha a acção governativa.

As pensões são actualizadas de acordo com o aumento médio que a nova tabela de vencimentos acarreta face às remunerações fixadas em Julho de 1980, assegurando-se a todos os pensionistas um aumento de 15 %.

Esta actualização terá lugar independentemente das medidas correctivas da degradação da generalidade das pensões que o Governo se encontra empenhado em levar a cabo a breve prazo, de acordo com o calendário que as limitações orçamentais aconselharem e tendo em vista permitir o acompanhamento automático pelas pensões da evolução dos vencimentos do pessoal no activo.

3. De acordo com os anunciados objectivos de moralização, adoptam-se dispositivos inovadores em matéria de limites remuneratórios, acumulações, remunerações acessórias e remunerações por trabalho-extraordinário, nocturno e em dias de descanso.

Nestas matérias verificam-se práticas com carácter de regularidade que desvirtuam totalmente o sentido subjacente à atribuição das remunerações e dos abonos a que dão direito, conduzindo, nuns casos, a situações de privilégio abusivo e constituindo, noutros casos, formas transviadas de acréscimos de vencimento.

Para obviar a esta situação, o presente diploma, recolhendo ou revogando normas dispersas, prossegue o duplo objectivo de moralizar a prática administrativa e de introduzir na função pública princípios inovadores, com relevo para o trabalho extraordinário.

Assim:

O Governo decreta, nos termos da alínea *a)* do nº 1 do artigo 201º da Constituição, o seguinte:

CAPÍTULO I
Vencimentos, gratificações e pensões

SECÇÃO I
Vencimentos

Artigo 1º— 1 —A tabela de vencimentos dos funcionários e agentes da Administração Pública, da administração central e local e dos institutos públicos que revistam a natureza de serviços personalizados ou fundos públicos passa a ser, a partir de 1 de Maio de 1981, a seguinte:

A	39 700\$00
B	37 300\$00
C	34 300\$00
D	30 800\$00
E	27 500\$00
F	25 500\$00
G	24 300\$00
H	22 200\$00
I	21 300\$00
J	18 900\$00
K	18 100\$00
L	17 000\$00
M	15 900\$00
N	15 500\$00
O	14 800\$00
P	14 100\$00
Q	13 400\$00
R	12 800\$00
S	12 200\$00
T	11 500\$00
U	10 900\$00

2 — O disposto no número anterior será aplicável, na medida das respectivas disponibilidades financeiras, ao pessoal cujas remunerações são asseguradas pelos Cofres Gerais dos Tribunais e dos Conservadores, Notários e Funcionários da Justiça, mediante despacho do Ministro da Justiça.

Art. 2º — 1 — As remunerações mensais correspondentes a cargos ou funções exercidos a tempo completo, mas que não coincidam com qualquer das letras da tabela constante do nº 1 do artigo 1º, serão aumentadas, a partir de 1 de Maio de 1981, na percentagem da letra que lhes esteja mais próxima.

2 — Caso as remunerações a que se refere o número anterior se encontrem a igual distância de duas letras, adoptar-se-á a percentagem de aumento da letra superior.

Art. 3º1 — As remunerações dos aprendizes e praticantes que não estejam incluídas nas letras da tabela constante do nº 1 do artigo 1º são fixadas, com efeitos a partir de 1 de Maio de 1981, nos termos seguintes:

1º ano de aprendizagem	7 900\$00
2º ano de aprendizagem	9 000\$00
3º ano de aprendizagem	10 200\$00
Praticantes	9 200\$00

2— A remuneração dos paquetes é fixada, com efeitos a partir de 1 de Maio de 1981, em 7500\$.

3— Sem prejuízo de remunerações superiores já praticadas, a remuneração mensal dos trabalhadores rurais ao serviço das entidades referidas no artigo 1º será fixada de acordo com o salário corrente na região, não podendo em caso algum ser inferior ao salário mínimo nacional fixado para os trabalhadores da agricultura de acordo com as respectivas funções.

Art. 4º— 1 — Os vencimentos do pessoal dirigente abrangido pela coluna das designações do mapa anexo ao Decreto-Lei nº 191-F/79, de 26 de Junho, bem como dos dirigentes equiparados ao abrigo da Resolução nº 354-B/79, de 14 de Dezembro, passam a ser, com efeitos a partir de 1 de Maio de 1981, os seguintes:

Director-geral, secretário-geral e outros cargos equiparados a director-geral-42 500\$;

Subdirector-geral e outros cargos equiparados — 39 400\$;

Director de serviços e outros cargos equiparados — 36 900\$;

Chefe de divisão e outros cargos equiparados — 34 600\$.

2 — Os vencimentos do pessoal dirigente constante no anexo II ao Decreto-Lei nº 466/79, de 7 de Dezembro, passam a ser, com efeitos a partir de 1 de Maio de 1981, os seguintes:

Director-delegado do grupo III e restantes — 34 200\$;

Chefe de serviço administrativo do grupo II e restantes — 31 400\$;

Director-delegado do grupo IV e restantes — 28 400\$;

Chefe de contabilidade do grupo III e restantes — 25 900\$;

Chefe de serviço administrativo do grupo IV e restantes — 24 500\$.

Art. 5º — 1 — Aos membros das comissões instaladoras de quaisquer organismos ou serviços públicos desempenhando as respectivas funções a tempo completo não podem ser abonadas, salvo quando lhes sejam aplicáveis disposições legais relativas ao exercício de funções em regime de dedicação exclusiva contidas em diplomas especiais, remunerações mensais superiores:

a) Ao vencimento de director-geral, para o presidente;

b) Ao vencimento de subdirector-geral, para os restantes membros.

2 — Aos membros das comissões a que se refere o número anterior que exerçam as respectivas funções em regime de acumulação aplicar-se-á o disposto no capítulo IV.

SECÇÃO II

Gratificações que constituem única forma de remuneração

Art. 6º— 1 — As gratificações ou outros abonos que constituam a única forma de remuneração do exercício de cargos ou funções serão alterados, com efeitos a partir de 1 de Maio de 1981, ou fixados pela primeira vez, de acordo com o disposto nas alíneas seguintes:

a) Se se tratar de trabalho a tempo parcial, tendo por base a remuneração mensal a que correspondem as funções exercidas, quando em regime de tempo

completo, de acordo com o estabelecido no artigo 29º;

b) Se se tratar de exercício de funções sem sujeição a horário determinado ou de cargo desempenhado em regime de tempo parcial sem correspondência nas categorias existentes na função pública, mediante despacho conjunto dos Ministros das Finanças e do Plano, da tutela e da Reforma Administrativa;

c) Se se tratar de gratificações devidas por funções exercidas em acumulação, designadamente no âmbito de comissões ou grupos de trabalho, mediante despacho conjunto dos membros do Governo referidos na alínea anterior.

2— As gratificações a que se referem as alíneas b) e c) do número anterior só terão de ser actualizadas mediante despacho quando não tenham sido inicialmente fixadas por referência a letras de vencimento, caso em que essa actualização decorre do respectivo aumento.

3— A actualização de gratificações por despacho não poderá ocorrer antes de um ano sobre a data da sua última fixação nem exceder a média ponderada do aumento anual de vencimentos.

SECÇÃO III

Pensões

Art. 7º —1 — São aumentadas em 15 %, com efeitos a partir de 1 de Maio de 1981, as seguintes pensões:

a) Pensões de aposentação, de reforma e de invalidez;

b) Pensões de sobrevivência, incluindo as atribuídas pelo Decreto nº 52/75, de 8 de Fevereiro, e pelo Decreto-Lei nº 24 046, de 21 de Junho de 1934, e legislação complementar;

c) Pensões de preço de sangue e outras a cargo do Ministério das Finanças e do Plano, com excepção das resultantes de condecorações e das Leis nºs 1942, de 27 de Julho de 1936, e 2127, de 3 de Agosto de 1965.

2— As pensões alteradas em conformidade com o disposto no número anterior não poderão exceder as que seriam calculadas com base nas remunerações constantes das tabelas de vencimento fixadas no presente diploma ou nas que constem de tabelas aprovadas por disposição legal posterior.

3— As pensões pagas através da Caixa Geral de Aposentações, do Montepio dos Servidores do Estado e de outras entidades públicas em cujo encargo o Estado não participe poderão ser actualizadas nos termos dos números anteriores, mediante decisão das entidades competentes.

CAPÍTULO II

Remunerações acessórias

Art. 8º —1 — É proibida a criação, aumento ou extensão de remunerações acessórias, nomeadamente ao pessoal dos serviços e unidades orgânicos que sejam criados ou integrados, mantendo quadros de pessoal diferenciados e hierarquia própria, em departamentos em cujo âmbito as mesmas venham sendo praticadas.

2— Em casos devidamente fundamentados, mediante decreto assinado pelos Ministros das Finanças e do Plano, de tutela e da Reforma Administrativa, sob parecer favorável da Comissão Interministerial para as Remunerações Acessórias, poderá ser excepcionado o disposto no número anterior.

3— Para efeitos do presente decreto-lei, consideram-se acessórias as

remunerações que acrescem ao vencimento ou remuneração principal, excluindo as referidas no artigo 6º, os suplementos ou remunerações complementares devidos pela prestação de trabalho em regime de horário prolongado ou de exclusividade, remunerações por trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso e em feriados, diuturnidades, subsídio de refeição, subsídios de férias e de Natal, abono de família e respectivas prestações complementares, senhas de presença, abonos para falhas, ajudas de custo, subsídios de viagem e de marcha, despesas de representação e quaisquer outras que revistam a natureza de simples compensação ou reembolso de despesas feitas por motivo de serviço, bem como prémios de produtividade.

4 — As remunerações acessórias são referidas ao cargo, independentemente da pessoa do respectivo titular.

Art. 9º —1 — Para os efeitos do nº 1 do artigo anterior, é congelado, ao nível médio do 1º trimestre de 1981 ou ao nível do mês de Abril do mesmo ano, conforme o que for mais elevado, o montante das remunerações acessórias percebidas.

2— O disposto no número anterior não prejudica as acções em curso tendentes à uniformização de regimes de remunerações acessórias vigentes, as quais, no entanto, não poderão levar à fixação de quantitativos que excedam 30% do vencimento ou remuneração principal percebidos até à entrada em vigor das tabelas de vencimento constantes do presente diploma.

3— A inobservância do disposto neste artigo obriga à reposição das quantias indevidamente percebidas.

4— Da aplicação dos números anteriores não poderá resultar diminuição da retribuição global percebida à data da entrada em vigor dos aumentos previstos no presente diploma.

CAPÍTULO III

Trabalho extraordinário e nocturno em dias de descanso e feriados

SECÇÃO I

Trabalho extraordinário

Art. 10º —1 — Considera-se extraordinário o trabalho que, por determinação superior:

a) For prestado fora do período normal diário de trabalho;

b) For prestado, nos casos de horário flexível alargado, dentro de cada período de aferição, para além do limite de horas de crédito que o trabalhador possa transferir ou fora do período de funcionamento normal do serviço;

c) For prestado, nos casos de horário flexível restrito, fora do período de funcionamento normal do serviço ou para além do período normal de trabalho.

2 — Para efeitos do disposto no número anterior, os horários flexíveis consideram-se alargados ou restritos consoante os trabalhadores possam ou não dispor de determinado número de horas de trabalho a prestar em cada dia.

Art. 11º —1 — Só é admitida a prestação de trabalho extraordinário quando as necessidades do serviço imperiosamente o exigirem, em virtude da acumulação anormal de trabalho ou da urgência na realização de trabalhos especiais.

2— Nenhum funcionário ou agente pode recusar-se ao cumprimento de trabalho extraordinário.

3— O funcionário ou agente será, no entanto, dispensado de prestar tal trabalho quando, invocando motivos atendíveis, expressamente o solicite.

4— É proibida a prestação de trabalho extraordinário por menores de 18

anos.

Art. 12º —1 — Os funcionários e agentes não poderão prestar mais de duas horas de trabalho extraordinário por dia, de modo a não ser ultrapassado em caso algum o limite de dez horas de trabalho diário, nem mais de cento e vinte horas por ano.

2 — Os limites fixados no número anterior poderão, no entanto, ser ultrapassados:

a) Em casos especiais regulados em diploma próprio;

b) Quando se trate de motoristas, telefonistas e outro pessoal auxiliar que seja indispensável manter ao serviço;

c) Quando se trate de pessoal abrangido pelo Decreto-Lei nº 793/74, de 31 de Dezembro, com a redacção que foi dada pelo Decreto-Lei nº 305/75, de 21 de Junho;

d) Em circunstâncias excepcionais e delimitadas no tempo, mediante autorização do membro do Governo competente ou, quando não for possível, mediante confirmação da mesma entidade, a proferir nos dez dias posteriores à ocorrência.

Art. 13º —1 — Sem prejuízo do disposto no artigo 16º, as horas extraordinárias serão compensadas, por opção do funcionário ou agente, por um dos seguintes sistemas:

a) Compensação por dedução posterior do período normal de trabalho, de acordo com as disponibilidades de serviço, a efectuar dentro do ano civil em que o trabalho foi prestado, acrescida de 50 % nos casos de trabalho extraordinário nocturno;

b) Acréscimo de retribuição, mediante a aplicação dos seguintes coeficientes:

1,25 para a primeira hora de trabalho extraordinário diurno;

1,5 para as horas subsequentes de trabalho extraordinário diurno;

1,6 para a primeira hora de trabalho extraordinário nocturno; e

1,9 para as restantes horas de trabalho extraordinário nocturno.

2— Os coeficientes referidos na alínea *b)* do nº 1 para o trabalho extraordinário nocturno serão mantidos quando, no prosseguimento daquele, se transitar para trabalho extraordinário diurno.

3— Na remuneração por trabalho extraordinário apenas são de considerar, em cada dia, períodos completos de horas, sendo o período excedente contado como uma hora, desde que igual ou superior a meia hora.

4— Nos primeiros oito dias do mês seguinte àquele em que foi realizado trabalho extraordinário, o funcionário ou agente deverá comunicar aos serviços o sistema pelo qual optou.

Art. 14º —1 — A compensação prevista na alínea *a)* do nº 1 do artigo anterior poderá ser gozada de uma das seguintes formas:

a) Como dispensa, até ao limite de um dia de trabalho por semana;

b) Como acréscimo do período ou períodos de férias do próprio ano, até ao limite máximo de cinco dias úteis seguidos.

2— As horas extraordinárias que, for força da aplicação do número anterior, não possam ser compensadas serão remuneradas nos termos da alínea *b)* do nº 1 do artigo 13º

3— O sistema previsto na alínea *a)* do artigo 13º não é aplicável nos casos a que se refere a alínea *b)* do nº 2 do artigo 12º, mesmo que o pessoal esteja em regime de

flexibilidade.

Art. 15º —1 — Nos casos previstos na alínea *b)* do nº 2 do artigo 12º não poderá, em cada mês, atribuir-se, por trabalho extraordinário, mais de um terço da remuneração principal, salvo o disposto no número seguinte.

2 — O pessoal referido na alínea *c)* do nº 2 do artigo 12º, bem como os motoristas afectos a directores-gerais ou dirigentes equiparados, poderá receber pelo trabalho extraordinário realizado até 60 % da respectiva remuneração base.

Art. 16º —1 — A compensação das horas extraordinárias do pessoal com horário flexível far-se-á sempre nos termos da alínea *a)* do nº 1 do artigo 13º e do nº 1 do artigo 14º, salvo nos casos previstos na alínea *d)* do artigo 12º, em que se manterá o direito de opção.

2 — Quando a compensação prevista no número anterior for inviável por razões de exclusiva conveniência do serviço, o trabalho extraordinário será remunerado com os acréscimos resultantes da aplicação dos coeficientes previstos na alínea *b)* do nº 1 do artigo 13º

SECÇÃO II Trabalho nocturno

Art. 17º —1 — Considera-se trabalho nocturno o prestado entre as 20 horas de um dia e as 7 horas do dia seguinte.

2— O trabalho nocturno pode ser normal ou extraordinário.

3— A retribuição do trabalho normal nocturno será calculada através da multiplicação do valor da hora normal de trabalho pelo coeficiente 1,25.

4— O disposto no número anterior não se aplica às categorias cujas funções, pela sua natureza, só possam ser exercidas predominantemente no período nocturno.

5— A prestação de trabalho extraordinário nocturno só poderá ter lugar nos casos e nos termos dos nºs 1 a 3 do artigo 11º e será remunerada conforme o estabelecido no artigo 13º.

SECÇÃO III Trabalho em dias de descanso semanal, complementar e feriados

Art. 18º —1 — A prestação de trabalho nos dias de descanso semanal, bem como no dia ou meio-dia de descanso complementar, poderá ter lugar nos casos e nos termos previstos nos nºs 1 a 3 do artigo 11º e será compensada por um acréscimo de retribuição calculado através da multiplicação do valor da hora normal de trabalho pelo coeficiente 2.

2— O trabalho prestado em dia de descanso semanal dará também direito a um dia completo de descanso na semana de trabalho seguinte.

3— À prestação de trabalho em dia feriado é aplicável o disposto no nº 1, salvo quando coincida com dia normal de trabalho, caso em que não se aplicará o disposto nos nºs 1 a 3 do artigo 11º, sem prejuízo do acréscimo de retribuição calculado nos termos do nº 1 deste artigo.

4— Às situações previstas no presente artigo é aplicável o disposto no nº 3 do artigo 13º

Art. 19º O trabalho prestado em dia de descanso semanal, bem como no dia ou meio-dia de descanso complementar coincide com dia feriado, será considerado, para todos os efeitos, como efectuado em dia de descanso semanal ou complementar, respectivamente.

SECÇÃO IV Princípios comuns

Art. 20º —1 — A prestação de trabalho extraordinário e em dias de descanso semanal deverá ser previamente autorizada pelo membro do Governo competente.

2— Em caso de excepcional premência, a prestação deste trabalho poderá ser determinada pelo dirigente do serviço, devendo ser confirmada pelo membro do Governo competente no prazo de quarenta e oito horas, sem prejuízo do direito dos funcionários e agentes à correspondente compensação.

3— A autorização para a prestação de trabalho nas modalidades previstas neste capítulo pelo pessoal a que se refere a alínea *b)* do nº 2 do artigo 12º é da competência do dirigente do respectivo serviço.

4 — Mensalmente, os serviços preencherão e enviarão à Direcção-Geral da Contabilidade Pública impresso próprio, assinado pelo respectivo dirigente, com indicação, por funcionário e agente, do número de horas de trabalho prestado, do respectivo fundamento legal e das correspondentes remunerações.

Art. 21º

1— Os dirigentes deverão limitar ao estritamente indispensável as propostas de autorização para a realização de trabalho nas modalidades previstas no presente capítulo.

2 — Os funcionários ou agentes que tenham recebido indevidamente quaisquer abonos são obrigados à sua reposição, pela qual ficam solidariamente responsáveis os dirigentes dos respectivos serviços.

CAPÍTULO IV Acumulações

Art. 22º —1 — Apenas será permitida a acumulação de lugares ou cargos públicos desde que o funcionário ou agente possa cumprir os horários correspondentes a cada uma das funções exercidas e se verifique ainda um dos seguintes requisitos:

- a)* Inerência de funções;
- b)* Carência de pessoal devidamente habilitado para o exercício dessas funções;
- c)* Complementaridade da actividade secundária relativamente à actividade principal.

2— Em caso algum a duração total do trabalho resultante do regime de acumulação poderá ser superior a cinquenta e quatro horas semanais.

3— As falsas declarações determinantes da autorização para a acumulação de lugares ou cargos públicos serão punidas nos termos da lei penal, sem prejuízo de procedimento disciplinar.

4— Não se considera acumulação o exercício de funções que não possam ser diferenciadas das que correspondem ao cargo ou lugar pelo qual o funcionário ou agente perceba vencimento.

Art. 23º — 1 — A acumulação de lugares ou cargos públicos deverá ser autorizada, a requerimento do interessado, por despacho do membro do Governo que superintenda no seu serviço de origem.

2— Do requerimento deverão constar as seguintes menções, devidamente

confirmadas por cada um dos serviços envolvidos, conforme os casos:

a) Identificação do interessado (nome completo, filiação, data do nascimento, residência, profissão e número e data do bilhete de identidade);

b) Disposição legal que permite o provimento ou designação do interessado;

c) Remunerações dos lugares ou cargos a exercer em regime cumulativo, concretizando-se a sua natureza (vencimento ou gratificação) e as disposições legais que as fixaram ou ao abrigo das quais foram fixadas;

d) Horário de serviço cometido a cada um daqueles cargos, bem como a outros que o interessado desempenhe e cujo exercício não dependa de autorização;

e) Vantagens que poderão resultar da acumulação pretendida.

3— Obtida a autorização, o processo segue a tramitação normal, sendo enviado ao Tribunal de Contas para efeitos de visto, acompanhado dos elementos referidos nos números anteriores.

Art. 24º —1 — A acumulação de funções ou cargos pelo pessoal dirigente abrangido pelo Decreto-Lei nº 191-F/79, de 26 de Junho, continua a regular-se pelo regime previsto no seu artigo 9º, aplicando-se-lhe a tramitação prevista no artigo anterior, com as adaptações constantes dos números seguintes.

2 — Do requerimento previsto no nº 2 do artigo anterior deverão ainda constar os seguintes elementos:

a) Apreciação da possibilidade de recurso a pessoal não dirigente para o exercício da actividade ou actividades a acumular;

b) Indicação precisa do cargo ou função a acumular, nomeadamente se se tratar de actividade de interesse público equivalente à do exercício de funções dirigentes;

c) Indicação sobre a natureza permanente ou não do cargo ou funções a acumular e da estrutura orgânica em que estão inseridos.

3 — Este requerimento deverá ser submetido a parecer do Ministro da Reforma Administrativa antes de despachado pelo membro do Governo que superintenda no serviço de origem.

CAPÍTULO V

Disposições finais e transitórias

Art. 25º Os aumentos dos vencimentos dos funcionários e agentes serão determinados em conformidade com o princípio da anualidade, reportando-se os seus efeitos, a partir do próximo ano, ao início de cada ano civil.

Art. 26º —1 — Pelo exercício de cargos ou funções públicos, ainda que em regime de acumulação, incluindo inerência, não poderão ser percebidas remunerações superiores ao vencimento de ministro.

2— Para efeitos do limite estabelecido no número anterior não serão consideradas as remunerações concedidas por trabalho extraordinário, nocturno, em dias de descanso e feriados, diuturnidades, subsídio de refeição, subsídios de férias e de Natal, abono de família e prestações complementares, abonos para falhas, ajudas de custo, subsídios de viagem e de marcha, despesas de representação e quaisquer outras que revistam a natureza de simples compensação ou reembolso de despesas feitas por motivo de serviço.

3— Os funcionários e agentes que exerçam funções como membros das comissões de fiscalização ou conselhos fiscais de empresas públicas, nacionalizadas, intervencionadas ou de economia mista podem acumular as correspondentes remunerações com as que lhes competem em razão da sua actividade normal, desde que

em conjunto não excedam o salário máximo fixado para efeito de remuneração dos gestores públicos.

A inobservância dos limites fixados neste artigo obriga à reposição, a dobrar, das quantias indevidamente recebidas, sem prejuízo do procedimento disciplinar que ao caso couber.

4— Ficam revogadas as disposições especiais que permitam o abono de remunerações que ultrapassem os limites fixados nos números anteriores, quer as verbas sejam oriundas do Orçamento Geral do Estado quer de serviços e fundos autónomos.

Art. 27º A isenção de horário do pessoal dirigente a que se refere o Decreto-Lei nº 191-F/79, de 26 de Junho, bem como dos chefes de repartição e de secção, não dispensa a observância do dever geral de assiduidade nem o cumprimento da duração semanal mínima de trabalho de trinta e seis horas.

Art. 28º—1 — Para todos os efeitos legais, o valor da hora de trabalho é calculado na base da fórmula $\frac{V \times 12,52 \times n}{n}$, sendo V o vencimento ou a remuneração mensal e n o número de horas correspondente ao horário normal semanal.

2 — A fórmula referida no número anterior servirá de base ao cálculo da remuneração correspondente a qualquer outra fracção de tempo de trabalho.

Art. 29º As autorizações de trabalho extraordinário concedidas mediante despacho proferido nos termos do nº 3 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 372/74, de 20 de Agosto, cessam no dia 30 de Junho de 1981, independentemente do prazo por que tiverem sido concedidas, devendo observar-se, a partir de 1 de Julho de 1981, o regime decorrente do capítulo III, sem prejuízo da respectiva remuneração ser calculada, a partir de 1 de Maio, nos termos fixados no presente diploma.

Art. 30º—1 — O disposto no capítulo IV é aplicável às situações de acumulação constituídas à data da entrada em vigor do presente diploma, as quais serão confirmadas, extintas ou alteradas até 31 de Julho de 1981, atento o regime ora estabelecido, salvo as já concedidas ao abrigo do artigo 9º do Decreto-Lei nº 191-F/79, de 26 de Junho.

2 — Durante o prazo referido no número anterior não serão concedidas novas autorizações para o exercício de funções ou cargos em regime de acumulação.

Art. 31º —1 — Enquanto não se proceder às alterações orçamentais que se mostrem indispensáveis à execução do presente diploma, os encargos dele resultantes poderão ser satisfeitos, no corrente ano, por conta das dotações orçamentais para o pagamento dos vencimentos.

2 — Os orçamentos suplementares, a elaborar eventualmente para os efeitos do nº 1, não contarão para o limite estabelecido no artigo 8º do Decreto-Lei nº 264/78, de 30 de Agosto.

Art. 32º O disposto nos capítulos III e IV do presente diploma será aplicável, com as necessárias adaptações, à administração local mediante decreto dos Ministros da Administração Interna, das Finanças e do Plano e da Reforma Administrativa.

Art. 33º —1 — O presente diploma prevalece sobre todas e quaisquer disposições especiais e regulamentares em contrário, salvo o disposto nos números seguintes.

2— Mantêm-se em vigor as disposições relativas às matérias dos capítulos III e IV contidas em estatutos ou regimes especiais respeitantes a docentes, médicos e outro pessoal de saúde e funcionários de justiça, bem como o Decreto-Lei nº 22/81, de 29 de Janeiro, relativo aos institutos de medicina legal.

3— As disposições do capítulo III não são aplicáveis ao pessoal ao serviço da Polícia Judiciária cujo regime será revisto em diploma especial a publicar

oportunamente.

Art. 34º As dúvidas resultantes da aplicação do presente diploma serão resolvidas por despacho dos Ministros das Finanças e do Plano e da Reforma Administrativa.

Art. 35º O presente diploma entra em vigor no dia 1 de Maio de 1981.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 9 de Abril de 1981.
Francisco José Pereira Pinto Balsemão

Promulgado em 6 de Maio de 1981.

Publique-se.

O Presidente da República, ANTÓNIO RAMALHO EANES.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

PARECER Nº 13/82

Fiscalização da constitucionalidade de normas particulares e concretas — Reserva de competência dos tribunais — Direito de recurso contencioso dos actos administrativos — Limites constitucionais à admissibilidade de leis individuais — Princípio da igualdade — Restrições aos direitos fundamentais.

Ao abrigo do disposto no artigo 281º, nº 1, da Constituição, o Provedor de Justiça solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 554/80, de 25 de Novembro. Na sequência deste pedido, e nos termos constitucionais e legais, foi esta Comissão Constitucional chamada a dar o seu parecer.

Notificado o Primeiro-Ministro, conforme se dispõe no artigo 28º, nº 3, do Decreto-Lei nº 503-F/76, de 30 de Junho (Estatuto da Comissão Constitucional), para se pronunciar sobre a questão, apresentou ele oportunamente a resposta que se encontra junta a fls. 11 e segs., dos presentes autos de parecer.

Posto isso, cumpre emitir o solicitado parecer.

1— Objecto do pedido

O Decreto-Lei nº 554/80 dispõe no seu artigo 1º o seguinte:

1 — Com a entrada em vigor do presente diploma caducam os arrendamentos e terminam de direito as ocupações, a qualquer título, anteriores a 13 de Setembro de 1979, por pessoas que não pertençam à ordem cessionária, relativos aos prédios sitos em Lisboa, na Rua da Estrela, 15 e 17, que o Estado cedeu a título definitivo à Ordem das Irmãs Franciscanas Clarissas do Desagravo de Lisboa, por portaria de 13 de Setembro de 1979, publicada no *Diário da República*, 2ª série, nº 219, de 21 de Setembro de 1979.

2— O prazo de desocupação será de seis meses, nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei nº 507-A/79, de 24 de Dezembro, aplicando-se o nº 2 do mesmo preceito¹³³.

3— No caso das ocupações remuneradas, serão atribuídas as indemnizações a que se refere o artigo 10º do mesmo diploma, as quais constituirão encargo da entidade cessionária, salvo nos casos em que aos ocupantes, a qualquer título, seja possível assegurar instalação adequada.

No artigo 2º desse decreto-lei acrescenta-se depois, simplesmente, que «ele entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação».

No pedido que formulou ao Conselho da Revolução, o Provedor de Justiça

¹³³ No texto do diploma publicado no *Diário da República* a referência que se encontra feita é ao *Decreto nº 139-A/79, de 24 de Dezembro*. Trata-se, porém, de um manifesto lapso, devido à circunstância de o Decreto-Lei nº 507-A/79 haver erradamente saído com essa outra designação e numeração na data mencionada — erro este que veio a ser objecto da rectificação publicada no *Diário da República*, 1ª série, de 23 de Julho de 1980. Mas, desde logo por virtude desta rectificação, também o lapso cometido pelo legislador do Decreto-Lei nº 554/80 há-de seguramente ter-se por irrelevante e implicitamente corrigido.

refere-se globalmente ao diploma cujo conteúdo preceptivo acaba de transcrever-se na íntegra, solicitando, pois, a declaração também global da sua inconstitucionalidade. É evidente, porém, que os preceitos basicamente em causa são os dos n.ºs 1 e 2 do seu artigo 1.º — ou seja, a norma complexiva (poderá dizer-se assim) que determina a caducidade de certos arrendamentos e o termo das ocupações, e assina um prazo e estabelece um procedimento para o conseqüente despejo dos respectivos locais. De facto, se se vier a apurar que esta regulamentação — e, desde logo, a referida declaração de caducidade — é inconstitucional, não poderá deixar de considerar-se irremediavelmente afectado na sua validade e eficácia todo o Decreto-Lei n.º 554/80, já que as suas restantes normas não têm sentido e não podem subsistir por si sós.

Será, pois, a que fica apontada a questão a dilucidar fundamentalmente no presente parecer.

II — Fundamentação do pedido

A solicitação do Provedor de Justiça foi suscitada — conforme se mostra dos seus próprios termos — pela exposição que ao mesmo foi dirigida por um dos locatários afectados pelo diploma em apreço, exposição na qual se sustenta que este diploma viola, não só o artigo 65.º da Constituição, «por impedir o exercício do direito à habitação por parte do exponente», mas também o artigo 206.º da Lei Fundamental, «por ter usurpado a função jurisdicional que compete aos tribunais». O Provedor, porém, não invoca expressamente no seu pedido o primeiro destes pretensos vícios de inconstitucionalidade: retém apenas o segundo, mas aduz-lhe, por sua vez, um outro, a saber, o da violação do artigo 269.º, n.º 2, da Constituição, violação consubstanciada na restrição ao exercício do direito de recurso contencioso emergente do carácter individual do diploma.

Sustenta o Provedor de Justiça — assumindo o teor e as conclusões de parecer elaborado no seu serviço — em resumo o seguinte:

a) Ao tempo da emissão do Decreto-Lei n.º 554/80, o Estado já havia transmitido a propriedade dos imóveis identificados nesse diploma, pelo que já não podia fazer cessar os arrendamentos aos mesmos respeitantes, lançando mão das providências que legalmente lhe são facultadas para pôr termo a arrendamentos de bens do seu domínio privado — poderes que, todavia, a serem utilizados atempadamente, «constituíam evidentemente uma forma legítima de exercer a função administrativa: aplicação da lei a um caso concreto»;

b) Para obviar a esta situação, fez o Governo publicar um decreto-lei (o diploma citado) «cujo conteúdo material é de feição individual e concreta»;

c) Assim, tal diploma «não é mais do que um acto administrativo a que o Governo deu a forma do decreto-lei»: com efeito, o comportamento que ele encerra não deve haver-se como legislativo, pois que, «pese embora que os caracteres de formalidade¹³⁴ e abstracção tenham perdido o traço caracterizador da função legislativa, a verdade é que o princípio da igualdade perante a lei, como princípio universalmente aceite, não pode deixar de ser ponderado com o devido peso»;

d) Através desse diploma-acto administrativo veio dirimir-se um conflito de interesses privados, decidindo-o em favor de uma parte e em prejuízo de outra, ou seja, veio exercer-se a função jurisdicional (resolução de um conflito de interesses por uma pessoa — o Estado — totalmente alheia e estranha àqueles): ora, como esta função pertence aos tribunais (artigo 206.º da Constituição), o diploma acha-se ferido do vício

¹³⁴ Trata-se certamente de lapso dactilográfico: ter-se-á querido dizer «generalidade».

de usurpação do poder, e tem de ser havido como materialmente inconstitucional (por violação do citado artigo 206º);

e) Por outro lado, «ao dar forma legal a um acto administrativo» e «através de um decreto-lei de conteúdo individual», o Governo põe claramente obstáculos ao exercício do direito de recurso contencioso por parte dos cidadãos (artigo 269º, nº 2, da Constituição), restringindo-o com violação do disposto no artigo 18º, nº 3, também da Constituição: ainda por aqui, pois, o diploma padece de inconstitucionalidade material.

Entretanto, pondera o Provedor de Justiça que, como acto administrativo que em realidade íntegra, deveria admitir-se recurso contencioso directo de anulação do diploma em causa, a interpor perante o Supremo Tribunal Administrativo, a coberto de uma interpretação restritiva do artigo 16º, nº 1, da Lei Orgânica deste tribunal (consubstanciada na atribuição de um significado «material» às referências aí feitas); mas que, em qualquer caso, e sendo certo que a tese da admissibilidade do apontado recurso seguramente não seria acolhida pelo referido tribunal (face à sua jurisprudência pacífica), sempre terá de admitir-se a possibilidade da apreciação dos vícios de inconstitucionalidade do diploma em causa, mediante o procedimento de controlo previsto no artigo 281º, nº 1, da Constituição: com efeito, e apesar de entendimento contrário da Procuradoria-Geral da República (segundo se refere), a tal não fará obstáculo o carácter individual do decreto-lei, pois que o preceito constitucional citado «indica claramente serem passíveis de tal controlo todo o tipo de *normas*» (e neste sentido invoca-se designadamente o parecer nº 3/78, desta Comissão).

III — A resposta do Primeiro-Ministro

Na sua resposta, veio o Primeiro-Ministro contrabater as razões aduzidas pelo Provedor de Justiça, sustentando a regularidade constitucional do diploma em apreço. Começando por fornecer uma ampla justificação deste último, desenvolve o que a tal propósito já consta da respectiva exposição de motivos. Tal justificação reconduz-se fundamentalmente ao seguinte:

a) Por portaria de 13 de Setembro de 1979, o Estado cedeu a título definitivo (a cedência a título precário remontava a 1960), e ao abrigo do Decreto-Lei nº 97/70, de 13 de Março, à Ordem das Irmãs Franciscanas Clarissas do Desagravo de Lisboa, os prédios sitos à Rua da Estrela, nºs 15 e 17, desta cidade;

b) Esta cessão foi feita com a cláusula de os prédios serem preservados e utilizados para os fins religiosos para que haviam sido cedidos, e de tal modo que, nos termos do nº 2 da mencionada portaria, a mesma cessão caducará, de harmonia com o disposto no referido Decreto-Lei nº 97/70, se essa condição não for cumprida ou se a cessionária transmitir os prédios, a qualquer título, para outra entidade religiosa ou civil ou ainda se, em execução de plano de urbanização, vier a revelar-se necessária a expropriação dos mesmos prédios;

c) Acontecia, porém, que à data da cessão os prédios em referência se encontravam em parte ocupados por particulares, estranhos à Ordem cessionária, quer a título de arrendamento celebrado com o Estado, nuns casos, quer mesmo, noutros casos, sem que essa ocupação tivesse na sua base qualquer título legítimo;

d) Tais ocupações impediam manifestamente a utilização integral dos prédios pela Ordem cessionária para os fins religiosos para que lhe foram cedidos, pelo que o Estado deveria, coerentemente, ter-lhes posto termo antes da cessão — o que poderia ter feito mesmo nos casos em que havia contrato de arrendamento, ou no fim do

respectivo prazo ou da sua renovação, ou até antecipadamente, nos termos do Decreto-Lei nº 507-A/79, de 24 de Dezembro;

e) Não se havendo tomado esta providência atempadamente, por desatenção, havia que corrigir o lapso, sob pena de a Ordem cessionária não poder cumprir, por facto imputável ao próprio Estado cedente, uma cláusula fundamental a que a cessão ficara adstrita: a da utilização dos prédios para os fins religiosos que determinavam essa mesma cessão;

f) Um possível caminho para obter esse desiderato consistiria justamente em o Estado invocar o circunstancialismo acabado de descrever, tirando do facto de os prédios estarem a ter uma utilização diversa daquela para a qual foram cedidos, a consequência da caducidade prevista no já citado nº 2 da portaria de 13 de Setembro de 1979: os prédios reverteriam, assim, à propriedade do Estado, o qual poderia então fazer terminar os arrendamentos e ocupações, ao abrigo do Decreto-Lei nº 507-A/79, e poderia, após isso, voltar a cedê-los (aos ditos prédios), mas agora livres, à Ordem das Irmãs Clarissas;

g) Entendeu-se, porém, que não era necessário enveredar por essa complicada solução: poderia seguir-se um caminho mais simples, desde que fossem assegurados aos interessados (os locatários e ocupantes dos prédios em causa) os direitos que teriam no caso de o Estado ser proprietário dos prédios e fazer terminar os arrendamentos: esse caminho foi justamente o da emissão do Decreto-Lei nº 554/80.

Em face disto, sublinha o Primeiro-Ministro que «não se nega nem nunca houve intenção de negar que o Decreto-Lei nº 554/80 tem eficácia retroactiva». Afirma, porém, que, «pondo de parte aspectos meramente formais», a dita eficácia foi estabelecida, «não só sem prejuízo mas ainda com acréscimo dos direitos dos interessados», relativamente à situação que seria a sua no caso de se haver posto termo aos arrendamentos e ocupações antes da cessão dos prédios. A este último propósito destaca-se: que as garantias do Decreto-Lei nº 554/80 se estendem a todos os ocupantes dos prédios, ao passo que o Decreto-Lei nº 507-A/79 apenas protegeria os titulares de contrato de arrendamento; que todos os ocupantes têm direito ao prazo de desocupação (seis meses) e à indemnização previstos no segundo dos citados diplomas; e que se estabeleceu ainda a possibilidade, não prevista no dito Decreto-Lei nº 507-A/79, de aos ocupantes dos prédios se assegurar, em lugar de indemnização, instalação adequada.

Por outro lado, e rebatendo especificamente a arguição dos vícios conducentes à inconstitucionalidade material do diploma em apreço, apontados pelo Provedor de Justiça, diz o Primeiro-Ministro, em resumo:

a) À data da publicação do Decreto-Lei nº 554/80 não existia qualquer litígio entre a Ordem cessionária e os ocupantes dos prédios àquela cedidos, nem um «conflito *actual* de interesses» entre uma e outros, no sentido de que a primeira tivesse tentado fazer cessar os arrendamentos ou ocupações mesmo sem recurso aos tribunais; além disso, e vistas as coisas de outro ângulo, o Estado não é totalmente alheio e estranho aos interesses em jogo, já que os prédios lhe pertenciam e ele podia resolver os seus «conflitos de interesses» com os respectivos arrendatários e outros ocupantes: foram estes *seus* conflitos que o Estado veio resolver retroactivamente, no cumprimento, aliás, de uma obrigação moral e jurídica emergente do facto de não havê-lo feito antes (como poderia fazer). Assim — é o que se pretende, evidentemente, concluir — não pode considerar-se que o Decreto-Lei nº 554/80 represente uma usurpação da função jurisdicional;

b) É contraditório afirmar a Provedoria de Justiça que o Decreto-Lei nº

554/80, por dar forma legal a um acto administrativo, restringe o direito de recurso contencioso, e sustentar, em vista dessa mesma circunstância de o diploma corresponder em rigor a um acto administrativo, que ele é susceptível de tal recurso — e isto porque, não obstante a Provedoria referir a existência de entendimento contrário a este último, é perante o seu próprio entendimento do direito que deve averiguar da ocorrência ou não de inconstitucionalidade; e também não faz sentido produzir aquela primeira afirmação e entender, por outro lado, como a Provedoria entende, que o diploma em causa, além de susceptível de recurso contencioso, é passível, não obstante o seu carácter individual, do controlo de constitucionalidade previsto no artigo 281º, nº 1, da Constituição, o que vale dizer que está sujeito a uma dupla fiscalização. Deste modo concluir-se-á que tal diploma igualmente não viola o princípio do artigo 269º, nº 2, da Lei Fundamental.

IV — Admissibilidade do pedido do Provedor de Justiça

Enunciadas as questões postas pelo Provedor de Justiça e os termos em que a elas responde o Primeiro-Ministro — com o que, simultaneamente, ficou descrita a situação que subjaz ao diploma em apreço e a justificação deste —, importa agora, e previamente, encarar o problema da admissibilidade do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 554/80, já que, e desde logo, tal problema não deixa de vir considerado na própria exposição do Provedor.

É a questão suscitada pela «feição individual e concreta» desse decreto-lei, isto é, pela circunstância inegável de ele reger para uma situação de facto perfeitamente circunscrita e para um conjunto de pessoas determináveis ou identificáveis de antemão. Trata-se, por outras palavras, de um diploma que não define os respectivos destinatários através de um «conceito genérico» (*Gattungsbegriff*), que vai mesmo aplicar-se a um «conjunto fechado» de destinatários, e em termos tais que a sua eficácia se esgota uma vez operadas quanto a todos e cada um destes a consequência ou as consequências jurídicas nele previstas: falta assim aos seus preceitos aquela nota de «abstracção» e «generalidade», tradicionalmente apontada como característica das normas legais¹³⁵.

Entende o Provedor de Justiça, no entanto, que, apesar desta natureza do Decreto-Lei nº 554/80, não está vedada a apreciação da sua constitucionalidade ao abrigo do disposto no artigo 281º, nº 1, da Constituição. E, de facto, entende bem.

O problema de saber se o Conselho da Revolução pode apreciar e eventualmente declarar a inconstitucionalidade de «normas» individuais ao abrigo do disposto no artigo 281º, nº 1, da Constituição — ou seja, através do procedimento do chamado «controlo abstracto» da constitucionalidade — foi detidamente analisado no parecer nº 3/78 desta Comissão¹³⁶, tendo aí recebido resposta positiva, embora não unânime. As discordâncias que então se manifestaram, que constam de quatro das declarações de voto insertas no mesmo parecer, e que foram acolhidas, aliás, na subsequente Resolução nº 24/78 daquele Conselho (*Diário da República*, 1ª série, de 27 de Fevereiro de 1978, suplemento), não respeitam em bom rigor, porém, a todas as normas desse tipo, mas apenas a uma espécie delas, a saber, às que têm um alcance equivalente ao de uma decisão ou acto administrativo.

Não parece que deva considerar-se ser este, pelo menos integralmente, o

¹³⁵ Veja-se recorrendo à ideia de *Gattungsbegriff* e às noções de «grupo aberto» e «grupo fechado» dos destinatários das normas, Christian Starck, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 1970, pp. 201 e segs.

¹³⁶ Vide *Pareceres da Comissão Constitucional*, 4º vol., pp. 221 e segs.

caso da norma em apreço: como mais adiante melhor se verá (*infra*, nº 6), ela não dispensa um ulterior procedimento administrativo, expresso numa notificação, a que se afigura dever atribuir-se mais do que um mero carácter executivo. E, sendo assim, nenhuma objecção relevante poderá suscitar-se à apreciação *in abstracto* da constitucionalidade de tal norma: a Constituição, na verdade, não fornece, nem na sua letra nem no seu espírito, o mínimo indício de que do âmbito do seu artigo 281º, nº 1, devam ter-se por excluídas as normas individuais ou singulares, por força só desta sua natureza.

A aceitar-se tal exclusão, teríamos a consequência sem dúvida estranha de ficarem de fora da fiscalização instituída por esse preceito actos do poder normativo que — como já se salientou no parecer nº 3/78 — são dos mais propícios, por essa sua mesma «individualidade», a gerar vícios de inconstitucionalidade.

Mas ainda que se entenda que ao artigo 1º do Decreto-Lei nº 554/80 deva antes atribuir-se, ao menos nalguma parte, alcance semelhante ao de um acto administrativo, isso não modificará as coisas no tocante à possibilidade de submetê-lo a um «controlo abstracto» de constitucionalidade: é que se julga dever continuar a perfilhar-se a orientação que esta Comissão maioritariamente firmou naquele seu citado parecer, no sentido de que tal controlo abrange inclusivamente normas individuais desta particular espécie.

Contra semelhante orientação invocaram-se diversos argumentos, mas todos eles afinal tendentes a mostrar ou levando implícita a ideia de que a referência do artigo 281º, nº 1, da Constituição vai dirigida a um conceito *material* de «norma» — de tal modo que o âmbito da competência aí atribuída ao Conselho da Revolução se delimitaria em função da estrutura, do conteúdo e do alcance preceptivo dos diferentes comandos jurídicos, e não da respectiva proveniência e forma. Mas precisamente isto é que não pode aceitar-se, e se não vê que resulte da letra ou do espírito da Constituição: pelo contrário, tudo converge no sentido de dever considerar-se antes (como, no fundo, já se considerou no citado parecer nº 3/78) que aquele preceito constitucional toma a noção de «norma» no seu significado *formal*.

Antes de mais, é esse o significado mais corrente ou imediato da expressão — aquele que a associa (abstraindo agora das normas de direito não escrito) à representação de um «preceito» ou «disposição» estabelecido por acto do poder legislativo ou de um poder regulamentar, e constante do diploma que incorpora esse acto. E esta consideração terá maior valimento se puder dizer-se que a nossa Constituição não fornece «qualquer apoio para uma definição material de lei, como acto legislativo geral e abstracto»¹³⁷ e quanto a própria distinção entre os conceitos de lei em sentido material e lei em sentido formal se revela em crise na doutrina¹³⁸.

Seja como for, é decerto seguro e indiscutível que a Constituição, ao prever o controlo da constitucionalidade das «normas» jurídicas, e ao fazê-lo quer no artigo 281º quer no seguinte¹³⁹, teve em vista não toda a actividade dos poderes públicos mas apenas um sector dela, a saber, o que se traduz na emissão de regras de conduta ou padrões de valoração de comportamentos (i. é., de «normas»): deste modo, fora desse específico controlo ficam os *puros actos de aplicação* dessas regras ou padrões, que são os actos jurisdicionais e os actos administrativos, *stricto sensu*. Simplesmente — e este outro argumento será, em nosso modo de ver, decisivo — cumpre atentar em que um

¹³⁷ Assim, a propósito justamente do nosso tema, G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 480.

¹³⁸ Cf., p. ex., K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 11ª ed., Karlsruhe, 1978, p. 206.

¹³⁹ A aproximação, para os efeitos agora considerados, das duas modalidades de controlo, que já no parecer nº 3/78 se estabeleceu (vide *Pareceres* cit., 4º vol., p. 228), é inteiramente justificada.

preceito legal que rege para um caso concreto, e que nessa medida se apresenta com uma eficácia equivalente à de um acto administrativo, nunca é um *puro* acto de «aplicação» do direito pré-existente, pois que simultaneamente se traduz num acto de «criação» de direito novo: é que nele estabelece-se também a regra aplicável ao caso, regra que muitas vezes (se não normalmente) constitui um desvio ou uma excepção às que de outro modo seriam aplicadas, mas que justamente se torna necessária para conferir à providência administrativa adoptada o seu mesmo fundamento de validade (de validade «legal», claro)¹⁴⁰.

Em tal preceito ou disposição legal vai implicitamente contida, por conseguinte, uma *norma* — uma norma «individual», decerto, mas que não há razão para subtrair só por esse facto, e como já se disse, à possibilidade do controlo previsto no artigo 281º da Constituição.

E não se diga contra isto — como se disse em declarações de voto anexas ao parecer nº 3/78 — que a solução propugnada é inconsequente com a eficácia *erga omnes* que a declaração de inconstitucionalidade possui na hipótese do artigo 281º, e representa, por outro lado, a atribuição ao Conselho da Revolução de uma função própria dos tribunais administrativos, que é o contencioso de anulação.

No tocante ao primeiro aspecto, bastará contrapor — afinal, acompanhando ainda aqui o dito parecer — que preceitos ou «normas» como os ora considerados recebem, em virtude da sua inclusão num diploma legal, a força ou eficácia *erga omnes* típica deste último, pelo que, declarados inconstitucionais nos mesmos termos, «haverá um perfeito paralelismo entre as características da norma e da declaração». E deverá acrescentar-se que a declaração não terá nessa hipótese um alcance diferente do que lhe é próprio, e se produz quando se está perante normas «gerais e abstractas»: num caso como no outro segue-se que os preceitos em causa «são expurgados do mundo jurídico» e que não apenas os tribunais como quaisquer autoridades públicas deixam de dever-lhes obediência, cabendo-lhes tirar desse facto os efeitos ou consequências correspondentes. É daí — cumpre referir por último — que de resto vem a utilidade da declaração.

No que respeita à segunda possível objecção, deve começar por notar-se que ela assenta no pressuposto de que caberá recurso contencioso directo para os tribunais administrativos de preceitos legais ou regulamentares com eficácia equivalente à de um acto administrativo: ora este é um pressuposto que, pelo menos em relação a preceitos constantes de diploma com o valor formal de lei, se mostra, na melhor das hipóteses, de verificação altamente duvidosa¹⁴¹ — de sorte que, se a conclusão dever ser antes no sentido da inimpugnabilidade judicial directa de tais preceitos, para o controlo de muitos deles não restará mais que a via facultada pelo artigo 281º da Constituição.

Mas, ainda que as coisas se passem como se pretende, e se deva partir do princípio de que tal recurso tem lugar, não pode esta circunstância representar um óbice ao controlo abstracto da constitucionalidade dos mesmos preceitos: isto muito simplesmente pela razão de que esse recurso e este controlo se situarão em planos distintos, desde logo no tocante à legitimidade para a sua iniciativa. Aliás, se houver então uma duplicidade de meios de controlo, ela não será diversa, bem vistas as coisas, da que ocorre quanto à generalidade dos preceitos ou normas jurídicas, e que resulta de existir sempre, ao lado do controlo abstracto da constitucionalidade, a possibilidade do

¹⁴⁰ De todo o modo, ainda quando o preceito em causa não represente qualquer desvio ao direito anterior, e nada lhe acrescente *prima facie*, não deixa ele de produzir também um efeito normativo: o de tornar de antemão certo e indiscutível esse direito, no caso concreto.

¹⁴¹ Vide *infra*, nota 14.

respectivo controlo concreto. Decerto que os efeitos de um e de outro são em geral diferentes — o que agora não aconteceria: o facto, porém, resulta só de a norma, na hipótese que temos vindo a considerar, possuir carácter individual e levar incorporado um acto ou medida administrativa. Mas estranho realmente seria que, em virtude deste facto, a «norma» em causa — e é dela que se trata — não pudesse ser objecto da fiscalização em apreço.

Assentemos, pois, em que a Constituição, quando no seu artigo 281º faculta o controlo abstracto da constitucionalidade relativamente a «quaisquer normas», toma esta expressão no sentido *formal*, e corrente, de «qualquer preceito ou disposição inserida num diploma normativo», de tal sorte que de semelhante controlo são passíveis mesmo as normas de conteúdo individual, ainda quando possuam eficácia equivalente à de um acto administrativo. E assentemos, por consequência, em que, mesmo a considerar-se que o Decreto-Lei nº 554/80 (*rectius*, o seu artigo 1º) possui semelhante eficácia (o que, a ser exacto, só em parte acontecerá), bem podia de qualquer modo o Provedor de Justiça solicitar ao Conselho da Revolução que apreciasse a sua regularidade constitucional.

V — A pretensa violação do artigo 206º da Constituição

Posto o que fica dito, e entrando agora propriamente na apreciação dos vícios de que vem arguido o diploma em causa, poderemos começar por dizer liminarmente que não procede a alegação de que ele, por representar uma usurpação da função judicial pelo poder legislativo, viola o artigo 206º da Constituição.

A razão invocada para lhe atribuir tal alcance é a de que o diploma visa «dirimir um conflito de interesses privados» (cf. preceito cit., *in fine*) — a saber, um conflito entre a Ordem religiosa cessionária de determinados prédios e os ocupantes destes prédios — e visa dirimi-lo mediante o modo típico da função judicial, que é o da intervenção no caso de uma instância *super partes*. Esquece-se, porém, que os tribunais não são os únicos órgãos do Estado aos quais cabe dirimir conflitos de interesses (públicos e privados): num outro plano, mas segundo um módulo que não é dissemelhante (ao menos no ensinamento clássico da doutrina político-constitucional europeia) do da decisão independente do juiz, também cabe tal tarefa justamente ao legislador. Não será, pois, por resolver um conflito de interesses (ainda que, como no caso, precisamente identificado ou identificável na sua singularidade) que um diploma legal representará uma usurpação da função jurisdicional: para que isto suceda será necessário que tal diploma se situe no *plano específico* desta função (que «desça» a esse plano) — o que, também no caso em apreço, não ocorre.

Na verdade, o que caracteriza a função jurisdicional é a resolução, não apenas de conflitos de interesses em concreto, mas de conflitos que se perfilam como controvérsias contenciosas, isto é, como litígios em que as partes se opõem «em termos de direito». Dito por outras palavras: os tribunais são chamados a decidir «questões de direito», ou seja, questões em que cada uma das partes invoca o direito vigente, para tutela do seu ou dos seus interesses, em termos opostos, ou pelo menos divergentes, daqueles em que o faz a outra parte; não lhes cumpre dirimir, para além disso, conflitos que se traduzem antes numa pretensão de mudança do direito aplicável a certa situação ou a certo tipo de situações (seja a mudança do direito «legal», seja a do direito «contratual» que as rege¹⁴²).

¹⁴² Sobre a caracterização material da função jurisdicional, e, em geral, sobre o tema da distinção entre as várias funções do Estado, vide Afonso R. Queiró, «A função administrativa» (extracto das «Lições de Direito Administrativo», 1976), na *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXIV, pp. 1

Eis porque o conteúdo «individual e concreto» de um diploma legal não basta para concluir que este último representa uma usurpação do poder judicial; e eis também porque tal usurpação não ocorre no caso do Decreto-Lei nº 554/80. É que, de facto, o seu objectivo não é o de decidir uma controvérsia ou litígio contencioso, ou uma «questão de direito», suscitada entre a Ordem das Irmãs Franciscanas Clarissas do Desagravo de Lisboa e os ocupantes dos prédios cedidos pelo Estado a essa Ordem — não é, como se diz na resposta do Primeiro-Ministro, o de dirimir um conflito «actual» de interesses entre a primeira e os segundos —, mas o de «modificar» o direito aplicável às suas mútuas relações. De resto, não se encontrava sequer pendente, ao tempo da aprovação e publicação do diploma em causa, nenhuma acção judicial entre a entidade e as pessoas referidas, cujo curso normal esse diploma tivesse ilegitimamente desejado inflectir.

VI — A pretensa violação do artigo 269º, nº 2, da Constituição.

Um outro vício que o Provedor de Justiça aponta ao Decreto-Lei nº 554/80, é o de que ele infringe de maneira inadmissível o direito de recurso contencioso dos actos administrativos, com fundamento na sua ilegalidade, consagrado no artigo 269º, nº 2, da Lei Fundamental.

Procurando explicitar o argumento que estará na base da conclusão da Provedoria, cremos que ele se reconduzirá, ao fim e ao cabo, ao seguinte: a providência adoptada pelo Governo através daquele diploma tem, no fundo, carácter materialmente administrativo; se, pois, se revestisse da sua forma própria — a forma de «acto administrativo» — estaria aberta aos interessados a possibilidade, que a Constituição lhes garante, de contra ela reagirem contenciosamente, com base em ilegalidade; ora, na medida em que o governo lhe deu antes a forma de «lei» (*rectius*, de decreto-lei), excluiu automaticamente essa possibilidade de recurso¹⁴³.

Citando este preceito está obviamente a pensar-se no princípio segundo o qual as «leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto». Mas o argumento que daí se tira parece supérfluo, pois não se vê que o direito de recurso contencioso admita sequer restrições com esse carácter (cf. artigos 269º, nº 2, e 18º, nº 2, da Constituição) — e isto ainda mesmo que se não faça do último preceito citado uma leitura puramente literal.

Implícita nesta argumentação vai necessariamente a ideia de que o direito português não admite o recurso contencioso directo de anulação de actos em forma de lei ou decreto-lei, ainda que de conteúdo individual equivalente ao de um acto administrativo, ou vai, pelo menos, o reconhecimento de que é agora nesse sentido a invariável prática judicial.

É difícil fugir à conclusão de que nesta sua lógica a Provedoria de Justiça incorre nalguma inconsequência, ou mesmo contradição (como se sublinha na resposta do Primeiro-Ministro), com o ponto de vista, que aparentemente sustenta, de dever admitir-se, em contrário da orientação do Supremo Tribunal Administrativo, recurso contencioso directo de decretos-lei individuais¹⁴⁴; e bem assim à conclusão de que essa

e segs., *maxime* 24 e segs.

¹⁴³ E excluiu-a ainda por cima — acrescenta-se — não quanto a toda uma categoria de actos administrativos, mas quanto a um acto ou um feixe de actos dessa natureza singularmente identificados, e portanto com violação do artigo 18º, nº 3, da Constituição.

¹⁴⁴ Inconsequência ou contradição que todavia já não existem (diversamente do que na mesma resposta se entende) relativamente ao facto de a Provedoria sustentar, por outro lado, que o

sua mesma lógica se não afigura compatível com a tese de que o Decreto-Lei nº 554/80 representa uma usurpação da função judicial (pois dizer isto implica afirmar que tal diploma incorpora, não um acto ou um feixe de actos *administrativos*, mas um acto ou conjunto de actos *jurisdicionais*).

Independentemente, porém, destas questões (que não interessará aqui dilucidar), a verdade é que a argumentação invocada não procede. Ou seja: a verdade é que não pode dizer-se que o diploma em apreço acarrete uma violação da garantia do artigo 269º, nº 2, da Constituição.

Desde logo — e como já tivemos ocasião de advertir — não é claro que o mesmo diploma tenha (ou tenha em toda a medida) uma eficácia equivalente à de um «acto administrativo». Deve notar-se, com efeito, que no nº 2 do seu artigo 1º, por remissão para o artigo 9º do Decreto-Lei nº 507-A/79, se exige uma prévia notificação administrativa dos ocupantes dos prédios, a partir da qual se contará o prazo de seis meses para a desocupação: ora, poderá dizer-se que, assim sendo, a efectivação da consequência jurídica prevista no nº 1 fica dependente, relativamente a cada um dos seus destinatários, de um ulterior «acto administrativo», incorporado na dita notificação (a saber: o despacho que, aplicando o diploma, a ordena), acto esse que não é de «mera execução» de outro anterior (o contido no diploma), mas verdadeiramente «define» a situação jurídica desses destinatários, já que antes dele o efeito jurídico básico da caducidade (a obrigação de desocupar os locais dentro de certo prazo) não chegou a produzir-se¹⁴⁵.

Simplesmente, se esta visão das coisas estiver certa, como julgamos, é óbvio que cai pela base toda a argumentação da Provedoria: pois então não faltará um acto administrativo «definitivo e executório», emitido na sua forma própria, sem dúvida susceptível de impugnação contenciosa. Notar-se-á, com efeito, que esse acto alguma coisa *de novo* acrescentará ao que já resulta do diploma legal, e que é a *escolha do momento* a partir do qual os efeitos *do mesmo diploma* vão concretizar-se. Tal escolha parece afinal ser remetida para um juízo da Administração, juízo em que esta última disporá duma certa margem de discricionariedade.

Admitindo, porém, que ao Decreto-Lei nº 554/80 deva antes reconhecer-se, ao menos em parte, natureza equivalente à de um acto administrativo definitivo e executório, sempre de qualquer modo não pode acolher-se a tese da Provedoria.

É que, nesse caso, o problema não está em a utilização da forma de «lei» fazer precluir a possibilidade de recurso contencioso, mas antes, e só, em saber se, apesar dessa circunstância, deve admitir-se a impugnação judicial do acto que tal diploma incorpora — e isso por força justamente do disposto no artigo 269º, nº 2, da Constituição. Quer dizer: o que importa é averiguar se a garantia consignada neste preceito da Lei Fundamental abrange ainda a actividade da Administração em veste legislativa, ou se, ao invés, o sentido dessa mesma garantia não obriga a conferir-lhe tão lato alcance. De todo o modo, e seja qual for a resposta, o que nunca poderá dizer-se é que a emissão de um decreto-lei de carácter individual e concreto, e dotado de eficácia equivalente ou correspondente à dum acto administrativo (isto é, dotado de eficácia

Decreto-Lei nº 554/80, não obstante o seu carácter individual, é susceptível do controlo de constitucionalidade previsto no artigo 281º da Constituição: é que se trata aqui (já atrás o salientámos) de uma fiscalização de todo o ponto diversa, a qual, de resto, nem sequer pode ser directamente requerida pelos eventuais interessados.

¹⁴⁵ Sobre a noção de «actos de execução» — que escapam em princípio, e compreensivelmente, à impugnabilidade contenciosa — e a sua distinção dos chamados actos administrativos «definitivos e executórios», vide Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, t. I, 10ª ed. (revista e actualizada por Freitas do Amaral), pp. 443 e segs., espec. pp. 446 e segs.

consuntiva), viola, só por essa circunstância, o princípio constitucional em apreço. Pois, na verdade, uma de duas: ou se entende que, por revestir tal carácter, o diploma é passível da impugnação judicial que a Constituição garante; ou se entende que, pelo mesmo motivo, a garantia que o legislador constituinte consagrou não tem cabimento quanto a ele.

E nem valerá argumentar contra esta conclusão com o facto de a Lei Orgânica do Supremo Tribunal Administrativo excluir expressamente o recurso contencioso dos decretos-lei do Governo (artigo 16º, nº1) e de o mesmo Tribunal considerar abrangidos por essa exclusão os próprios decretos-lei individuais com efeito consultivo: a questão ora em apreço, como questão de constitucionalidade que é, tem de ser vista apenas à luz da Constituição, e não de quaisquer outras normas (da lei ordinária) ou do seu entendimento pelos tribunais, pois que estas últimas carecerão sempre de virtualidade para paralisarem a eficácia da Lei Fundamental. O que poderá ter de concluir-se (assim será se a solução da alternativa acima enunciada for no primeiro sentido) é que tais normas — na espécie o referido artigo 16º, nº 1 — são inconstitucionais, ou que é pelo menos inconstitucional a interpretação que dela faz a instância judiciária competente: mas isto vale dizer que será então aí, e não nos diplomas legislativos individuais que o Governo porventura emita, que residirá a violação do artigo 269º, nº 2, da Constituição¹⁴⁶.

VII — O carácter individual do Decreto-Lei nº 554/80

Ficam assim afastadas as objecções que à constitucionalidade do diploma em apreço levanta a Provedoria de Justiça. Mas não será que ele — ou melhor: o seu preceito nuclear — deve considerar-se inconstitucional por uma outra razão, a saber, a de que se trata de um decreto-lei de carácter «individual», no sentido que já acima ficou apontado (*supra*, nº 4, *ab initio*)? De facto, como diploma com esse alcance, ele vem estabelecer para contratos de arrendamento perfeitamente individualizados ou individualizáveis um regime que se afasta do que é comum para esse tipo de contratos, e mais gravoso para os respectivos arrendatários. Seria lícito ao legislador fazê-lo¹⁴⁷? Ser-

¹⁴⁶ Pelo que fica dito, torna-se desnecessário, para os fins do presente parecer, tomar posição acerca do problema, que se acabou de abordar, da impugnabilidade contenciosa directa dos decretos-lei individuais, e, conseqüentemente, da correcção constitucional da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo sobre o ponto, jurisprudência que se manteve mesmo depois de consagrada nas Constituições portuguesas, com a Lei nº 3/71, a garantia de recurso contencioso dos actos administrativos com fundamento em ilegalidade. Referir-se-á apenas que, ainda recentemente, em anotação ao acórdão de 22 de Maio de 1980, daquele tribunal, o Prof. Afonso Queiró veio dar a sua concordância a tal orientação jurisprudencial, sublinhando que, não se encontrando os decretos-lei individuais, por impossibilidade lógica, hierarquicamente subordinados a outros decretos-lei (ou à lei), não podem ser anulados com base em ilegalidade, donde resulta que a tutela contenciosa não tem aí sentido e que, por via de consequência, «não se pode dizer, nesses casos, que os interessados vêem assim afastada a garantia de recurso contencioso com fundamento em ilegalidade» (vide *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 114º, p. 96). (Também no sentido da inimpugnabilidade dos diplomas em causa, vide Marcello Caetano, *Manual cit.*, n vol., 8.ª ed., p. 1229.) Em sentido diverso, porém, veja-se em especial Jorge Miranda, *Decreto* (sep. do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*), Lisboa, 1974, nº 8, e as declarações de voto do mesmo e do vogal Nunes de Almeida no parecer nº 3/78, desta Comissão — posição, esta outra, que sustenta permitir a orientação contrária a «fraude à Constituição», e acentua, por outro lado, que no caso dos decretos-lei individuais «o vício da ilegalidade consiste na violação da lei constitucional».

¹⁴⁷ Afigura-se que na perspectiva agora considerada a questão só terá relevo e interesse no tocante aos arrendamentos abrangidos pelo diploma, mas já não no que respeita às «ocupações a qualquer título» para que ele igualmente rege — pois que neste outro caso se tratará, segundo se julga, de ocupações afinal *sem título*, integrando meras situações *de facto*. Mas, se porventura assim não for, valerá basicamente para elas, *mutatis mutandis*, e decerto por maioria de razão, o que de seguida vai dizer-se

lhe-ia lícito tal, sobretudo no tocante a arrendamentos para habitação, atento o disposto no artigo 65º da Constituição (direito fundamental à habitação)?

Não pode a Comissão Constitucional furtar-se a examinar estas questões — certo como é não se achar ela limitada, consoante em múltiplas ocasiões tem acentuado, a uma análise da constitucionalidade das normas submetidas à sua apreciação nos precisos termos (e só neles) em que o problema é posto pela entidade peticionante. Pode desde já antecipar-se, no entanto, que também a resposta que às mesmas questões cumpre dar não virá a ser diferente daquela a que antes se chegou. Ou seja: também as dúvidas ora aventadas não se mostram suficientes para fundamentar uma conclusão no sentido da inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 554/80. E isto sem embargo de se estar perante um diploma a que não pode recusar-se um certo carácter anómalo, mas que, todavia, não parece suficiente para se traduzir numa compressão intolerável (ou seja, jurídico-constitucionalmente relevante) do princípio da boa-fé que deve reger a actuação de um Estado de Direito democrático.

a) A tal respeito deve começar por pôr-se em relevo não sofrer hoje dúvida que a «generalidade» e a «abstracção» não representam características insupríveis da lei; ou, dito por outras palavras, que ao legislador não se encontra vedada constitucionalmente em absoluto a emissão de normas com alcance individual, e mesmo a emissão de normas individuais de carácter consultivo, isto é, nas quais se incorporam medidas ou «actos administrativos». A categoria das chamadas «leis-medida» ou «leis-providência», generalizadamente acolhida pela doutrina e de que não faltam na prática, e também entre nós, abundantes exemplos, aí está a comprová-lo. Entretanto, e para justificar a sua admissibilidade, pondera-se que, no tocante à delimitação de fronteiras entre a Legislação e a Administração, as Constituições, e nomeadamente a nossa de 1976, não consagram um rígido princípio de separação de poderes¹⁴⁸.

Eis como da simples circunstância de um diploma legislativo assumir natureza individual, e possuir até, em toda ou alguma medida, alcance consultivo, não pode retirar-se sem mais a conclusão da sua inconstitucionalidade.

b) Simplesmente, se as leis individuais não estão em absoluto vedadas, não é menos certo que a Constituição estabelece limites indiscutíveis à sua emissão: tais são os que decorrem do princípio da igualdade (a exigência, já não da igualdade «perante» a lei, mas da igualdade «da» lei) consignado no artigo 13º da nossa Lei Fundamental, e o que consta, no domínio específico dos direitos fundamentais, da proibição expressa do artigo 18º, nº 3 (as leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias têm de revestir

quanto aos arrendamentos.

¹⁴⁸ Cf. Afonso Queiró, por último na *Rev. Leg. Jur.*, cit. na p. 14, e nas *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 1976, p. 484. Também no sentido da admissibilidade de «leis individuais» pode ver-se Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1, 2.^a ed., Coimbra, 1980, pp. 323 e segs. (esp. 333 e segs). Claro que diferente de uma intervenção individualizada, e mais ou menos avulsa, do legislador na área da Administração é o pretender ele reservar-se em termos genéricos (isto é, através de uma norma «geral e abstracta») uma certa parcela da actividade administrativa, retirando-a da competência do respectivo Poder: hipóteses ou situações deste outro tipo é que já contenderão, sem mais, com o princípio da separação dos poderes (vide, a propósito, o parecer nº 16/79 desta Comissão — onde precisamente houve oportunidade de apreciar uma hipótese que desde logo se apresentava com essa configuração — em *Pareceres da Comissão Constitucional*, 8º vol., pp. 205 e segs.). É que, justamente, se tal princípio não é levado, nem pela nossa nem pela generalidade das Constituições, «às últimas consequências lógicas», não é menos verdade que no seu núcleo essencial continua a representar um traço característico do nosso sistema *político-constitucional*, como sistema que se pretende reconduzir à ideia de Estado de direito democrático (vide parecer, cit.)

carácter «geral e abstracto»¹⁴⁹.

Há-de ser tendo em conta estes limites, pois, que caberá averiguar da legitimidade constitucional de quaisquer normas legislativas individuais e agora, no nosso caso, das insertas no Decreto-Lei nº 554/80.

O princípio da igualdade exige, segundo a consabida fórmula, «o tratamento igual do que é igual e o tratamento desigual do que é desigual». Põe, pois, o problema de saber o que em determinado tipo de situações ou para determinados efeitos deve ser considerado «igual», ou seja, a prévia identificação dos elementos ou factores que em cada caso devem ter-se como relevantes ou irrelevantes para um juízo de igualdade ou desigualdade. De alguns deles, todavia, já dá conta o artigo 13º, nº 2, da Constituição, ao enunciar uma série de circunstâncias insusceptíveis de fundamentar uma desigualdade de tratamento jurídico; para além desta indicação expressa fica ao legislador uma margem de liberdade de conformação mais ou menos ampla, mas sempre limitada pela ideia geral de que lhe não é constitucionalmente lícito estabelecer distinções arbitrárias, e por isso *discriminatórias*, isto é, desprovidas de justificação *racional* — o que vale dizer, de fundamento *material* bastante — atenta a especificidade da situação ou dos efeitos em causa. Tal é o sentido que deve atribuir-se — sem curar agora de especificações mais precisas — ao princípio geral da igualdade do artigo 13º, nº 1, da Constituição, sentido esse que se lhe pode ver apontado por esta Comissão em numerosas ocasiões¹⁵⁰.

Quanto, por sua vez, ao alcance do disposto na primeira parte do artigo 18º, nº 3, da Constituição, cabe antes de mais assinalar não ser líquido que ele acrescente alguma coisa, ou pelo menos alguma coisa de significativo, ao que já resultaria do princípio geral da igualdade¹⁵¹: a esse propósito chama-se a atenção, numa palavra, para o carácter em larga medida relativo da «generalidade» da lei, e para a possibilidade de, sob o aparente manto de normas «gerais e abstractas», vir afinal a estabelecer-se uma disciplina aplicável apenas a destinatários individualizados (ou melhor, individualizáveis).

Seja como for, e atenta em particular esta última circunstância, importa não se ficar por um entendimento puramente *formal*, e como que «estatístico», da exigência em causa, mas ver nela ainda a expressão de um postulado normativo *material*, qual é o de ter-se por intolerável qualquer acepção de pessoas na zona, verdadeiramente nuclear dentro da sua esfera jurídica e especialmente sensível, dos direitos, liberdades e garantias.

c) Na medida em que o artigo 18º, nº 3, traga algo de novo relativamente ao princípio geral de igualdade, deve pôr-se a questão de saber se ele é também aplicável no domínio de um direito como o do artigo 65º da Constituição (direito à habitação),

¹⁴⁹ Cf. ainda Afonso Queiró, *Rev. Leg. Jur.*, cit. O *princípio* continua, pois, a ser o da «generalidade» da lei, e por isso se poderá também dizer, como se disse no parecer nº 16/79, já cit., que a emissão de uma lei individual, como *excepção* que é, sempre requererá uma «legitimação constitucional específica».

¹⁵⁰ Vide, por último, pareceres nºs 28/81, 33/81 e 5/82, ainda não publicados. Um sentido, de resto, que não pode mesmo deixar de levar-se em conta na interpretação das próprias proibições do nº 2 do artigo 13º: cf. os pareceres citados, e também Vieira de Andrade, *Direito Constitucional* (Direitos fundamentais), Coimbra, 1977, pp. 315 e segs.

¹⁵¹ Neste sentido, com referência ao preceito paralelo do artigo 19º, nº 1, da Grundgesetz, parte da doutrina alemã, e desde logo K. Hesse, *ob. cit.* na n. 6, p. 140; noutro sentido, Ch. Starck, *ob. cit.*, na n. 3, p. 205.

que é o direito fundamental que poderá estar agora em causa. A resposta há que obtê-la a partir do artigo 17º também da Constituição, no qual se estende o «regime dos direitos, liberdades e garantias» aos «direitos de natureza análoga, previstos na Constituição e na lei». Tudo estará, pois, em saber se, do ponto de vista da exigência constitucional em apreço, haverá uma *analogia relevante* entre o direito à habitação e os direitos, liberdades e garantias — analogia que, de todo o modo, não poderá consistir na simples circunstância de a Constituição haver expressamente reconhecido o carácter «fundamental» de tal direito e havê-lo formalmente incluído no seu catálogo¹⁵².

A resposta não será porventura fácil — desde logo porque não poderá dispensar uma apurada análise do conteúdo do direito à habitação, é dizer, uma tanto quanto possível exacta determinação do seu alcance normativo e das dimensões em que se ele manifesta; e nem sequer, possivelmente, viria a ser unívoca, bem podendo acontecer que a analogia em causa, e para o efeito considerado, se estendesse apenas a alguns aspectos do regime jurídico desse direito, ou com ele contendendo. Mas a verdade é que, em bom rigor, poderemos dispensá-la agora, já que a situação contemplada pelo Decreto-Lei nº 554/80, e os seus efeitos apresentam uma singularidade tal que exclui a possibilidade de qualquer censura a esse diploma, não só do ponto de vista do artigo 18º, nº 3 (se eventualmente aplicável), como logo da perspectiva do princípio da igualdade do artigo 13º da Constituição¹⁵³.

d) Decisivos para esta conclusão são, por um lado, o circunstancialismo que deu azo ao diploma em apreço, e, por outro lado, a situação jurídica dos arrendatários por ele abrangidos, antes de ocorrido o facto (a transmissão dos prédios) que esteve na base de todo esse circunstancialismo.

Este último já oportunamente ficou descrito (*supra*, nº 4), e consta no essencial, como então se disse, do próprio preâmbulo do diploma. Tudo está em que, ao ceder a título definitivo determinados prédios a uma ordem religiosa, o Estado condicionou essa cessão à utilização dos prédios para os fins religiosos específicos da cessionária, mas, por lapso, não adoptou atempadamente (i. é., antes de efectivada a cessão) as providências requeridas para que tal condição pudesse ser integralmente cumprida, providências essas que consistiriam no despejo (e desocupação) dos locais dos ditos prédios dados de arrendamento (ou ocupados a diferente título) para fins que nada tinham a ver com aqueles outros. A emissão do Decreto-Lei nº 554/80 foi o caminho escolhido pelo Governo para resolver o impasse que ele próprio criara. Mas a verdade é que se afigura ter razão o Primeiro-Ministro, quando afirma que o mesmo resultado poderia ter-se obtido através de outro caminho, o qual, embora mais complicado, dispensaria o diploma em causa: seria o de fazer reverter os prédios à titularidade do Estado (justamente por eles não estarem a ser utilizados para os fins da cessão: cf. artigo 2º do Decreto-Lei nº 97/70, de 13 de Março), uma vez aí promover-se o seu despejo, ao abrigo do Decreto-Lei nº 507-A/79, e depois cedê-los novamente à anterior cessionária. E afigura-se ser exacta uma tal argumentação porque neste último

¹⁵² Neste sentido, com referência ao preceito paralelo do artigo 19º, nº 1, da Grundgesetz, parte da doutrina alemã, e desde logo K. Hesse, *ob. cit.* na n. 6, p. 140; noutro sentido, Ch. Starck, *ob. cit.*, na n. 3, p. 205.

¹⁵³ Como ainda — se também esse aspecto dever ser considerado — do ponto de vista da segunda parte do artigo 18º, nº 3 (eventual diminuição da «extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais»): pois a verdade é que, de todo o modo, o direito fundamental à habitação não se traduz, no seu núcleo essencial, no direito a *uma certa e determinada* habitação.

diploma — em que se procedeu à revisão e concentração da legislação relativa ao arrendamento de bens imóveis do domínio privado do Estado — permite-se a este denunciar os respectivos contratos «antes do termo do prazo ou da renovação» quando os prédios ou os correspondentes locais se destinem, não só à instalação dos seus serviços, mas ainda «a outros fins de utilidade pública» (artigo 8º): ora, seguramente esta cláusula cobre a prossecução de fins de índole «religiosa», nomeadamente do tipo daqueles que são próprios duma ordem religiosa como a cessionária. Nem obsta a isto o princípio constitucional da separação das igrejas do Estado [artigos 41º, nº 3, e 290º, alínea c)], pois ele, se tem o sentido de recusar a confessionalidade do Estado e a confusão da autoridade no domínio «civil» e no domínio «religioso», não possui já o alcance de negar toda a *relevância social* a este último e aos respectivos fins: caberá, assim, na discricionariedade de o Governo reconhecer ou não esta relevância — é dizer: reconhecer a «utilidade pública» — a algum ou alguns de tais fins, para o efeito ora considerado ou para outros¹⁵⁴.

Mas porventura mais importante do que esta consideração é o facto de o Decreto-Lei nº 554/80 não ter vindo criar para os arrendatários dos prédios cedidos uma situação jurídica substancialmente diferente e mais gravosa do que aquela em que eles se encontravam antes de decidida a cessão. Com efeito, vigorava ao tempo (da portaria de 13 de Setembro de 1979, que autorizou essa cessão), o Decreto-Lei nº 23 465, de 18 de Janeiro de 1934, cujo artigo 1º rezava assim: «O Estado pode despedir os arrendatários dos seus prédios, rústicos e urbanos ou mistos, antes do arrendamento acabar, quando isso lhe convier.»

Quer dizer: neste diploma não só se atribuía já ao Estado a faculdade de fazer cessar unilateralmente, mesmo antes do fim do prazo, os arrendamentos dos seus prédios — em termos que não eram reconhecidos, e continuam a não sê-lo, à generalidade dos senhorios¹⁵⁵ —, como inclusivamente o exercício dessa faculdade era deixado muito mais ampla e completamente do que agora à discricionariedade do Governo¹⁵⁶.

Significa isto que os arrendatários dos prédios em causa já antes da cessão de

¹⁵⁴ Não é coisa diferente o que acontece quando, por exemplo, o poder público cede gratuitamente um terreno a uma comunidade religiosa (católica ou outra) para a edificação de um templo, ou lhe atribui subsídios (nomeadamente, em forma de comparticipação de despesas) para o mesmo fim.

¹⁵⁵ Sabe-se, designadamente, como já desde o Decreto nº 5411, de 17 de Abril de 1919, o direito português retirava em geral aos senhorios, nos arrendamentos de prédios urbanos, *maxime* para habitação, a faculdade de denunciar *ad nutum* os contratos para o fim dos respectivos prazos, impondo-lhes em princípio a renovação perpétua dos mesmos contratos. Recorde-se, entretanto, que nos mesmos diplomas em que veio sendo genericamente tratada a matéria do arrendamento sempre se ressaltou a legislação especial aplicável aos prédios do Estado: cf., por último, o artigo 1083º, nº 2, alínea *a*), e nº 3 do Código Civil. E não se estranhe, de resto, esta legislação «especial»: ela decorre de nos arrendamentos feitos pelo Estado intervir uma dimensão de *interesse público* que não pode deixar de influenciar o respectivo regime: no fundo, e no aspecto (de denúncia dos contratos) que agora nos respeita em particular, trata-se de um interesse idêntico ao que justifica a possibilidade da *expropriação* da propriedade privada. Ao cabo e ao resto, é como se tivéssemos aqui uma «expropriação do direito ao arrendamento».

¹⁵⁶ De facto, enquanto no Decreto-Lei nº 507-A/79 se exige de qualquer modo um «fim de utilidade pública» para justificar a denúncia do arrendamento antes do prazo, no Decreto-Lei nº 23 465 isso era deixado à pura «conveniência» do Estado, sem mais. Mas não é esta a única diferença entre os dois diplomas: saliente-se ainda que, com o Decreto-Lei nº 507-A/79, passou de noventa dias para seis meses o prazo mínimo a conceder aos arrendatários para a desocupação dos prédios; e se alargou, bem assim, aos arrendatários *para habitação* despejados o direito a indemnização (à indemnização do nº 1 do artigo 1099º do Código Civil).

que estes prédios foram objecto se encontravam, sob o ponto de vista da possibilidade do seu despejo dos locais ocupados, numa situação altamente precária, comparada com a que ocorre no comum dos contratos de arrendamento de prédios urbanos; e numa situação tal que seguramente era lícito ao Governo promover esse despejo antes de efectuada aquela cessão, a fim de entregar os prédios «livres» à Ordem religiosa cessionária¹⁵⁷.

e) Tendo em conta o que fica referido, concluir-se-á que, olhadas as coisas de uma perspectiva *material*, o Decreto-Lei nº 554/80, não veio afinal criar para os seus destinatários uma situação jurídica *nova* — quer porque o efeito com ele obtido se lograria mesmo sem a sua emissão, isto é, com recurso simplesmente a normas «comuns» aplicáveis em geral à cessão e ao arrendamento de prédios do Estado; quer porque ele não fez mais do que impor a esses destinatários uma medida a cuja aplicação eles já estavam sujeitos como arrendatários que eram de prédios do Estado. Numa palavra: o Decreto-Lei nº 554/80 limitou-se a «providenciar» no sentido de que aos respectivos destinatários pudesse ser aplicado um regime que é *geral* para todos os arrendamentos do Estado e ao qual, por conseguinte, todos os arrendatários deste se encontram *igualmente* sujeitos.

Objectar-se-á que o diploma vai aplicar-se a quem já não é arrendatário do Estado (em consequência da transferência de propriedade dos prédios), e passou a estar protegido, por conseguinte, pelas regras gerais do arrendamento, *maxime* do arrendamento para habitação. Aceitar tal objecção, porém, seria considerar as coisas numa perspectiva exclusivamente *formal*: pois, na verdade, se nos situarmos num plano *jurídico-material*, não pode admitir-se que os destinatários do Decreto-Lei nº 554/80, estando sujeitos (como estavam) a que o Estado pusesse termo aos respectivos arrendamentos quando entendesse dar outro destino aos prédios (e nomeadamente o destino «religioso» a que eles passaram a estar afectos), viessem a prevalecer-se dessa mesma mudança de destino, e de um lapso do Estado, para consolidarem a sua posição de arrendatários, e afinal frustrarem a decisão estadual! Para evitar que semelhante resultado se produzisse, houve que adoptar (ou julgou-se mais conveniente fazê-lo) — é certo — uma «lei individual», ou seja, uma «providência» legislativa: mas pode bem dizer-se que, atenta a especificidade ou singularidade da situação, esta era seguramente uma daquelas em que melhor se justificava semelhante procedimento, e em que este último não encontrava obstáculos constitucionais, nem do ponto de vista do princípio da igualdade, nem do da exigência da «generalidade» referida no artigo 18º, nº 3 (suposto que esta outra exigência valesse ainda no domínio em causa).

Eis porque deve concluir-se que nem mesmo o carácter individual do Decreto-Lei nº 554/80 afecta a sua constitucionalidade: é que, e numa palavra, se ele vem a ser uma lei «singular», rege para uma situação também «singular», e, afinal, submetendo-a a uma regulamentação «geral».

VIII — Uma advertência final

¹⁵⁷ No que vem de dizer-se, tomou-se como momento relevante, para definir a situação «anterior» dos arrendatários, o da portaria de 13 de Setembro citada. Mas em rigor a cessão só se terá efectivado depois, mediante o competente auto, nos termos do artigo 4º do Decreto-Lei nº 97/70, de 13 de Março (cf., de resto, o nº 3 da portaria): nem a exposição da entidade peticionante nem a resposta do Primeiro-Ministro, porém, fornecem qualquer elemento no tocante à respectiva data. Seja como for, ainda que em rigor deva antes ter-se em conta esta data, e que ela seja posterior ao início da vigência do Decreto-Lei nº 507-A/79 (que é logo de 24 de Dezembro), o facto em nada modificará substancialmente as coisas, como resulta do que atrás ficou exposto.

A afirmação que acaba de fazer-se — de que o Decreto-Lei nº 554/80 se limita a estender uma regulamentação «geral» às situações que contempla — respeita directamente à sua norma ou preceito nuclear (cf. *supra*, nº 1), determinante da caducidade de certos arrendamentos. Mas tal afirmação também não é fundamentalmente posta em crise se considerarmos outros aspectos — por assim dizer complementares — do regime a que, por força desse diploma, ficam sujeitos os titulares dos mesmos arrendamentos.

É o caso, desde logo, do prazo e do regime de desocupação dos prédios — já que o legislador do Decreto-Lei nº 554/80 pura e simplesmente remeteu aqui (cf. artigo 1º, nº 2) para os correspondentes preceitos do Decreto-Lei nº 507-A/79. E é em princípio o caso, depois, do direito à indemnização — já que também ele é consignado no diploma em apreço (cf. artigo 1º, nº 3), por remissão para o critério fixado no artigo 10º do Decreto-Lei nº 507-A/79.

Quanto ao último aspecto, porém, devem notar-se duas diferenças relativamente ao disposto nesse outro diploma: uma é a de que a indemnização «constituirá encargo da entidade cessionária»; a outra, a de que se exclui agora a indemnização quando aos ocupantes «seja possível assegurar instalação adequada», ao passo que o Decreto-Lei nº 507-A/79 fala antes, a esse propósito, em «novas instalações fornecidas pelo Estado que reúnam condições idênticas às que desocuparem»¹⁵⁸.

Se a primeira referência dever entender-se como excluindo qualquer obrigação indemnizatória do Estado perante os arrendatários, e a segunda como diminuindo o grau de exigência legal no tocante ao condicionalismo susceptível de excluir o dever de indemnizar, teremos aí uma *desigualdade de tratamento*, relativamente ao que consta do regime geral aplicável aos arrendamentos de prédios do Estado e uma desigualdade que se traduz num tratamento *mais desfavorável* dos destinatários do Decreto-Lei nº 554/80. Haveria assim que concluir pela inconstitucionalidade de tais normativos — por uma inconstitucionalidade parcial, portanto, do nº 3 do artigo 1º desse diploma — por violação do princípio da igualdade.

Simplemente: a interpretação aventada não é forçosa, e outra pode ser dada ao preceito em causa, em especial no tocante ao segundo dos pontos mencionados (poderá até dizer-se que a diferença de redacção¹⁵⁹ visa alargar, que não diminuir, a garantia dada aos ocupantes); por outro lado, os interessados terão sempre oportunidade de discutir judicialmente isso mesmo, e de fazer tirar do entendimento então fixado as correspondentes consequências (designadamente no plano da constitucionalidade).

Assim, entende esta Comissão não dever concluir agora sequer pela inconstitucionalidade (parcial) do preceito mencionado e limitar-se a deixar aqui consignada a advertência que antecede.

IX — Conclusão

¹⁵⁸ Uma terceira diferença, segundo parece, é a de que no Decreto-Lei nº 554/80, se estende o direito à indemnização mesmo a situações diversas do arrendamento (fala-se aí em «ocupações remuneradas»). Se é assim, ou não, não interessa, de qualquer modo, averiguá-lo aqui — onde só cabe preocupar-nos da situação jurídica dos arrendatários (cf. *supra*, nota 15). Aliás, e seja como for, tratar-se-á sempre de um alargamento, e não de uma restrição, relativamente ao regime do Decreto-Lei nº 507-A/79, o que logo exclui a possibilidade de se ver aí qualquer desigualdade «relevante» face a este último diploma.

¹⁵⁹ Ou seja, o uso da expressão «instalação adequada», antes que da expressão «instalações [...] que reúnam condições idênticas».

Em face do exposto, é a Comissão Constitucional de parecer que o Conselho da Revolução não deve declarar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 554/80, de 25 de Novembro.

Lisboa e Comissão Constitucional, 31 de Março de 1982 — *José Manuel Cardoso da Costa — Armindo Ribeiro Mendes — Messias Bento — Raul Mateus — Jorge de Figueiredo Dias — Rui de Alarcão — Joaquim Costa Aroso — Hernâni de Lencastre* (vencido, conforme declaração junta) — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Discordámos da conclusão do parecer, ao afastar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 554/80, de 25 de Novembro, pelas razões que resumidamente exporemos.

Para entrar em vigor logo no dia seguinte ao da sua publicação (respectivo artigo 2.º), aquele decreto-lei permitiu-se inclusivamente dar por resolvidos os contratos de arrendamento de prédios urbanos de que o Estado não era dono, determinando a sua desocupação no prazo de seis meses (seu artigo 1.º).

Tinha o Estado sido seu dono, valha a verdade, mas deixara de ser a partir da portaria de 13 de Setembro de 1979 (*Diário da República*, 2.ª série, de 21 de Setembro), por cedência dos mesmos prédios, a título definitivo, à Ordem religiosa de que fala o parecer.

Há mais de um ano, portanto, que o Estado nada tinha a ver com esses imóveis.

O diploma surge, assim, como uma intromissão, perfeitamente delimitada, em campo privado, a decidir sobre a situação concreta de prédios que não pertencem àquele mas a uma entidade particular.

E, para agravar a sua heterodoxia, irrompe o diploma a dirimir o conflito de interesses que normalmente opõe os ocupantes de prédios urbanos aos senhorios destes, decretando-lhes o despejo sem primeiro lhes oferecer sequer uma oportunidade de se defenderem.

Para tanto, e sem hesitações, decreta que «caducam os arrendamentos e terminam de direito as ocupações, a qualquer título, anterior a 13 de Setembro de 1979, por pessoas que não pertençam à Ordem cessionária, relativos aos prédios sítos em Lisboa, na Rua da Estrela, 15 e 17».

Aquela data, 13 de Setembro de 1977, é, como se vê, a da transferência da propriedade dos referidos imóveis, enquanto que o diploma em causa tem, recorda-se, a data de 25 de Novembro de 1980, ou seja, aparece quando o Estado passara de um ano que nada tinha a ver com a propriedade desses imóveis.

E estes são os dados que não podem esquecer-se.

Dar como salvaguardada a defesa dos ocupantes dos prédios, dentro da técnica do acto administrativo, no plano da sua execução, com a hipótese de um eventual recurso aos tribunais, diferida para ulterior oportunidade, é solução que de modo algum podemos perfilhar.

Os ocupantes ou arrendatários dos prédios ver-se-ão, essa é a verdade, perante a execução de uma ordem concreta de desocupação ou despejo sob forma que lhe confere uma aparência legal.

Com essa realidade terão de se defrontar.

E, a partir daí, não lhes descortinamos outra defesa que não seja a de

arguirem a inconstitucionalidade da ordem.

A esse respeito, contudo, é de pensar que outra surpresa os espere, atendendo à posição agora assumida pela Comissão Constitucional, ao concluir pela inexistência de tal inconstitucionalidade.

Que êxito podem, de facto, esperar para uma defesa assim delineada, se a mesma se lhes oferece, há-de convir-se, logo de entrada como claudicante face a essa posição anteriormente tomada pelo órgão próprio?

Para salvaguarda da mera discussão de direitos adquiridos, neste caso — note-se que apenas falamos de mera discussão — o que quanto a nós se impunha, perante um diploma extravagante da natureza do analisado, era não nos afastarmos do reconhecimento, desde já, da sua inconstitucionalidade, que nos parece manifesta e toma aqui o aspecto de uma questão prejudicial em relação à apreciação jurisdicional, que se accione, dos interesses em conflito.

É que, adoptando a forma de um diploma legal, o que o Governo veio foi, afinal e simplesmente, decidir um caso concreto de ocupação de imóveis urbanos de propriedade privada, em que se admite a existência de títulos na base dessa ocupação.

E esta realidade, a que não vemos como fugir, corresponde necessariamente, repetimos, a dirimir um conflito concreto de interesses particulares, sem que se mostre, ao menos, que os interessados, que inclusivamente disponham de contratos de arrendamento, tenham chegado a ser ouvidos para previamente apresentarem a sua defesa.

Colocados perante a resolução unilateral dos respectivos contratos, os ocupantes dos prédios são assim atirados para um despejo decretado sem qualquer intervenção da sua parte e sem que se anteveja um processo legal para se defenderem, independentemente da inconstitucionalidade que se aponta.

Esta parece-nos manifesta, como dissemos, porque o diploma em causa representa, a nosso ver, uma intromissão do Governo na área da administração da justiça, que é reserva dos tribunais (artigo 206º da Constituição da República Portuguesa).

E tanto basta para concluirmos, ao contrário da conclusão que venceu, que o Decreto-Lei nº 554/80, de 25 de Novembro, padece de inconstitucionalidade material, por violação do disposto no citado artigo 206º da Constituição da República Portuguesa, sendo nesse sentido que votámos — *Hernâni de Lencastre*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO
RESOLUÇÃO N° 63/82

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146° e no n° 1 do artigo 281° da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Provedor de Justiça e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolve não declarar a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n° 554/80, de 25 de Novembro.

Aprovada em Conselho da Revolução em 7 de Abril de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, Iª serie, n° 90 de 19 de Abril de 1982)

MINISTÉRIO DAS FINANÇAS E DO PLANO
SECRETARIA DE ESTADO DAS FINANÇAS

DECRETO-LEI N° 554/80, DE 25 DE NOVEMBRO

Considerando que, por portaria de 13 de Setembro de 1979 da Secretaria de Estado das Finanças, publicada no *Diário da República*, 2ª série, n° 219, de 21 de Setembro de 1979, o Estado, ao abrigo do Decreto-Lei n° 97/70, cedeu a título definitivo, por motivos de utilidade pública e para fins religiosos, à Ordem das Irmãs Franciscanas Clarissas do Desagravo de Lisboa dois prédios situados em Lisboa, na Rua da Estrela, 15 e 17, com a cominação de caducidade da cessão se os prédios deixarem de ser preservados e utilizados para os fins religiosos para que foram cedidos;

Considerando que à data da cessão tais prédios se encontravam em parte dados de arrendamento e em parte ocupados em situações pouco nítidas;

Considerando que, antes da cessão, poderia o Governo ter feito cessar aqueles contratos e ocupações e, não o havendo feito pelos meios legais que, ao abrigo da legislação em vigor, tinha ao seu alcance, mas tendo simultaneamente determinado, na citada portaria, que a manutenção da cessão é condicionada por uma utilização com a qual esses contratos e ocupações são incompatíveis, compete agora tomar as providências necessárias para que possa ser cumprida a condição por ele mesmo imposta:

O Governo decreta, nos termos da alínea *a)* do n° 1 do artigo 201° da Constituição, o seguinte:

Artigo 1°

1 — Com a entrada em vigor do presente diploma caducam os arrendamentos e terminam de direito as ocupações, a qualquer título, anteriores a 13 de Setembro de 1979, por pessoas que não pertençam à Ordem cessionária, relativos aos prédios sitos em Lisboa, na Rua da Estrela, 15 e 17, que o Estado cedeu a título definitivo à Ordem das Irmãs Franciscanas Clarissas do Desagravo de Lisboa por portaria de 13 de Setembro de 1979, publicada no *Diário da República*, 2ª série, n° 219, de 21 de Setembro de 1979.

2— O prazo de desocupação será de seis meses, nos termos do artigo 9° do Decreto n° 139-A/79, de 24 de Dezembro, aplicando-se o n° 2 do mesmo preceito.

3— No caso das ocupações remuneradas, serão atribuídas as indemnizações a que se refere o artigo 10° do mesmo diploma, as quais constituirão encargo da entidade cessionária, salvo nos casos em que aos ocupantes, a qualquer título, seja possível assegurar instalação adequada.

Art. 2° Este decreto entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 30 de Outubro de 1980. —
Francisco Sá Carneiro.

Promulgado em 18 de Novembro de 1980.

Publique-se.

O Presidente da República, ANTÓNIO RAMALHO EANES.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

PARECER Nº 14/82

Retroactividade das leis fiscais — Princípio do Estado de Direito democrático — Legalidade tributária — Protecção da confiança dos cidadãos.

I — Pedido

Ao abrigo do nº 1 do artigo 281º da Constituição, e dando seguimento a uma exposição apresentada¹⁶⁰ no uso do direito de petição reconhecido pelo artigo 49º, nº 1, da Lei Fundamental, o *Presidente da Assembleia da República* solicitou ao Conselho da Revolução que declarasse, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do artigo 29º, nº 1, alínea b), 1), do Decreto-Lei nº 75-A/78, de 26 de Abril¹⁶¹.

De harmonia com os artigos 284º, alínea a), da Constituição, e 16º, alínea a), do Estatuto da Comissão Constitucional (Decreto-Lei nº 503-F/76, de 30 de Junho), vai esta Comissão emitir o necessário parecer.

Esclarece-se que o Presidente da Assembleia da República declarou logo não desejar usar do prazo de pronúncia e que o Primeiro-Ministro, convidado a pronunciar-se, nos termos legais, nada disse sobre o assunto.

II — Fundamentação

O peticionante, a fundamentar o seu pedido, alegou que o preceito reputado inconstitucional — preceito que criou um adicional de 15 % sobre determinados impostos, a cobrar em 1978, relativamente a rendimentos auferidos no ano anterior — «viola materialmente o princípio da irretroactividade das leis fiscais, contemplado nos artigos 29º, nº 4, 106º, nº 2, e 108º» da Constituição. E credenciou a sua pretensão com a doutrina de um recente acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, que considerou inconstitucional a aludida norma, na parte referente ao imposto complementar¹⁶².

A norma questionada dispõe deste modo:

1 — São criados os seguintes adicionais às contribuições e impostos a seguir designados:

- a) [...];
- b) 15 % sobre:

¹⁶⁰ Pelo Dr. António Gil Teles de Sousa.

¹⁶¹ Note-se que a solicitação do Presidente da Assembleia da República, como a petição que lhe deu causa, reporta-se apenas ao artigo 29º, nº 1, alínea b). Ora esta alínea b) tem vários números ou subnúmeros (concretamente o nº 4) e só o sub-número 1 é que está em jogo quanto à questão de inconstitucionalidade que se levantou. É isto óbvio, e implicitamente é o que resulta do processo de parecer, pelo que a omissão da referência ao dito subnúmero 1 é mero lapso. E nem lapso talvez seja, na medida em que pode entender-se que a referência à alínea b) vai acompanhada da alusão aos «rendimentos de 1977», e à consequente retroactividade, o que só vale quanto ao subnúmero 1 da alínea b). Como quer que seja, o mais correcto teria sido aludir, no pedido de declaração de inconstitucionalidade, ao mencionado subnúmero 1 — e, por isso, assim fazemos no texto.

¹⁶² Essa parte (adicional de 15 % sobre o imposto complementar) era a única que estava posta em causa no processo em que foi proferido o acórdão — Acórdão de 29 de Outubro de 1980, in *Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo*, nº 230, pp. 197 e segs.

1) As contribuições industriais e predial e os impostos de capitais (secção A), complementar (secção A) e de mais-valias pelos ganhos referidos no n.º 2 do artigo 1.º do respectivo Código, respeitantes aos rendimentos de 1977, com exclusão da contribuição industrial e do imposto de mais-valias que respeitem, na totalidade, a lucros e ganhos realizados em actividades cessadas, nos termos do Código da Contribuição Industrial, antes de 1 de Janeiro de 1978.

É este precisamente o preceito cuja inconstitucionalização agora se pretende.

O nervo da argumentação do peticionante — aliás no trilho do Supremo Tribunal Administrativo — passa pelo *princípio da legalidade tributária*. Se é certo — diz-se — que o texto constitucional não refere explicitamente a proibição da retroactividade das leis fiscais, consagra, todavia, no artigo 106.º, n.º 2, o mencionado princípio da legalidade do imposto. E tal princípio, co-envolvendo a *protecção da confiança do contribuinte* — conhecer e avaliar os encargos tributários directa e exclusivamente com base na lei —, postula a solução da *irretroactividade* das leis fiscais.

Semelhante solução apoia-se, de resto — no entender do solicitante —, em outros princípios ou regras constitucionais.

Por um lado, no princípio da *anualidade da lei orçamental* (artigo 108.º, n.º 1), que leva a que «o diploma legal criador de certo imposto apenas se pode reportar aos rendimentos, actos ou situações posteriores à sua entrada em vigor»¹⁶³.

Por outro lado, num princípio ou dispositivo constitucional extraído do *artigo 29.º* da Lei Básica. Com efeito, nos casos em que a lei fiscal penaliza o contribuinte com uma multa *variável em função* do imposto, este assume a natureza de pressuposto ou elemento da própria multa, e então o imposto para graduação da multa há-de ser, por força do artigo 29.º, o vigente ao tempo da infracção, e não o tributo mais gravoso que resultar da lei posterior. Mas, sendo assim, afigura-se — como se acentua na petição em que se baseou o pedido de declaração de inconstitucionalidade, fazendo-se citação do referido acórdão do Supremo Tribunal Administrativo — que o princípio da não retroactividade subjacente ao artigo 29.º deve reger mesmo para aqueles casos «em que o contribuinte não foi autor de qualquer infracção fiscal, sob pena de o contribuinte não infractor poder pagar mais imposto ou ficar sujeito a um imposto mais oneroso do que o contribuinte faltoso¹⁶⁴, com a consequente violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei».

¹⁶³ «Na verdade», escreve-se no citado acórdão do Supremo Tribunal Administrativo «se o Governo carece de ser expressamente autorizado, em cada ano, a proceder à cobrança dos tributos genericamente definidos na Lei do Orçamento (artigo 108.º da Constituição); se a Assembleia da República deve votar a Lei do Orçamento até 15 de Dezembro [...] e se esta lei é para entrar em execução no *início do ano económico* a que se destina [...] — de concluir é, assim, que a lei criadora de certo imposto apenas pode reportar-se aos rendimentos, actos ou situações posteriores à sua entrada em vigor, sob pena de violação do princípio de que esta lei se destina a ser executada no início do ano económico a que se reporta a mesma Lei do Orçamento.»

«Daí que se haja de ter como inconstitucional a lei que cria um imposto para ser aplicado em certo ano económico e esse imposto não conste da Lei do Orçamento votada para esse ano económico.»

¹⁶⁴ No passo transcrito fala-se, por lapso, em «contribuinte não faltoso».

III— Solução

Que pensar desta concepção e das razões, aqui sumariamente expostas, em que se funda?

Pois que elas não convencem a Comissão Constitucional, que perfilha, pelo contrário, a tese de que *não está viciado de inconstitucionalidade material o artigo 29º, nº I, alínea b), 1), do Decreto-Lei nº 75-A/78*.

IV — Antecedentes

A solução que propugnamos já foi, de resto, advogada por esta Comissão em anterior parecer — *o parecer nº 25/81*¹⁶⁵ — e sufragada pelo Conselho da Revolução — através da *Resolução nº 200/8*¹⁶⁶ —, embora aquele parecer e esta resolução se reportassem, não a toda a área do citado artigo 29º, nº 1, alínea b), mas apenas — dado que, na altura, só isso estava em causa — ao adicional referente ao imposto complementar. No mesmo sentido se pronunciou o recentíssimo Acórdão nº 444 desta Comissão.

E não foi só no aludido parecer e no mencionado acórdão que à Comissão Constitucional se ofereceu ensejo para debater um tema que, como o presente, se situa no melindroso domínio da retroactividade das leis em geral e das leis tributárias em especial.

Há bem pouco ainda, e já depois da emissão do citado parecer, a Comissão pronunciou-se, em veste jurisdicional, sobre uma matéria que interessa grandemente à solução do caso agora apreciado. Referimo-nos ao *Acórdão nº 437*¹⁶⁷.

Na espécie sobre que versou este acórdão, não estava em causa, é certo, o apontado artigo 29º, nº 1, alínea b), 1). Não estava sequer em jogo qualquer retroactividade ou irretroactividade de leis fiscais. Mas, em ordem à adequada qualificação e tratamento da hipótese *sub judice*, a Comissão foi levada a perspectivar, em termos gerais, o problema da legitimidade ou ilegitimidade constitucional da retroactividade das leis, e a doutrina genérica assim formulada tem, como logo se intui e adiante melhor se verá, um relevante significado para a questão que de momento nos ocupa.

Onde, porém, tal interesse mais se revela e patenteia é, efectivamente, na hipótese do parecer nº 25/81 (e do Acórdão nº 444). Aí o caso versado é, em parte, o *mesmo* que agora se questiona — o da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 29º, nº 1, alínea b), 1), do Decreto-Lei nº 75-A/78.

Dizemos «*em parte*», não só porque a matéria do parecer era, além da indicada (tributação adicional de 15 %), vária outra, mas também e sobretudo porque o preceito que na altura estava, como ora está, em análise é o do artigo 29º, nº 1, alínea b), 1), só que, então, apenas no tocante ao imposto *complementar*, ao passo que, agora, em referência a toda a área da norma, que abrange, a mais do imposto complementar, a *contribuição industrial, a predial, o imposto de capitais e o de mais-valias*.

A diferença que acabamos de assinalar, sendo formalmente importante, não parece que o seja substancialmente, uma vez que não impede, no aspecto que releva

¹⁶⁵ Datado de 28 de Julho e ainda não publicado na colectânea oficial.

¹⁶⁶ *Diário da República*, 1ª série, de 25 de Agosto.

¹⁶⁷ Proferido em 26 de Janeiro de 1982 e igualmente inédito. Nessa decisão se dá notícia de acórdãos e pareceres da Comissão Constitucional sobre questões de retroactividades das leis, designadamente de leis fiscais.

para os efeitos do presente parecer, que a solução seja a mesma para os diversos impostos enunciados. Não obsta, por conseguinte, a que deva afirmar-se a constitucionalidade do preceito em toda a sua descrita área¹⁶⁸.

O que acabará praticamente por identificar, nesta medida, a hipótese que temos em apreciação com aquela sobre que incidiu a atenção do mencionado parecer nº 25/81.

Sendo assim as coisas, julga-se a Comissão agora dispensada de tratar *funditus* do problema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 29º, nº 1, alínea b), 1), do Decreto-Lei nº 75-A/78. Poderia até remeter pura e simplesmente para o parecer nº 25/81 (e respectiva resolução) no tocante ao adicional relativo ao imposto complementar, limitando-se a tratar da aplicabilidade de idêntica solução aos outros impostos contemplados naquele preceito.

Atendendo, porém, ao facto de o tema, cuja importância é manifesta, haver sido tratado pela Comissão em momentos e em peças jurídicas diferentes, e de haver vantagem em correlacionar e sintetizar elementos carreados nesses diversos lugares, não se afigura descabido — pelo contrário — recapitular e reformular a doutrina então sustentada. Assim se fará, olhando diversos pontos só de relance, pois a análise anteriormente feita neste órgão evita agora uma maior detença.

Nesta conformidade, começaremos por retomar, sucintamente, ainda que com um ou outro acrescentamento, a argumentação do parecer nº 25/81, a qual vai no sentido da constitucionalidade do artigo 29º, nº 1, alínea b), 1), em virtude de *não* poder afirmar-se, no nosso direito, a existência de uma proibição constitucional da retroactividade da lei fiscal.

A circunstância de faltar, na Constituição, um preceito ou uma regra nesse sentido, não significa, contudo, que, em certos contextos, essa irretroactividade não deva asseverar-se. E asseverar-se, justamente, por haver, em tais casos, razões que dão corpo à violação de outras normas ou princípios constitucionais. Nessa medida — mas só nela — as leis fiscais retroactivas de que se trate serão inconstitucionais.¹⁶⁹

Como escreve Ignazio Manzoni¹⁷⁰, «se não pode dizer-se constitucionalmente ilegítima, de per si, a retroactividade da lei ordinária não penal, bem pode ser constitucionalmente ilegítima a lei ordinária extra penal retroactiva, desde que não respeite todas as [outras] garantias constitucionais». E noutro passo¹⁷¹:

Na ausência de uma norma constitucional expressa que acolha um princípio de irretroactividade para as leis ordinárias não penais, a eventual retroactividade da lei não é de per si causa de ilegitimidade, *contanto que tal retroactividade se não traduza, concretamente, em violar ou defraudar qualquer outra norma constitucional.*

O aspecto que acabamos de abordar, embora focado no parecer nº 25/81 — e no citado Acórdão nº 444 —, foi especialmente analisado no referido Acórdão nº 437. Daí que, relembando, nos seus rasgos fundamentais, a argumentação daquele parecer

¹⁶⁸ Veja-se *infra*, nº 10.

¹⁶⁹ Neste sentido tem-se pronunciado a Comissão Constitucional, em diversos pareceres e acórdãos (para além dos referenciados no presente número): vejam-se, por exemplo, o parecer nº 26/79 in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 9º vol., p. 140, e o Acórdão nº 156, de 29 de Maio de 1979 (publicado na respectiva colecção, em apêndice ao *Diário da República*, e no *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 291, pp. 297 e segs.)

¹⁷⁰ «Sul problema della costituzionalità delle leggi tributarie retroattive», in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, vol. XXII (1963), parte I, p. 522.

¹⁷¹ *ibidem*.

— reproduzida, no essencial, e acrescentada, no Acórdão n.º 444 —, tenhamos de voltar-nos para a do Acórdão n.º 437. Feito isso, e desta forma recapitulada e, em alguma medida, reformulada a doutrina da Comissão Constitucional, não suscitará dúvidas de maior a aplicação de tal doutrina ao caso do presente parecer.

V — Não retroactividade das leis fiscais e «constituição financeira»: inexistência de uma garantia constitucional «directa»

O parecer n.º 25/81 versa, além de outros pontos que exorbitam do tema ora em apreço, o problema de saber se o artigo 29.º, n.º 1, alínea *b*), 1), do Decreto-Lei n.º 75-A/78, deve ou não ter-se por inconstitucional, na parte relativa ao adicional de 15% lançado sobre o imposto complementar. Pronuncia-se, como sabemos, pela constitucionalidade, conclusão que o *Conselho da Revolução* perfilhou, ao resolver «não declarar a inconstitucionalidade do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 75-A/78, de 26 de Abril, na parte em que mandou aplicar a criação do adicional de 15 % à colecta do imposto complementar (secção A) de 1978 aos rendimentos de 1977, isto é, com eficácia retroactiva»¹⁷².

A solução adoptada justifica-se primordialmente, como dissemos¹⁷³, pela *liberdade do legislador ordinário*, que não está vinculado por uma proibição constitucional de retroactividade da lei fiscal, tal como a que existe em matéria penal, por força do artigo 29.º da Constituição¹⁷⁴.

A Constituição não equipara, assim, a lei penal e a lei fiscal para o efeito da aplicação no tempo. Não faz tal equiparação — e nem deveria, na verdade, tê-la feito, como se comprova pelo que adiante se dirá (vejam-se, designadamente, as notas 26 e 41). Contra — e por conseguinte a favor de semelhante equiparação — veja-se D. J. Leite de Campos, «Da inconstitucionalidade do imposto complementar» (separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LIV), Coimbra, 1979, pp. 45 e 46.

Nem mesmo é cabida, nesta comparação com a lei penal, a equivalência que adviria da circunstância de o contribuinte poder ser penalizado com uma multa variável em função do imposto. O argumento está delineado supra, n.º 2, *in fine*. Mas não vai avante. Além do mais, e como bem se nota no voto de vencido do Conselheiro Félix Alves, lançado no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo que vem citado na nota 3, «o argumento que o acórdão pretende tirar das hipóteses em que a lei decreta uma multa variável em função do valor do imposto devido não é atendível porque, nesses casos, o que acontece é que o imposto tem de ser calculado de acordo com a lei nova (retroactiva), mas a multa não pode exceder o valor do imposto calculado em conformidade com a lei vigente à data dos factos: o acórdão inverte, manifestamente, os termos do problema».

A inexistência de um genérico princípio constitucional proibindo a retroactividade das leis, nomeadamente das leis fiscais, corresponde a uma *tradição legislativa*, entre nós¹⁷⁵ como no estrangeiro¹⁷⁶. Tradição que se estranharia fosse

¹⁷² Resolução n.º 200/81, cit.

¹⁷³ Supra, n.º 4.

¹⁷⁴ Cf. também o Código Penal, artigos 5.º e 6.º.

¹⁷⁵ A proibição *iure constitutionis* da retroactividade das leis encontra-se na Carta Constitucional de 1826 (artigo 141.º, § 2.º), mas desapareceu dos textos constitucionais posteriores, desconto feito da incriminação penal.

¹⁷⁶ Veja-se parecer n.º 25/81, III. *Adde*: J. Oliveira Ascensão, «A violação da garantia

vulnerada pela Constituição de 1976, dado o seu cunho acentuadamente *progressista*, de si pouco harmonizável com uma diversa solução¹⁷⁷.

Seria de estranhar que a Constituição actual se afastasse de uma tal orientação — e, de facto, não se afastou. Com efeito, a irretroactividade está nela vedada no domínio das leis penais incriminadoras (cit. artigo 29º), mas *não fora desse âmbito*.

Designadamente, não se depara tal vedação no terreno das leis *fiscais*, não fazendo a irretroactividade das leis tributárias, portanto, parte integrante da «constituição financeira», assim como a irretroactividade das leis em geral não integra a ordem constitucional global.

VI — Continuação

Nem em contrário se podem invocar certos princípios a este propósito trazidos a terreiro, a saber: o princípio do Estado de Direito democrático, o princípio da legalidade tributária e o princípio da protecção da confiança dos cidadãos.

Quanto àquele primeiro princípio, «tem-se entendido [...] que o *Estado de Direito democrático* a que aludem o preâmbulo e o artigo 3º, nº 4, da Constituição, não permite neste campo as ensanchas do Estado de Direito clássico ou liberal, indo longe o tempo em que Duguit podia dizer que uma lei retroactiva era uma lei contra o direito e, portanto, inválida»¹⁷⁸.

No tocante ao *princípio da legalidade tributária*, também ele, em si mesmo e articulado com o princípio da legalidade orçamental (ou da *anualidade dos impostos*: Constituição, artigo 108º)¹⁷⁹, não se mostra inconciliável com a retroactividade de leis fiscais. É o que parece mais razoável e conforme ao entendimento natural das disposições constitucionais pertinentes, mormente do artigo 106º, e, quando menos, tal regra ou directiva, «sobretudo em face das razões históricas [...], não é suficiente para conduzir à conclusão de um princípio não escrito de irretroactividade da lei fiscal nas leis constitucionais»¹⁸⁰.

É certo que a legalidade tributária postula as devidas «garantias dos contribuintes» (cit. artigo 106º, nº 2) e que estas podem ser atingidas, irrazoável e mesmo insuportavelmente, por certas leis fiscais retroactivas. Quando assim sucede — e

constitucional da propriedade por disposição retroactiva», in *Revista dos Tribunais*, 91º, p. 294; I. Manzoni, *cit.*, pp. 519-521, e G. Grotanelli de Santi, *Profili costituzionali della irretroattività delle legge*, Milão, 1970, pp. 161 e 162.

Algumas Constituições, contudo, proibem genericamente a irretroactividade das leis: assim sucede, por exemplo, com a Constituição do Brasil: cf. F. Amaral Neto, «Irretroactividade das leis», in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 46º vol., São Paulo, 1977, pp. 240, 243 e 245 e segs.

¹⁷⁷ Cf. parecer cit., *ibid.*; Messias Bento, *Est. Mag. Jud.*, Porto, p. 161. Do que acaba de dizer-se se vê que os conflitos de leis no tempo têm ou podem ter uma dimensão *política*. Na verdade, a atitude conservadora, liberal, reformista ou revolucionária não é a mesma em face dos problemas da retroactividade das leis. Acerca deste ponto, vejam-se: Suzanne Dalligny, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, Paris, 1976, pp. 101 e 102; F. Dekeuwer-Defossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, 1977, pp. 4 e 5. Cf., ainda, L. Schiavello, «Sulla retroattività delle leggi tributarie», in *Riv. dir. finanz.*, *cit.*, vol. xxv (1966), I, pp. 593 e segs.

¹⁷⁸ Parecer cit., *ibid.*

¹⁷⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, «A lei do orçamento na teoria da lei», nos *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro* (número especial do *Boletim da Faculdade de Direito*), vol. II, 1979, pp. 570 e 571 (e em separata, pp. 31 e 32).

¹⁸⁰ Parecer cit., *idid.*

passamos ao último dos três aludidos princípios —, não será intoleravelmente lesada a necessidade constitucional de protecção da confiança dos cidadãos?

A resposta é: sim. Só que o princípio da confiança¹⁸¹ — e, na medida em que vai nele co-implicado, o próprio princípio da legalidade — não impõe nem aconselha a proibição constitucional de quaisquer leis fiscais retroactivas. Apenas reclama que, em certos casos — é como quem diz: em relação a certas leis fiscais —, a retroactividade se deva ter, numa perspectiva constitucional, como inadmissível. Mas, como parece claro, daí não se tira o princípio constitucional da irretroactividade, e antes se depreende que semelhante aplicação retroactiva só nesses casos (ou em relação a essas leis) tem o veto do legislador constituinte.

O que tudo leva à conclusão de que não está «consagrada na actual Constituição, de acordo, aliás, com a tradição constitucional portuguesa, a proibição de normas tributárias retroactivas, como direito ou garantia fundamental dos cidadãos»¹⁸². «Simplesmente, o que o legislador não poderá nunca é impor a retroactividade em termos que choquem a consciência jurídica e frustrem as expectativas fundadas dos contribuintes, cuja defesa constitui um dos princípios do Estado de Direito Social»¹⁸³.

VII — Garantia constitucional «indirecta»

A questão focada em último lugar — ou seja: a da existência de uma retroactividade que ofenda intoleravelmente a confiança do contribuinte — foi, como há pouco dissemos, especialmente considerada no Acórdão n.º 437. Ora é conveniente, para uma melhor abordagem da presente questão, que nos detenhamos um pouco no mencionado acórdão e na doutrina que, na parte que nos interessa agora, nele se consagrou.

Arrancando da ideia, assente na Comissão Constitucional, de que a irretroactividade directa ou *imediatamente* inconstitucional tem lugar apenas em áreas reservadas (v. g., na área penal incriminadora), o aresto assinala, citando o parecer n.º 25/79¹⁸⁴ que todavia «podem certas leis retroactivas vir a ser desconformes com a Constituição, não por virtude desse seu sentido, mas sim por contradição com outros preceitos ou princípios constitucionais».

E «é o que desde logo se passa» — escreve-se no mesmo aresto — «com o princípio do primado do Estado de Direito democrático, consignado no Preâmbulo da Constituição e que se precipita em muitas das suas normas. Um tal princípio garante seguramente um mínimo de *certeza* nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas e, conseqüentemente, a *confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica* [...]. Daí não deriva que toda a norma retroactiva deva reputar-se inconstitucional, mas só aquela que viola de forma intolerável a segurança jurídica e a confiança que as pessoas e a comunidade têm obrigação (e também o direito) de depositar na ordem jurídica que as rege»¹⁸⁵.

¹⁸¹ Acerca deste princípio veja-se o que dizemos adiante, *sub* n.ºs 7 e segs.

¹⁸² Parecer e *lug. cit.* Sublinhámos.

A solução defendida corresponde ao que parece ser a doutrina dominante. Mas forçoso é reconhecer que as opiniões estão, a este respeito, muito divididas. Vejam-se, num e noutro sentido, os numerosos *autores* referidos no já várias vezes citado parecer n.º 25/81.

¹⁸³ Parecer n.º 25/81.cit

¹⁸⁴ In *Pareceres da Comissão Constitucional*, 9.º vol. p. 115.

¹⁸⁵ Neste sentido veja-se, por último, além do parecer n.º 25/81: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, vol. II, Coimbra, 1981, pp. 57 e 58; J. M. Cardoso da Costa, *Sobre as Autorizações*

No desenvolvimento desta ideia o Acórdão nº 437 refere que o princípio da confiança não pode haver-se por intoleravelmente ofendido — não havendo assim uma retroactividade constitucionalmente ilegítima — quando, entre outras hipóteses que, no contexto deste parecer, pouco interessam¹⁸⁶, «a confiança [do cidadão] no reconhecimento da situação jurídica ou das suas consequências se revele materialmente *injustificada*; sempre que a situação jurídica *não era clara ou inequívoca*, de tal modo que o cidadão poderia e deveria contar com a eventualidade do seu posterior esclarecimento num ou noutro sentido; ou, de uma maneira geral, quando razões imperiosas de *interesse público* — e, nomeadamente, nas palavras de Gomes Canotilho¹⁸⁷, 'a adopção de medidas positivas de conformação social' — se sobrepõem visivelmente à tutela dos valores da segurança e da certeza jurídicas».

VIII — Continuação e síntese

As soluções expostas no número precedente têm sólidos apoios na doutrina e jurisprudência constitucional estrangeiras¹⁸⁸.

Ora tais soluções, se bem entendemos as coisas, conduzirão afinal à ideia de que a *retroactividade das leis fiscais*¹⁸⁹ *será constitucionalmente legítima*¹⁹⁰ *quando semelhante retroactividade não for «arbitrária» ou «opressiva»*¹⁹¹ *e não envolver assim uma «violação demasiado acentuada»*¹⁹² *do princípio da confiança do contribuinte*. Equivale isto a dizer — visualizada a questão de outro ângulo — que *a retroactividade tributária terá o beneplácito constitucional sempre que razões de interesse geral a*

Legislativas da Lei do Orçamento, separata de «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro» (número especial do *Boletim da Faculdade de Direito*), Coimbra, 1982, p. 30, nota 34; Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, p. 125, onde, a propósito do não acolhimento da sugestão, tanto do projecto Sá Carneiro como do Projecto Jorge Miranda, no sentido de incluir no texto revisto da Constituição o princípio da não retroactividade da lei fiscal (*rectius*: das normas de tributação agravadoras), fundadamente se escreve:

Entende-se [...] que seria injustificado, e sobretudo extremamente perigoso, consignar na Constituição, com tal latitude, semelhante princípio — a verdade é que a restrição e o sacrifício que os impostos representam não podem equiparar-se aos das sanções penais.

E logo a seguir:

Ao pôr assim a questão não se pretende afirmar que devam considerar-se constitucionalmente lícitos todos e quaisquer impostos «retroactivos», nomeadamente os eivados de «autêntica retroactividade»: há aqui limites que de modo algum podem transpor-se e que derivam do princípio da protecção da confiança, insito na ideia do Estado de direito. Simplesmente, e sem que para isso haja necessidade de referi-los expressamente na Constituição, há-de ser a jurisprudência, com o apoio da doutrina, a traçá-los em cada caso.

¹⁸⁶ Sobre elas, veja-se o citado acórdão e os autores em que se louva.

¹⁸⁷ *Ob. cit.*, p. 58

¹⁸⁸ Nomeadamente no espaço jurídico da República Federal da Alemanha. V. Leibholz e Rinck, *Grundgesetz*, 6.^a ed., 1979, pp. 512 e segs., citado no Acórdão nº 437. Vejam-se ainda: M. W. Kruse, *Steuerrecht*, vol. I, 3.^a ed., Mumque, 1973, pp. 72 e 73; Model e Muller, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 9.^a ed., Colónia, 1981, pp. 239 a 241; Klaus Vogel, «L'influsso della giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto tributario vigente nella Repubblica Federale Tedesca», in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 1968, I, p. 18.

¹⁸⁹ Falamos de «leis fiscais» porque são as únicas que temos directamente em vista. Mas a doutrina que foi ou vai ser enunciada vale, com as necessárias adaptações, para outras leis impositivas de encargos aos cidadãos.

¹⁹⁰ Afora, claro está, a existência, em contrário, de normas constitucionais específicas.

¹⁹¹ São termos, estes, tirados da linguagem jurídica norte-americana: «*arbitrary retroactivity*», «*very oppressive (drastic) retroactivity*». Segundo Grottanelli, *cit.*, pp. 225 e 226.

¹⁹² *Apud* Grottanelli, *cit.*, p. 227.

*reclamem e o encargo para o contribuinte se não mostrar desproporcionado — e mais ainda o terá se tal encargo aparecia aos olhos do contribuinte como verosímil ou mesmo como provável*¹⁹³.

As formulações propostas ajustam-se patentemente, por um lado, à consabida inexistência de uma cláusula constitucional genérica de irretroactividade das leis fiscais, e, por outro, à existência, ao nível da legislação ordinária, de uma directiva de não retroactividade das leis¹⁹⁴.

Buscam ou exprimem um equilíbrio entre estes dois pólos. E cremos que o traduzem em termos de justiça e razoabilidade, sem radicalismos, fugindo da míngua ou da demasia. Deste modo, sem sacrificar intoleravelmente as legítimas pretensões ou expectativas dos contribuintes, não retira aos órgãos legislativos¹⁹⁵ o poder de arrecadar receitas necessárias para a promoção dos interesses gerais que lhes incumbe satisfazer.

Incumbência que merece realce, sobretudo nos tempos de hoje, em que o acréscimo e o sentido das funções do Estado — um Estado que é «cada vez mais volumoso»¹⁹⁶, sem deixar de tentar ser cada vez mais justo (Estado de Justiça) — apontam para uma política financeira e fiscal redistributiva em ordem a «reduzir [...] desigualdades injustificadas e os consequentes pontos de atrito social, que constituem um perigo para o sistema pluralístico» garantido pelo estatuto constitucional¹⁹⁷.

Nesta linha de rumo — e não é outro o rumo da nossa Constituição —, há naturalmente que ter em conta a natureza — *rectius*, o *grau* — da retroactividade de que se trate. Pois sabe-se que a retroactividade comporta uma *graduação*, que vai de um mínimo a um máximo, passando por um estágio normal ou ordinário¹⁹⁸, e é bom de ver

¹⁹³ Isto é: como algo com que o contribuinte pudesse ou devesse contar.

¹⁹⁴ Em princípio, «a lei só dispõe para o futuro», e portanto sem retroactividade. Apesar de explicitado no Código Civil (artigo 12.º, nº 1), trata-se de um critério de natureza *geral*, porventura de um verdadeiro princípio geral de direito. Cf. J. Oliveira Ascensão, *cit.*, p. 291; id., *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, 1978, p. 422. Cf. também J. Baptista Machado, *Sobre a Aplicação no Tempo do Novo Código Civil*, Coimbra, 1968, pp. 55 e 56.

Um critério, por conseguinte, que vale designadamente em matéria de normas *fiscais*: veja-se, por todos, J. M. Cardoso da Costa, *Curso de Direito Fiscal*, 2.ª ed., Coimbra, 1972, pp. 233 e segs.

¹⁹⁵ *Rede*: à Assembleia da República [artigo 167º, alínea o), ou ao Governo, mediante autorização legislativa daquela (artigo 168º)].

Acerca das autorizações em matéria fiscal, sobretudo quando constantes da lei orçamental, veja-se J. M. Cardoso da Costa, «Sobre as autorizações legislativas da Lei do Orçamento», separata de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro* (número especial do *Boletim da Faculdade de Direito*), Coimbra, 1982.

¹⁹⁶ J. C. Vieira de Andrade, *Grupos de Interesse, Pluralismo e Unidade Política*, Coimbra, 1977, p. 44.

¹⁹⁷ L. Schiavello, *cit.*, p. 609. A argumentação do autor reporta-se à constitucionalidade de um imposto (retroactivo) de mais-valias, mas vale, *mutatis mutandis*, para a tributação a que se refere o nosso parecer.

Cf. também G. Grottanelli de Santi, *cit.*, p. 239, que escreve:

A retroactividade [...] pode ser de todo reclamada e tornada necessária para a consumação dos objectivos da Constituição e para a realização do tipo de sociedade por ela visada [...]

Para mais em períodos de orçamentos deficitários, como actualmente sucede, com frequência: cf. id., *cit.*, 227.

Veja-se ainda J. J. Teixeira Ribeiro, «O sistema fiscal na Constituição de 1976» (separata do *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXII), Coimbra, 1979, pp. 6 e segs.; id., «Problemas da reforma fiscal» (separata do mesmo volume do *Boletim*), pp. 21 e 22.

¹⁹⁸ Sobre o tema dos graus de retroactividade vejam-se, na doutrina portuguesa, J. Baptista Machado, *cit.*, pp. 48 e segs., e J. Oliveira Ascensão, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, *cit.*, pp. 441

que a legitimidade constitucional de uma aplicação fiscal retroactiva depende do grau da respectiva retroactividade, que, no fim de contas, pode configurar ou não configurar uma retroacção «arbitrária» ou excessiva e, por aí, uma violação inadmissível ou, ao invés, tolerável do princípio da confiança. É isto, por conseguinte, um tópico a ter em linha de conta nesta matéria, mas sobre o qual não é necessário — e por isso não cumpre — ir aqui mais além¹⁹⁹.

Temos, por conseguinte e em suma, que a Constituição *não* garante a *irretroactividade da lei fiscal*, de uma forma *global* e genérica, acontecendo, porém, que a *retroactividade* pode ser constitucionalmente *ilegítima*, em certos *casos*, nos termos ditos, sobretudo naqueles casos em que a retroactividade se mostre manifestamente ofensiva das exigências da protecção da confiança do contribuinte, exigências que o Estado de Direito democrático postula²⁰⁰.

IX — Aplicação ao adicional sobre o imposto complementar

Chegados a este ponto, é altura de *aplicar* os critérios ou tópicos indicados ao caso em apreço, isto é, à hipótese do artigo 29º, nº 1, alíneas *b)* e *l)*, do Decreto-Lei nº 75-A/78, de 26 de Abril.

O problema, como sabemos, pôs-se no supracitado parecer nº 25/81, relativamente ao preceito agora em exame, mas apenas *em parte*. Mais concretamente: na parte referente ao *imposto complementar*²⁰¹, único sector sobre o qual,

a 442. De entre os autores estrangeiros destaquem-se Patrice Levei, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1959, n.ºs 89 e segs., e Paul Roubier, *Le Droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, Paris, 1960, nº 62.

Com a matéria dos graus de retroactividade tem a ver a distinção feita na doutrina alemã — e que entre nós parece ser acolhida por J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 57 — entre leis de «efeitos retroactivos» e leis de «efeitos retrospectivos», aquelas envolvendo uma «retroactividade autêntica», estas uma «retroactividade inautêntica». Acerca desta distinção — de duvidosa legitimidade — veja-se, além do citado Gomes Canotilho, H. W. Kruse, *ob. cit.* e *lug. cit.*, Model e Muller, *cit.*, pp. 240 e 241, e Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12ª ed., Heidelberg, 1980, p. 205.

¹⁹⁹ Adiante, no momento próprio, se dirá algo mais sobre o assunto. Veja-se nº 9.

²⁰⁰ Em vez de proibir genericamente a retroactividade das leis fiscais, o legislador constituinte preferiu assim deixar as mãos livres ao legislador ordinário — ou só atar essas mãos em certos casos e circunstâncias, nos termos que dissemos no texto.

Afastadas deste modo as soluções extremistas — *sub specie constitutionis*, a retroactividade não é sempre proibida, mas também não será sempre permitida —, caberá encontrar, caso a caso, a solução adequada sob o ponto de vista da constitucionalidade das leis tributárias de aplicação retroactiva. A flexibilidade, a falta de rigidez que tal solução importa, não será, contudo, de molde a causar estranheza ou receio. Corresponde a uma preocupação de justiça e razoabilidade premente no pensamento jurídico contemporâneo e tal solução é, de resto, a que melhor se coaduna com a natureza das normas ou regras reguladoras da aplicação das leis no tempo.

Tais normas ou regras, com efeito, não têm, nem poderiam, por direitas contas, ter um entendimento e aplicação formalizantes, que ocorressem *more geométrico*, à margem dos interesses reais em jogo. Se é certo que na prática — se não mesmo em alguma teoria — isso acontece com certa frequência, o facto será explicável, mas não é, de modo nenhum, justificável. Neste campo — como, em geral, nas outras áreas do jurídico — não podemos fiar-nos em «elementos precisos de natureza estrutural» (de que fala, precisamente a propósito do direito intertemporal, Manuel de Andrade, «Fontes de direito, vigência, interpretação e aplicação da lei», nº 9, *in fine*, no *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 102), «mas sim nas razões [...] tiradas principalmente da consideração dos interesses em jogo» (*id.*, *ibid.*).

²⁰¹ *Rectius*: ao imposto complementar — *secção A* (respeitante, claro está, aos rendimentos de 1977). O qual se refere, como é sabido, às *personas singulares*.

O texto básico regulador do imposto complementar é o Código do Imposto Complementar, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45 399, de 30 de Novembro de 1963, e alterado por vária legislação

conformemente ao princípio do pedido, cabia emitir juízo de constitucionalidade.

Desta feita o pedido é *mais amplo*, pois cobre toda a área daquela norma — não só a do imposto complementar, mas também as da contribuição industrial e predial e dos impostos de capitais e mais-valias. Ao passo que o pedido, ali, envolvia uma inconstitucionalidade *parcial*, aqui levará, se procedente, a uma inconstitucionalidade *total*.

Só que nenhuma inconstitucionalidade, parcial ou total, se nos depara na hipótese acerca da qual a Comissão Constitucional é consultada.

A solução que foi dada, na sequência e em conformidade com o parecer nº 25/81, pela Resolução nº 200/81 — e que foi dada, recorde-se, no sentido da constitucionalidade do preceito impugnado — *deve reafirmar-se agora*. Assim resulta, com clareza, de quanto ficou dito.

Designadamente, deve notar-se que a retroactividade implicada no preceito em discussão não embate contra qualquer garantia constitucional *directa*²⁰². E também não esbarra em alguma garantia constitucional *indirecta*²⁰³.

Em relação a este segundo aspecto, o citado artigo 29º, nº 1, alíneas *b)* e *l)*, não viola, na verdade, nenhum princípio ou preceito constitucional autónomo. A protecção da *confiança* do contribuinte — cânone que, neste contexto, logo virá à lembrança²⁰⁴ — não se mostra, com efeito, alvo de lesão «intolerável ou «demasiado acentuada»²⁰⁵.

É que, quando mesmo não deva louvar-se, com base em prementes razões de interesse público, a medida actuada através do mencionado preceito, parece-nos seguro que a retroactividade co-implicada no dito preceito não é «arbitrária», nem «opressiva», nem «desproporcionada»²⁰⁶. Tanto mais assim quanto é certo que, assumindo a retroactividade diversos graus²⁰⁷, o grau que está em causa não se mostra extremo nem sequer agravado, e antes se deverá considerar normal ou ordinário. Ademais, sendo a tributação por via de adicionais retroactivos uma medida assaz frequente²⁰⁸ e que, *in casu*, fora utilizada em anos anteriores²⁰⁹, pode bem dizer-se que o respectivo encargo tributário não surgiu aos olhos dos contribuintes como um *quid* que eles não poderiam esperar, como algo de «improvável» ou «inverosímil»²¹⁰.

posterior.

²⁰² Vejam-se atrás, nºs 5 e 6.

²⁰³ Vejam-se acima, nºs 7 e 8.

²⁰⁴ Cf., *supra*, nºs 7 e 8.

²⁰⁵ Sobre as expressões — e outras imediatamente a seguir — entre comas, vejam-se *supra*, nºs 7 e 8.

²⁰⁶ Anote-se, a este propósito, que o Acórdão nº 444, atrás citado, chama a atenção para que «afinal o adicional se cifra apenas em 5%, pois pela lei previgente já era de 10%, subindo assim de grau a sua insignificância frente às taxas de juro para depósitos a prazo — e isso já em 1976 —, sendo certo que o englobamento dos rendimentos se encerrava, para o efeito, em 31 de Dezembro de 1977 e a liquidação e pagamento se operavam cerca de um ano depois. Mais claramente: depositado a prazo o montante do imposto, calculável em 31 de Dezembro de 1977, o juro auferido ou auferível mais que sobejaria para suportar o dito acréscimo».

²⁰⁷ *Vejá-se*, acima, nº 8.

²⁰⁸ Em Portugal como noutros países: cf. o parecer nº 25/81, cit., III, *in fine*, e G. Grottanelli, *cit.*, p. 222.

²⁰⁹ Anos sucessivos imediatamente anteriores. Por conseguinte, não «em tempo muito remoto» (cf. Grottanelli, *cit.*, p. 232), caso em que a solução poderia ser diferente daquela que vimos defendendo.

Não há, desta sorte, e pelo que toca ao imposto complementar, obstáculo constitucional à retroactividade ínsita no artigo 29º, nº 1, alíneas *b)* e *l)*, do Decreto-Lei nº 75-A/78, de 26 de Abril.

X — Aplicação ao adicional sobre outros impostos

Sendo assim no tocante ao adicional que incide sobre o imposto complementar (secção A), será de maneira diferente em relação ao mesmo adicional quando recaia sobre os outros impostos referidos no aludido preceito?

Esses outros impostos, referentes, como se sabe, aos rendimentos de 1977, são — recordemo-lo — a *contribuição industrial*²¹¹ a *contribuição predial*²¹², o *imposto de capitais (secção A)*²¹³ e o *imposto de mais-valias*²¹⁴. Note-se, contudo, que o artigo 29º, nº 1, alíneas *b)*, e *l)*, do Decreto-Lei nº 75-A/78, *apenas* tem em vista, no imposto de mais-valias, «os ganhos referidos no nº 2 do artigo 1º do respectivo Código»²¹⁵, e, tanto no tocante a este imposto como ao de capitais, se *exclui* do adicional o imposto que respeite «na totalidade, a lucros e ganhos realizados em actividades cessadas, nos termos do Código da Contribuição Industrial, antes de 1 de Janeiro de 1978».

É no domínio tributário assim delimitado que se levanta o problema de saber se o adicional lançado por força daquele decreto deve reputar-se *constitucional*, tal como acontece relativamente ao imposto complementar.

E a resposta é claramente *afirmativa*.

Não há, na verdade, razão alguma para estabelecer discrepância entre as duas situações — a do imposto complementar e a dos demais impostos aludidos. No aspecto ora considerado, isto é, na perspectiva da *constitucionalidade*, o adicional previsto pelo artigo 29º, nº 1, alíneas *b)* e *l)*, do Decreto-Lei nº 75-A/78, é inteiramente legítimo — tão legítimo numa daquelas situações como na outra.

A natureza e o regime dos tributos ora focados, em correlação com os interesses em presença, não revelam, com efeito, qualquer especificidade — ou especificidade bastante — para servir de suporte a um tratamento jurídico diferenciado, sob o aspecto em causa. Se, quanto ao *imposto complementar* (secção A), a solução é a da constitucionalidade do adicional, *não se vislumbra motivo para resolver de modo diverso no que concerne a qualquer dos outros impostos considerados*. E se razão houvesse para alguma destrição entre a situação do imposto complementar, por um lado, e a dos demais impostos, por outro, ela só reforçaria a tese da constitucionalidade, pois

²¹⁰ Cf. parecer *cit.*, *ibid.*, onde se afirma que «adicionais às contribuições vinham a tornar-se solução corrente entre nós desde 1974 e, portanto, *nem se poderia falar, em rigor, da frustração das expectativas do contribuinte*» (o itálico é nosso).

²¹¹ A contribuição industrial reporta-se a três grupos de contribuintes (grupos A, B e C), consoante, fundamentalmente, a maior ou menor dimensão das empresas industriais ou comerciais de que se trate. C) imposto tem a sua sede legal no Código da Contribuição Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei nº 45 103, de 1 de Julho de 1963, embora este diploma básico tenha sido posteriormente alterado por diversas vezes.

²¹² Cf. o Código da Contribuição Predial e do Imposto sobre a Indústria Agrícola (Decreto-Lei nº 45 104, de 1 de Julho de 1963, com alterações).

²¹³ Veja-se o Código do Imposto de Capitais (Decreto-lei nº 44 561, de 10 de Setembro de 1962, modificado). A secção A respeita à arrecadação do imposto por lançamento, e não por retenção na fonte.

²¹⁴ Veja-se o Código do Imposto de Mais-Valias (Decreto-Lei nº 46 373, de 9 de Junho de 1965, com ulteriores modificações).

²¹⁵ Ou seja: os ganhos realizados através de «transmissão onerosa, qualquer que seja o título por que se opere, de elementos do activo imobilizado das empresas ou de bens ou valores por elas mantidos como reserva ou para fruição».

uma tal razão estaria no maior gravame do adicional referente ao imposto complementar, dado o amplo círculo de pessoas a ele sujeitas e o carácter «pessoal» e «global» desse mesmo imposto²¹⁶.

Se tais circunstâncias não levam, neste caso, à inconstitucionalidade, razão maior a afastaria naqueloutro.

Assim sendo, a solução proposta no parecer nº 25/81 — e acolhida na Resolução nº 200/81 — relativamente ao adicional à colecta do imposto complementar, vale igualmente quanto ao adicional respeitante aos outros impostos referidos no artigo 29º, nº 1, alíneas *b)* e *l)*, do Decreto-Lei nº 75-A/78. Não deve, por conseguinte, decretar-se a inconstitucionalidade desse preceito.

XI — Conclusão

Pelo que fica dito, é a Comissão Constitucional de parecer que o Conselho da Revolução não deve declarar a inconstitucionalidade do artigo 29º, nº 1, alínea *b)*, *l)*, do Decreto-Lei nº 75-A/78, de 26 de Abril, que criou, com eficácia retroactiva, um adicional sobre diversos impostos.

Lisboa e Comissão Constitucional, 22 de Abril de 1982. — *Rui de Alarcão* — *Hernâni de Lencastre* — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* — *Armindo Ribeiro Mendes* — *Messias Bento* — *Raul Mateus* — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

²¹⁶ Cf., por exemplo, Lemos Pereira e Cardoso Mota, *Teoria e Técnica dos impostos*, 4ª ed., Lisboa, 1977, pp. 50 e 126; Braz Teixeira, *Princípios de Direito Fiscal*, 1979, p. 57; Cardoso da Costa, *Curso de Direito Fiscal*, cit., p. 42.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N° 91/82

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146° da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da Assembleia da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolve não declarar a inconstitucionalidade do artigo 29°, n° 1, alínea b), 1), do Decreto-Lei n° 75-A/78, de 26 de Abril, que criou com eficácia retroactiva um adicional sobre diversos impostos.

Aprovada em Conselho da Revolução em 5 de Maio de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, ANTÓNIO RAMALHO EANES

(Diário da República, 1ª série, n° 126, de 3 de Junho de 1982.)

DECRETO-LEI N° 75 A/78, DE 26 DE ABRIL DE 1978

Artigo 29°
(Criação de adicionais)

1 — São criados os seguintes adicionais às contribuições e impostos a seguir designados:

a).....

b) 15 % sobre:

1 — As contribuições industriais e predial e os impostos de capitais (secção A), complementar (secção A) e de mais-valias pelos ganhos referidos no nº 2 do artigo 1° do respectivo Código, respeitantes aos rendimentos de 1977, com exclusão da contribuição industrial e do imposto de mais-valias que respeitem, na totalidade, a lucros e ganhos realizados em actividades cessadas, nos termos do Código da Contribuição Industrial, antes de 1 de Janeiro de 1978;

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

PARECER Nº 15/82

Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Definição dos sectores de propriedade dos meios de produção — Princípios cooperativos — Livre constituição e funcionamento das cooperativas — Princípio da representatividade — Princípio «um homem, um voto».

I

Por despacho de Sua Ex.^a o Presidente da República, foi requerida ao Conselho da Revolução, ao abrigo do artigo 277º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa, a apreciação da constitucionalidade do projecto de decreto-lei do Governo (Reg. nº 165-G/82 — Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas), que estabelece a legislação exigida pelo Código Cooperativo para o ramo agrícola.

Este, na alínea c) do seu artigo 4º, menciona, efectivamente, entre os ramos do sector cooperativo, o ramo agrícola.

Passaremos, pois, de seguida, à respectiva apreciação.

II

Começa-se, no preâmbulo do projecto em análise, por aludir ao facto de, embora com implantação e desenvolvimento apenas afirmados posteriormente à 2ª Guerra Mundial, congregaram as cooperativas agrícolas perto de meio milhão de associados, correspondendo a cerca de 38 % da generalidade das cooperativas que entre nós existem.

E assinalam-se-lhes dois períodos de crescimento significativo, o do decénio de 1947-1957 e o que se seguiu à revolução de Abril de 1974, este fundamentalmente na zona de intervenção da Reforma Agrária e com diversa orientação, voltada esta para a produção integral, cooperativas agrícolas de produção previstas na chamada «Lei Barreto», que o mesmo projecto se propõe, diz, regulamentar.

Sem esquecer, naturalmente, as cooperativas de compra e venda, originadas na extinção dos anteriores Grémios da Lavoura e com um peso, também, na organização e desenvolvimento da vida agrícola que não é de ignorar, outro tanto sucedendo com as chamadas cooperativas polivalentes, do aludido preâmbulo se passa ao articulado do projecto, com que se procura dar forma legal à organização e funcionamento deste aspecto do sector cooperativo.

III

De cooperativismo, entre nós, não é possível falar sem recordar o pensamento de António Sérgio, um cooperativismo voluntário e livre, digamos democrático.

E o preâmbulo a que vimos aludindo não deixa de o citar, propondo-se sobretudo, sem ferir esse pensamento, reformular, reestruturar e enquadrar as cooperativas agrícolas no novo ordenamento jurídico cooperativo iniciado com a publicação do referido Código Cooperativo.

Pretende o Governo fazê-lo ao abrigo da competência legislativa que o artigo 201º, nº 1, alínea a), da Constituição da República Portuguesa para ele estabelece.

Ao Executivo compete, na verdade, fazer decretos-lei em matérias não reservadas ao Conselho da Revolução ou à Assembleia da República.

E a primeira questão que assim se nos põe é a da sua competência legislativa nesta matéria, uma vez que constitucionalmente apenas a tem em matérias não reservadas àqueles outros órgãos de soberania.

IV

No que toca à reserva de competência do Conselho da Revolução (artigo 148º da Constituição), não é, obviamente, para aqui chamada, dado que não se vê a mínima relação com as Forças Armadas ou assuntos militares.

Já no que respeita à Assembleia da República, pode a nossa atenção ser de algum modo despertada por uma reserva de competência exclusiva em matéria que não será difícil aproximar, entender-se-á, daquela em que incide o projecto de diploma submetido a parecer desta Comissão, mas vejamos então.

Referimo-nos, antes de mais, à reserva de competência que se contém nas alíneas *p*), *q*) e *r*) do artigo 167º da Constituição, no tocante à definição dos sectores de propriedade dos meios de produção, incluindo a dos sectores básicos, nos quais é vedada a actividade às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza, nacionalização e socialização dos meios de produção e bases da reforma agrária, incluindo os critérios de fixação dos limites das unidades de exploração agrícola privada.

Mas, sem delegação da Assembleia da República, porventura o Executivo terá invadido este campo a ela reservado? É ao que procuraremos responder.

V

Compreende o projectado diploma três capítulos, o primeiro dos quais, com treze artigos, encerra uma parte geral que se ocupa do âmbito, noção, objecto, área social, organizações cooperativas de grau superior, classificação, apoio à constituição e funcionamento pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas, entradas mínimas de capital, inelegibilidade para os órgãos sociais, competência da assembleia geral, exclusão de membros, conselho fiscal e reserva para o apetrechamento e renovação de material e de seguro.

Segue-se um segundo capítulo em que se abordam as designadas cooperativas polivalentes, distribuindo-se por cinco artigos a sua noção, funcionamento, secções, representação destas e eleição de delegados.

E por último, no terceiro capítulo, com quatro artigos, trata-se de fixar o início da actividade, da adaptação das entradas mínimas, revogação da legislação em contrário e auxílio técnico e financeiro.

VI

O que importa salientar é que não se contempla ao longo de todo o respectivo articulado, como se alcança da sua leitura, definição alguma de sectores de propriedade dos meios de produção.

Pode ter-se nele por subjacente, só isso, a aceitação de que em sede própria esteja ou venha a estar definido a tal respeito.

Não que a si chame qualquer definição dessa natureza.

Tão pouco se descortina que o mesmo se abeire, de algum modo,

denunciando a tentativa de alterá-los, dos meios e formas de intervenção e socialização da produção estabelecidos pela competente via.

E de reconhecer é, ainda, não serem propriamente nele afloradas quaisquer alterações das bases da reforma agrária, incluindo qualquer introdução de critérios de fixação dos limites máximos das unidades de exploração agrícola privada; não estando o sector privado, de resto, em causa, uma vez que apenas do sector cooperativo se trata.

Entre nós, o primeiro diploma sobre cooperativas surge com a Carta de Lei de 2/VII/1867²¹⁷.

VII

Foi o cooperativismo acolhido pelos constituintes em termos bastante liberais, cuja inspiração se identifica com o mencionado pensamento de António Sérgio, tendo-se estabelecido que a constituição e funcionamento das cooperativas não dependem de qualquer autorização; para elas se prevendo, inclusivamente, benefícios fiscais e financeiros e facilidades de crédito e auxílio técnico.

Enfim, não nos conduz a leitura crítica do projecto em análise, orientada pela fiscalização que se impõe da constitucionalidade, a uma conclusão de violação das citadas alíneas *p*), *q*) e *r*) do artigo 167º da Constituição.

Isto quanto a uma eventual hipótese de inconstitucionalidade orgânica que, na conclusão a que se chega, não pode dar-se como verificada.

VIII

No regime de transição para o socialismo consagrado pela Constituição que nos rege, três são os sectores de propriedade dos meios de produção, solos e recursos naturais, (artigo 89º), sendo de registar que o sector cooperativo, único em causa, é uma das bases do desenvolvimento da propriedade social, a qual tenderá a ser predominante (artigo 90º, nº 1).

Entre as condições desse desenvolvimento (cit. artigo 90º, nº 2) apontam-se as nacionalizações, com irreversibilidade para as posteriores a 25 de Abril de 1974 (artigo 83º, nº 1).

IX

Na economia do projecto, cooperativas agrícolas são as constituídas por pessoas singulares ou colectivas que exerçam actividades agrícolas, agro-pecuárias ou florestais ou com elas directamente relacionadas ou conexas, tendo por objecto principal designadamente os que aponta nas alíneas *a*) a *f*) do seu artigo 2º.

E um desses objectos possíveis é o do seguro mútuo agrícola, pecuário ou florestal [respectiva alínea *e*)].

Depois, no artigo 6º, ao abordar a classificação das cooperativas de serviços ²¹⁸ [artigo 6º, nºs 3 e 4, alínea *a*), nº 3], prevendo para elas a criação de uma reserva de seguro (artigo 13º).

²¹⁷ Dela diz Sérvulo Correia, cit. Por Simões Patrício (*Curso de Direito Económico*, 1980, p. 105) ser um dos primeiros estatutos legais de cooperação do mundo.

²¹⁸ Sobre cooperativas de serviços a que no artigo 100º da Constituição se encontra uma alusão, teve a Comissão Constitucional ocasião de se pronunciar no seu parecer nº 32/81, que incidiu sobre o projecto de Decreto-Lei nº 535-G/81, do Governo, destinado a regulamentá-las.

X

A área dos seguros é uma das abrangidas pelos polémicos limites das nacionalizações.

Sobre esta questão teve já a Comissão Constitucional oportunidade, mais de uma vez, de se manifestar, a última das quais no parecer nº 23/81, que incidiu no Decreto nº 20/II, de 23 de Junho de 1981, da Assembleia da República, que visava a alteração da Lei nº 46/77, de 8 de Julho, parecer que nos coube (a nós, relator) assinar vencido.

Maioritariamente se entendeu que as ditas nacionalizações respeitam concretamente às empresas em que ao tempo recaíram e não aos sectores em que as mesmas se inserem.

Mas tratava-se então, é preciso ver, de abrir as actividades bancária e seguradora à iniciativa privada e não, como agora, da actividade cooperativa, um sector que a Lei Fundamental manifestamente privilegia não lhe pondo as reservas que ergue àquele outro sector.

E depois, para encurtar razões, a citada Lei nº 46/77, promulgada no seguimento do artigo 85º, nº 2, da Constituição, que deixou para a lei ordinária a definição dos sectores básicos, ao vedar às empresas privadas e a outras entidades da mesma natureza aquelas actividades (seu artigo 3º), expressamente estabeleceu a esse respeito uma excepção a favor das «empresas mutualistas e do tipo cooperativo».

XI

Que estamos no projecto de diploma em análise perante empresas que nesse esquema se integram, eis o que não oferece dúvida alguma: uma actividade mutualista de seguros de tipo cooperativo agrícola, como facilmente se constata.

E, na esteira destas considerações, também por esse lado se não delineia um vício de inconstitucionalidade no analisando projecto, vício que nesse caso seria de inconstitucionalidade material, aqui afastada como vemos.

XII

Focados como vêm os pontos que antecedem, dir-se-ia que, de uma primeira leitura e em linhas gerais, não ressaltaria qualquer vício de inconstitucionalidade no projecto em questão.

Acontece porém que a nossa atenção não pode deixar de ser despertada para outro ponto do mesmo projecto.

É o caso da regulamentação que nele se faz do princípio da representatividade, ao tratar das chamadas cooperativas polivalentes (cf. artigos 17º e 18º). «Observados os princípios cooperativos, não haverá restrições à constituição de cooperativas, as quais podem livremente agrupar-se em uniões, federações e confederações» — estabelece o cit. artigo 84º da Constituição em seu nº 2.

Trata-se aqui de repetir o que se dispõe no respectivo artigo 61º, nº 1, assinalam Canotilho e Vital Moreira (Constituição da República Portuguesa Anotada, 1ª ed., p. 209), os quais nisso vêm (repetição do mesmo princípio entre os direitos fundamentais e na constituição económica) a importância constitucional das cooperativas e particularmente no campo agrícola.

XIII

Os princípios cooperativos, entenda-se os definidos pela Aliança Cooperativa Internacional²¹⁹, afastam qualquer discriminação social, política, racial ou religiosa e situam os cooperadores, ao nível da base, em pé de igualdade quanto ao exercício do direito de voto, de molde a que a cada um deles corresponda um voto.

Como se vê, esses princípios colocam as organizações democráticas que são as cooperativas em perfeita sintonia com os artigos 13º e 267º, nº 2, da Constituição.

E o Código Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 454/80, mandando no seu artigo 3º observar os princípios cooperativos, expressamente refere, quanto às cooperativas de 1º grau, a atribuição de um voto singular a cada membro, independentemente da sua participação no capital social, ainda que para as do 2º grau se limite a aconselhar, para a atribuição do direito de voto, uma definição a fazer em moldes democráticos [suas alíneas e) e f)].

Em todo o caso, o princípio da autonomia democrática do auto-governo, enfim, das cooperativas, prevalece, como se alcança do respectivo artigo 80º que deixa para os respectivos estatutos essa regulamentação.

XIV

A liberdade de criação e de actividade das cooperativas é de resto um dos princípios que encontra na Constituição expressa garantia.

Poderá dizer-se que, se assim é, também nela se impõe ao Estado, para o qual essa garantia naturalmente se transfere, o dever de fomentar tal criação e actividade.

Dando conta destes dois pólos, entre os quais se processa, na sua especificidade, o desenvolvimento do sector cooperativo, entendem os citados autores Canotilho e Vital Moreira que, para que o aludido dever não conflitue com aquela liberdade, «os incentivos e apoios do Estado não podem traduzir-se em qualquer ingerência na vida das cooperativas e devem pautar-se pelos princípios da igualdade, da imparcialidade e da não discriminação» (ibidem, pág. 210).

Enquanto isto, o examinado projecto, naqueles seus artigos 17º e 18º, dispõe-se, como pode ver-se, a fixar as percentagens de delegados na assembleia geral em função do número de membros das cooperativas e a composição da mesma assembleia em função do número de delegados.

Do mesmo passo que a representação das secções na assembleia geral fica condicionada, além das percentagens do número de membros e do volume de transacções, por percentagens do capital social.

Se ponderarmos então que a participação de cada um dos cooperadores nesse capital pode variar a partir de entradas mínimas cujo modo de fixação o projecto também se encarrega de estabelecer (artigo 8º), de concluir é que a diversa posição económica de cada um dos mesmos cooperadores acabará por reflectir-se, por modo desigual, na própria representatividade de toda a estrutura cooperativa.

Além de que há aí uma forma de ingerência do Executivo na esfera da

²¹⁹ Cit. parecer nº 32/81, desta Comissão.

Prof. Henrique de Barros, *Cooperação Agrícola*, 2ª ed., 1978, obra que se reputa fundamental.

O Cooperativismo e os Princípios Cooperativos na Constituição Portuguesa, de Ferreira Alves; e S. Lourenço.

«O Cooperativismo e a Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, II, pp. 372 e segs.

organização e actividade próprias das cooperativas, certamente contrária ao princípio da sua gestão democrática e de auto-governo.

Não se confundem as cooperativas com as sociedades comerciais capitalistas dominadas que são por princípios diferentes.

Citando Henrique de Barros, *Cooperação Agrícola*, 2ª ed., 1978, chamam Canotilho e Vital Moreira a atenção para essa diferença (ob. cit., p. 210, nota IV).

Regidas aquelas pelos princípios cooperativos ou regras cooperativas que a Constituição manda observar (citados artigos 84º, nº 2, e 89º, nº 3), a cada cooperador deve, em princípio, corresponder um voto, independentemente da sua participação no capital social, além de que o princípio democrático e do auto governo, acolhido pelo próprio Código Cooperativo, para o qual no projecto em análise se remete (citado artigo 80º), não se coaduna com a ingerência do Executivo que naqueles artigos 17º e 18º do mesmo projecto se observa.

Daqui o ser-se levado a concluir que os citados preceitos do projecto em análise (artigos 17º e 18º) não respeitam esses princípios, violando os referidos artigos 84º, nº 2, e 89º nº 3, da Constituição, conjugados com os artigos 3º, alíneas e) e f), e 80º do Código Cooperativo, que assentam na sua observância.

E aqui, sim, mostram-se esses preceitos afectados, por essa forma, de inconstitucionalidade material.

De maneira que, para finalizar e em conclusão, é esta Comissão de parecer que:

a) Não se observa no projecto submetido a exame a violação de qualquer das alíneas p), q) e r) do artigo 167º da Constituição da República Portuguesa;

b) Do mesmo modo, não se nota ofensa alguma ao preceituado no respectivo artigo 85º, nº 2, conjugado com a Lei nº 46/77, de 8 de Julho;

c) Violam, no entanto, os artigos 17º e 18º do mesmo projecto, dado o sistema representativo aí proposto, o que, nos citados artigos 84º, nº 2, e 89º, nº 3, da Lei Fundamental, conjugados com os referidos preceitos do Código Cooperativo, se impõe quanto à observância dos princípios cooperativos, donde a sua inconstitucionalidade.

Lisboa e Comissão Constitucional, 27 de Abril de 1982. — *Hernâni de Lencastre* — *Armindo Ribeiro Mendes* — *Messias Bento* [com declaração de que votei a conclusão da alínea c), no entendimento de que as normas constantes dos artigos 17º e 18º do diploma em apreciação são imperativas e que essa imperatividade não é aqui admissível, pois, se tais normas fossem supletivas, em meu entender, já o princípio do auto governo não seria violado. Este é o único princípio que aqui está em causa, uma vez que a regra «um homem, um voto» sempre seria respeitada na assembleia das secções, mesmo quando se fosse decidir se a assembleia geral da cooperativa deveria ou não ser uma assembleia de representantes.] — *Raul Mateus* [embora distanciado, ao nível da fundamentação, da conclusão da alínea c), conforme declaração de voto anexa] — *Jorge de Figueiredo Dias* — *Rui de Alarcão* — *Joaquim Costa Aroso* [vencido quanto à conclusão da alínea c), de harmonia com as razões que sumariamente exponho em declaração anexa] — *José Manuel Cardoso da Costa* [com a reserva relativa à conclusão da alínea c), nos termos da declaração anexa] — *Ernesto Augusto Melo Antunes*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei as conclusões das alíneas *a)*, *b)* e *c)*. As razões por que votei a conclusão da alínea *c)* são, contudo, diversas das do parecer. De seguida se dirá em quê.

Por um lado, o artigo 46º da Constituição, que reconhece o direito de associação²²⁰, não proíbe a erecção de cooperativas desconformes com os princípios cooperativos: vedadas são apenas as associações destinadas a promover a violência ou cujos fins sejam contrários à lei penal, as associações armadas ou de tipo militar, militarizadas ou paramilitares fora do Estado ou das Forças Armadas e as organizações que perfilhem ideologia fascista. Também o nº 1 do artigo 61º da Constituição, que — ao nível cooperativo — rege o direito de associação, tal não interdita:

Todos têm o direito de constituir cooperativas, devendo o Estado, de acordo com o Plano, estimular e apoiar as iniciativas nesse sentido.

De outra parte — e agora no sector da Lei Fundamental que enquadra o movimento cooperativo dentro da organização económica —, regista-se que tão-pouco o nº 2 do artigo 84º da Constituição postula aquela proibição:

Sem prejuízo do seu enquadramento no Plano, e desde que observados os princípios cooperativos, não haverá restrições à constituição de cooperativas, as quais podem livremente agrupar-se em uniões, federações e confederações.

Só torturando desmedidamente este preceito se poderá vir a extrair dele tal regra. O que o nº 2 do artigo 84º consente — analisado na sua componente limitativa — é que o legislador restrinja a constituição de cooperativas apoiadas em princípios não ortodoxos. Mas não mais do que isso.

Do já exposto se retira que ao legislador não é vedado dispor sobre o regime jurídico de cooperativas que não respeitem os princípios cooperativos, e se retira ainda que uma lei que assim disponha não poderá, por isso só, ser inconstitucional.

Não quer isto dizer, é bom de ver, que no plano constitucional umas e outras cooperativas estejam sujeitas ao mesmo tratamento jurídico. A propósito, escreveu-se no parecer nº 32/81, ainda inédito:

Uma estrutura aparentemente cooperativa que não respeite estes princípios, por força do artigo 89º, nº 3, da Constituição, terá necessariamente de ser colocada fora do sector cooperativo. Como escreve A. Meneses Cordeiro, ob. cit.²²¹, p. 111: «Caso a lei permitisse a existência de tais cooperativas, a Constituição reagiria, impedindo a sua integração no sector cooperativo. É esse o sentido da expressão obediência aos princípios cooperativos».

Os bens e unidades de produção assim anormalmente geridos fariam parte então — ex. vi., do artigo 89º, nº 4, da Constituição — do sector privado.

Esta é, em quadros jurídico-constitucionais, uma das mais significativas diferenças de tratamento existentes entre os dois modelos de cooperativa. Mas não a única. De qualquer modo, não interessa aprofundar esta questão.

²²⁰ O direito de constituir cooperativas é mera especificação do direito de associação (Joaquim da Silva Lourenço, Estudos sobre a Constituição, 2º vol., p. 378).

²²¹ *Direitos Reais*.

Interessa, sim, reafirmar, e claramente, que, sem embargo destas diferenças de regime, a lei que estatua sobre cooperativas não integradas no sistema de princípios cooperativos não é, à partida, contrária à Constituição.

Mas, sendo assim, por que é que o projecto de decreto-lei é arrastado pelo vórtice da inconstitucionalidade? A resposta é simples e rápida.

Os artigos 17º e 18º daquele projecto de diploma não são inconstitucionais por disporem, com ofensa dos princípios cooperativos²²², sobre certas particularidades do regime legal das cooperativas agrícolas polivalentes. São contrários à lei básica, porque inseridos num contexto em que se afirma, para além disso, e com clara violação do nº 3 do artigo 89º da Constituição, que tais cooperativas não conformes aos princípios cooperativos pertencem ao sector cooperativo.

Essa afirmação resulta, aliás, de uma leitura sistemática do projecto de decreto-lei. De facto, depois de o artigo 4º, nº 1, alínea c), do Código Cooperativo precisar que o ramo agrícola é um dos ramos do sector cooperativo, veio aquele projecto de decreto-lei complementar legislativamente, no que respeita a tal ramo, o Código Cooperativo (vide nº 3 do mesmo artigo 4º). Isto por um lado. De outra banda, o próprio exórdio desse projecto de diploma revela a mesma intenção. Quando aí se diz que «o cooperativismo agrícola constitui no nosso país um dos ramos do sector cooperativo de maior expressão», que se «tem sobretudo por objectivo reformular, reestruturar e enquadrar as cooperativas agrícolas no novo ordenamento jurídico cooperativo iniciado com a publicação do Código Cooperativo», está-se implicitamente a afirmar que se vai tratar de definir o regime legal das cooperativas do ramo agrícola do sector cooperativo.

Em síntese, votei a conclusão da alínea c) do parecer por entender que os artigos 17º e 18º do projecto de diploma, considerados no sistema em que se inserem, ofendem o nº 3 do artigo 89º da Constituição. — *Raul Mateus*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não fiquei convencido de que haja inconstitucionalidade material no conjunto das normas constantes dos artigos 16º, 17º e 18º do diploma em apreço por ofensa do princípio cooperativo da gestão democrática «a cada sócio um voto».

Na verdade, tal princípio pode ter que sofrer adaptação adequada quando se trate de cooperativas polivalentes ou agrupamentos equiparados (uniões, federações e confederações).

Escreve Afonso de Barros, in *Doutrina Cooperativa e Princípios Cooperativos*, edição Gulbenkian, 1980, p. 41:

Na diversidade das suas formas e na variedade dos seus campos de aplicação, na cooperativa devem verificar-se as seguintes características fundamentais:

1 — O poder é democrático. A assembleia geral é soberana; todos os membros a ela têm acesso; dispõem de direitos iguais segundo a regra «um homem, um voto».

Quando a cooperativa for constituída por agrupamentos (cooperativas de 1º

²²² Já entendeu esta Comissão, no parecer nº 32/81, ainda não publicado, que os princípios cooperativos a que a Constituição se refere são os afirmados pela Aliança Cooperativa Internacional. Acompanha-se inteiramente o presente parecer nos lugares em que demonstra que os artigos 17º e 18º do projecto de decreto-lei infringem aqueles princípios.

grau, sindicatos, colectividades públicas), na repartição dos votos pode ter-se em conta a importância de cada agrupamento e o interesse que ele assume na actividade da cooperativa²²³.

E a p. 46 acrescenta que «às regras que em cada um desses princípios encontram sua justificação não deve ser conferido valor absoluto ou permanente».

Daí que no Código Cooperativo, em cuja feitura participou o Instituto Cooperativo António Sérgio (segundo se lê no seu relatório), admitisse já [artigo 3º, alínea e), in fine] «outras formas de atribuição do direito de voto» nas cooperativas polivalentes, e solução idêntica se admita no artigo 80º para as uniões, federações e confederações.

Tudo condicionado, é claro, à vontade maioritária dos membros dos agrupamentos associados.

Supõe-se no parecer que esta vontade maioritária não é salvaguardada no projecto de decreto-lei em apreço. Pretende-se, designadamente, que a norma do artigo 18º, em que se prevê a «ponderação de votos» em função do «número de associados, capital social e volume de transacções» é uma regra imperativa que a cooperativa polivalente não pode desrespeitar.

Mas já vimos que a ponderação de votos é admitida pelos cooperativistas para agrupamentos cooperativos.

Por outro, a criação de secções é da competência da assembleia geral (artigo 16º, nº 1, do projecto). Portanto, nada se poderá fazer no sentido de tal regra de ponderação sem a vontade maioritária dos membros da cooperativa.

Na verdade, mesmo que se admita que, criada mais de uma secção, a ponderação passe a ser imperativa, ela terá sempre na base, em última análise, a vontade maioritária dos membros: se estes não aderirem a tal «ponderação», não admitirão a criação de secções, evidentemente.

Soluções do mesmo tipo ou idêntico são admitidas em outras legislações, que não deixam também de obedecer aos «princípios cooperativos», porque, estes sendo universalmente aceites, têm a força obrigatória que é própria do costume internacional.

Não se pôde, nesta sede de direito comparado, ir muito longe, dada a escassez de tempo para tanto. No entanto, pôde consultar-se com utilidade, pelo menos, as seguintes obras: Alfredo A. Althaus, *Tratado de Derecho Cooperativo*, 1977, 2ª ed., Condova (Argentina), e Pierre Gilles Gourlay, *Coopératives agricoles*, Dalloz, Paris, 1980. — *Joaquim Costa Aroso*.

²²³ Em sentido idêntico, Henrique Barros, *Cooperação Agrícola*, 1º ed., pp. 27 a 29.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Manifesto as maiores dúvidas quanto à última conclusão do parecer.

Manifesto as maiores dúvidas à última conclusão do parecer.

A meu ver, o projecto de diploma em apreço não contém nos seus artigos 17º e 18º uma violação relevante do princípio «um homem, um voto», característico da instituição cooperativa. Decerto que se trata aí de um princípio cooperativo básico, que o legislador haverá fundamentalmente de respeitar: mas, por um lado, no domínio das cooperativas polivalentes, ele é respeitado na íntegra ao nível das assembleias sectoriais (previstas no artigo 16º do projecto de diploma), e, por outro lado, não parece poder excluir-se de toda a possibilidade de o mesmo princípio sofrer restrições ou adaptações, em função do desenho específico de certos tipos de instituições cooperativas: tanto quanto se pôde apurar, julga-se que a mesma doutrina cooperativa o admite, disso sendo reflexo o disposto na alínea *f*) e sobretudo (porque interessa directamente ao caso) na alínea *e*) do artigo 3º do Código Cooperativo. Ora, a restrição ou adaptação de que o dito princípio é objecto nos citados artigos 17º e 18º bem poderá justificar-se pela fisionomia própria das cooperativas polivalentes.

O problema só pode estar no facto de os referidos preceitos aparentemente imporem um certo modo de constituição das assembleias gerais (não sectoriais) destas últimas cooperativas: dir-se-á que tal representa uma ingerência inadmissível do poder público no auto-governo das cooperativas — princípio este que seguramente se liga ao da sua gestão democrática e ao da liberdade da sua constituição e funcionamento (artigos 61º, nº 1, e 84º, nº 2, da Constituição), a qual, por sua vez, representa um desenvolvimento qualificado da liberdade de associação do artigo 46º da Lei Fundamental. Mas ainda aqui, e por um lado, o artigo 17º do projecto de diploma em apreciação diz apenas, na sua letra, que «as assembleias gerais poderão ser constituídas por delegados das secções», o que deixa uma pertinente dúvida sobre qual seja, afinal, o sentido global (imperativo ou meramente supletivo) da regulamentação constante desse preceito e do seguinte; por outro lado, não podendo ter-se por excluída a possibilidade de o legislador «regulamentar» o exercício do direito de associação (impondo, designadamente, certas «condições» desse exercício), mas antes só a de, a coberto disso, invadir ilegitimamente o espaço de auto governo que nesse direito vai implícito, resta saber se no caso das disposições em apreço, e admitindo-se o seu carácter imperativo, é isto mesmo que acontece. Pois não se poderá ver antes nessa regulamentação uma medida cautelar tendente a salvaguardar a dita fisionomia das cooperativas polivalentes?

Foram estas dúvidas que, em definitivo, não consegui resolver; e que me levariam antes a inclinar — embora também, é certo, sem uma grande força de convicção — num sentido diverso do da conclusão *c*) do parecer. — *José Manuel Cardoso da Costa*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N° 82/82

Nos termos da alínea *a)* do artigo 146° e do n° 4 do artigo 277° da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Presidente da República e precedendo parecer da Comissão Constitucional, pronuncia-se, para os efeitos dos n°s 1 e 3 do artigo 278° da Constituição, pela inconstitucionalidade do projecto de decreto-lei aprovado em Conselho de Ministros em 11 de Março de 1982 e registado sob o n° 165-G/82 — MACP no livro de registos de diplomas da Presidência do Conselho de Ministros, por o sistema representativo proposto nos seus artigos 17° e 18° violar a observância dos princípios cooperativos imposta pelos artigos 84°, n° 2, e 89°, n° 3, da Constituição.

Aprovada em Conselho da Revolução em 3 de Maio de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, António Ramalho Eanes.

(Diário da República, 1ª série, n° 108, de 11 de Maio de 1982.)

PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS
MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, COMÉRCIO E PESCAS
DECRETO REGISTADO COM O N.º 165-G/82 NO LIVRO DE
REGISTO DE DIPLOMAS DA PRESIDÊNCIA DO CONSELHO.

Regime jurídico das Cooperativas Agrícolas

O Cooperativismo Agrícola constitui no nosso País um dos ramos do sector cooperativo de maior expressão.

De facto e embora a sua implantação e desenvolvimento só se tenha afirmado após a 2ª Guerra Mundial, as cooperativas agrícolas representam cerca de 38% das cooperativas portuguesas e congregam um total que se aproxima de meio milhão de associados.

Após uma certa estagnação verificou-se no decénio de 1947-1957 um período significativo de crescimento das cooperativas agrícolas, tendo tido particular incremento as que implicavam avultados investimentos (adegas e destilarias por exemplo) ou as de produtos essenciais (leite e cereais). O objectivo desta orientação era o de compensar a falta de mão-de-obra com uma relativa mecanização e a contenção dos salários do sector secundário pelo fornecimento de bens de consumo essenciais em melhorar condições de quantidade e preço.

A partir de Abril de 1974 verificou-se um novo surto de cooperativas agrícolas, embora com características diferenciadas.

De facto em primeiro lugar o seu crescimento não foi uniforme já que a sua maior implantação se deu sobretudo na zona ao sul do Tejo, nomeadamente na chamada zona de intervenção da Reforma Agrária. Por outro lado as novas cooperativas tomaram na grande maioria a forma de Cooperativas Agrícolas de Produção integral previstas na chamada «Lei Barreto» ainda não regulamentadas o que neste diploma se faz.

De salientar também o desenvolvimento do sub ramo de cooperativa agrícolas, conhecido por compra e venda a maioria das quais nasceu da extinção dos grémios da lavoura e que hoje apresentam importância indispensável ao desenvolvimento e organização da agricultura em Portugal.

Poderão ainda no futuro este tipo de cooperativas desempenhar um papel fulcral na moralização e simplificação dos circuitos económicos.

Também o presente diploma regulamenta de forma precisa as cooperativas agrícolas polivalentes, criando assim condições para o seu rápido desenvolvimento. Aliás este tipo de Cooperativa muito divulgado, no nosso País, é o que, ao nível das nossas aldeias agrícolas melhor poderá responder às necessidades económicas e sociais dos agricultores.

«Em meu entender» dizia António Sérgio «o Estado e os políticos devem auxiliar o cooperativismo, legislativa cultural e financeira que não dirijam nunca, que não obriguem nunca, que nunca tenham a pretensão de comandar, por pouquíssimo que seja. O Cooperativismo há-de ser absolutamente voluntário e livre, nada deve nele existir que seja obrigatório».

É pois sem ferir este espírito que o presente diploma, não só dá cumprimento de regulamentação ao ramo do sector cooperativo previsto na alínea c) do artigo 4º do Código Cooperativo;

Como tem sobretudo por objectivo reformular, reestruturar e enquadrar as cooperativas agrícolas no novo ordenamento jurídico cooperativo, iniciada com a publicação do Código Cooperativo.

Nesta conformidade, o Governo decreta, nos termos da alínea *a*) do artigo 201º da Constituição o seguinte:

CAPÍTULO I

Parte geral

Artigo 1º

(Âmbito)

As cooperativas agrícolas e suas organizações de grau superior regem-se pelas disposições do presente diploma e nas suas omissões pelas do Código Cooperativo.

Artigo 2º

(Noção)

1— São cooperativas agrícolas as constituídas por pessoas singulares ou colectivas que exerçam actividades agrícolas, agro-pecuárias ou florestais ou com elas directamente relacionadas ou conexas e que tenham por objecto principal designadamente:

a) A produção, a transformação, a conservação, a distribuição, o transporte e a venda de bens e produtos provenientes da sua própria exploração e ou das explorações dos seus membros;

b) A aquisição de produtos, animais, máquinas, ferramentas e utensílios, destinados às mesmas explorações;

c) A produção a preparação e o acondicionamento de rações, alimentos, fertilizantes, pesticidas e outros produtos e materiais ou matérias-primas de qualquer natureza necessárias ou convenientes às explorações dos seus membros;

d) A instalação e a prestação de serviços no campo da organização económico-técnico-administrativa das referidas explorações, a colocação e a distribuição dos bens e produtos provenientes de tais explorações;

e) O seguro mútuo agrícola, pecuário ou florestal;

f) A regra em relação às obras que a lei preveja poderem ser administradas ou geridas por cooperativas.

2— São também cooperativas agrícolas as que sejam possuidoras ou detentoras, a qualquer título, do direito que lhes assegure o uso e fruição de terras, de gado ou de áreas florestais e que tenham por objecto a exploração agrícola, agro-pecuária ou florestal, ou outras com elas directamente relacionadas ou conexas.

3— A utilização da forma cooperativa não isenta da obrigatoriedade de conformidade da actividade com a lei, da obtenção de autorizações e licenças e de outras formalidades exigíveis nos termos legais, devendo as entidades de quem dependem as referidas autorizações e licenças ter em conta a especial natureza e função social das cooperativas.

Artigo 3º

(Objecto)

Para a realização dos seus fins, melhor conjugação e coordenação entre as

cooperativas agrícolas e mais eficiente realização do seu fim comum, podem as cooperativas agrícolas, nomeadamente:

a) Adquirir a propriedade ou outros direitos que assegurem o uso e fruição de prédios destinados à exploração agrícola, bem como a instalações ou unidades fabris, a armazenamento, conservação ou ainda a actividades auxiliares ou complementares;

b) Permitir a utilização, por qualquer meio legalmente permitido, no todo ou em parte, dos seus edifícios, instalações, equipamentos ou serviços por outras cooperativas da mesma natureza;

c) Com vista à valorização dos produtos da sua própria exploração ou das dos seus membros, ajustar com quaisquer pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, contratos, acordos ou convenções tendo por objecto a utilização de processos de fabrico ou de técnicas industriais ou de comercialização.

Artigo 4º (Área social)

1— As cooperativas agrícolas devem ter em atenção as condições e exigências do meio em que se formam e a possibilidade de realização e desempenho satisfatório dos serviços e fins que se propõem, evitando actuar em concorrência, designadamente, pela sua implantação em áreas servidas por outras cooperativas da mesma natureza.

2— Para efeitos do número anterior, os estatutos das cooperativas agrícolas terão de indicar expressa e precisamente a sua área social.

3— O disposto no número anterior não se aplica às cooperativas agrícolas de produção.

Artigo 5º (Organizações cooperativas de grau superior)

As cooperativas que se caracterizam por desenvolver actividades da mesma zona específica, integradas neste ramo do sector cooperativo, poderão constituir uniões, federações e confederações nacionais, nos termos previstos no Código Cooperativo.

Artigo 6º (Classificação)

1— As cooperativas agrícolas a que alude o artigo 2º classificam-se em cooperativas agrícolas de produção, de transformação, de serviços e mistas.

2— São cooperativas agrícolas de produção aquelas cuja actividade principal é a exploração integral de certa superfície de terra.

3— As restantes cooperativas a que se refere o número um diversificam-se consoante a sua actividade se relacione quer com a compra em comum de factores de produção, quer com a transformação, conservação ou venda em comum dos produtos agrícolas, com ou sem transformação prévia ou outras transformações técnicas preliminares, quer com a prestação de serviços comuns aos agricultores seus membros, singulares ou colectivos, quer, ainda, com o seguro mútuo e a rega.

4— As cooperativas a que se refere o número anterior distribuem-se por três grandes grupos: de serviços, de transformação e mistas:

a) São cooperativas de serviços as que desenvolvem actividades de entre outras, nas seguintes áreas específicas:

- 1) Compra e venda;
- 2) Máquinas;
- 3) Mútuas de seguro;
- 4) Rega;
- 5) Assistência técnica;

b) São cooperativas de transformação as que desenvolvem actividades, de entre outras, nas seguintes áreas específicas:

- 1) Vitivinícola;
- 2) Leiteira;
- 3) Frutícola, hortícola e florícola;
- 4) Florestal;
- 5) Olivícola;
- 6) Pecuária;
- 7) Apícola.

c) São mistas as cooperativas agrícolas que desenvolvem actividades polivalentes em quaisquer áreas específicas do ramo.

Artigo 7º

(Apoio à constituição e funcionamento de cooperativas agrícolas pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas)

O Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas poderá dar apoio à constituição e funcionamento de cooperativas agrícolas, suas uniões, federações e confederações, nos termos da respectiva legislação, em especial quando visem actividades enquadradas nos programas de valorização da produção e o desenvolvimento regional.

Artigo 8º

(Entradas mínimas de capital)

1— As entradas mínimas de capital não poderão ser inferiores ao equivalente a três títulos de capital podendo os estatutos prever que a subscrição de cada membro seja proporcional à sua participação na actividade da cooperativa.

2— Nas cooperativas polivalentes o membro terá de subscrever tantas entradas mínimas de capital quantas as secções em que pretenda inscrever-se.

3— Ao membro admitido posteriormente à constituição da cooperativa, pode ser exigida a realização de uma jóia de montante a fixar nos estatutos e de acordo com o disposto no artigo 27º do Código Cooperativo.

Artigo 9º

(Exclusão de membros)

1 — Poderão ser excluídos nos termos do nº 2 do artigo 35º do Código Cooperativo os membros das cooperativas agrícolas que, designadamente:

a) Deixarem de, directa e efectivamente exercer a exploração agrícola, agro-pecuária ou florestal na área de acção da cooperativa por prazo superior a dois anos, salvo se os estatutos previrem prazo diferente;

b) Passarem a explorar ou negociar de forma concorrencial com a cooperativa quer em nome próprio, quer através de interposta pessoa ou empresa;

c) Adquirirem ou negociarem produtos, matérias-primas, máquinas ou outras quaisquer mercadorias ou equipamentos, que hajam adquirido por intermédio da cooperativa;

d) Transferirem para outros os benefícios que só aos membros é lícito obter;

e) Tiverem sido declarados em estado de falência fraudulenta ou de insolvência ou tiverem sido demandados pela cooperativa, havendo sido condenados por decisão transitada em julgado;

f) Tiverem cometido crime, que implique a suspensão de direitos civis.

2— As infracções cometidas pelos membros que não importem exclusão, poderão ser punidas consoante a sua gravidade, pela direcção, com penas de censura, multa ou suspensão de direitos e benefícios por determinado período, sem prejuízo do recurso que delas cabe para a assembleia geral nos termos da alínea j) do artigo 46º do Código Cooperativo.

3— O recurso a que se refere o número anterior deverá ser interposto no prazo de oito dias, a contar da data em que o membro receber comunicação da penalidade imposta.

Artigo 10º (Inelegibilidade para os órgãos sociais)

Não são elegíveis para os órgãos sociais os membros que, embora não estando nas condições referidas na alínea a) do nº 1 do artigo anterior, deixarem de directa e efectivamente exercer a actividade agrícola, agro-pecuária ou florestal na área de acção da cooperativa.

Artigo 11º (Competência da assembleia geral)

Para além da competência exclusiva que lhe é conferida pelo artigo 46º do Código Cooperativo, é também da competência da assembleia geral sancionar os contratos previstos na alínea c) do artigo 3º deste diploma.

Artigo 12º (Conselho fiscal)

Os estatutos da cooperativa podem prever que o conselho fiscal seja assessorado por revisores oficiais de contas ou por sociedade de revisores oficiais de contas.

Artigo 13º (Reserva para apetrechamento e renovação de material e de seguro)

Nas cooperativas agrícolas para além das reservas obrigatórias previstas no Código Cooperativo podem os estatutos prever a criação de uma reserva para

apetrechamento e renovação do material e de seguro.

CAPÍTULO II Das cooperativas polivalentes

Artigo 14º (Noção)

Podem constituir-se cooperativas agrícolas polivalentes que se caracterizem por abranger mais de uma zona específica de actividade.

Artigo 15º (Funcionamento)

As cooperativas agrícolas polivalentes funcionam por secções.

Artigo 16º (Secções)

1— A criação e extinção das secções é da competência da assembleia geral sob a proposta da direcção, sem prejuízo do disposto no artigo 4º deste diploma.

2— Nas secções haverá assembleias sectoriais que, para além da eleição de delegados à assembleia geral da cooperativa terão que pronunciar-se acerca das actividades, contas e rentabilidade de cada uma das secções e tomarão conhecimento do relatório e contas a apresentar à assembleia geral.

3— As secções serão distintas sem prejuízo da pessoa jurídica, com regulamentos próprios e organização contabilística, por forma a evidenciar os resultados e actividades de cada uma das secções.

4— O capital social responde em conjunto e solidariamente pelas obrigações assumidas.

5— Da direcção poderão fazer parte, tantos membros efectivos quantas secções, sendo um por cada, sem prejuízo do número total ser sempre ímpar.

Artigo 17º (Representação das secções)

1— Nas cooperativas polivalentes com mais de duas secções as assembleias gerais poderão ser constituídas por delegados das secções:

a) O número total de delegados na assembleia geral das cooperativas com menos de 1000 membros poderá variar entre 10% e 20 % do total dos membros da cooperativa;

b) Nas cooperativas com mais de 1000 membros o total de delegados poderá variar entre 5% e 10%.

2— Na composição da assembleia geral nenhuma secção poderá ser representada por um número de delegados inferior a 10% nem superior a 45% do número total de delegados.

Artigo 18º
(Eleição de delegados)

1— A representação de cada secção na assembleia geral da cooperativa resultará da consideração dos seguintes factores ponderados referentes aos totais da cooperativa:

- a) Número de membros — entre 30% e 40%;
- b) Capital social — entre 20% e 30%;
- c) Volume de transacções — entre 35% e 45%.

2— Para efeitos da alínea o) do número anterior o número total de membros da cooperativa é o somatório do número de membros inscritos nas diversas secções.

3— Nenhum membro poderá ser delegado de mais de uma secção.

CAPÍTULO III

Artigo 19º
(Início de actividade)

Para os efeitos previstos no nº 1 do artigo 93º do Código Cooperativo é considerado início de actividade a apresentação às entidades competentes dos requerimentos de que as leis e regulamentos façam depender o exercício da actividade que a cooperativa visa prosseguir.

Artigo 20º
(Adaptação de entradas mínimas)

O prazo previsto no nº 2 do artigo 23º do Código Cooperativo é aplicável à actualização do capital por parte dos membros da cooperativa que já tivessem tal qualidade à data da escritura pública pela qual for efectuada a adaptação dos estatutos ao Código Cooperativo.

Artigo 21º
(Revogação da legislação anterior)

É revogada toda a legislação em contrário ao disposto no presente diploma.

Artigo 22º
(Auxílio técnico e financeiro)

1— A concessão por parte do Estado de auxílio técnico e financeiro, poderá ficar dependente da emissão de uma declaração de conformidade dos estatutos com os princípios enunciados nos artigos 2º e 4º deste diploma.

2— É da competência do Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas a declaração de conformidade prevista no número anterior.

3— Para esse efeito deverão os projectos de estatutos da cooperativa ser enviados aos serviços competentes do Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas, que poderão propor as alterações julgadas convenientes.

4— A declaração de conformidade considera-se efectuada se o contrário não for comunicado aos interessados no prazo de 90 dias após a entrada dos estatutos nos

serviços competentes.

5 — Sem prejuízo do disposto no artigo 96º do Código Cooperativo, as cooperativas agrícolas têm também de enviar aos serviços competentes do Ministério da Agricultura, Comércio e Pescas os elementos referentes à constituição ou alteração dos estatutos e os relatórios e contas anuais após aprovação em assembleia geral.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros.

COMISSÃO CONSTITUCIONAL

PARECER N.º 16/82

Leis gerais da República — Competência regulamentar das regiões autónomas.

I

1. Ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa, o Procurador-Geral da República solicitou ao Conselho da Revolução a apreciação e declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da alínea 2.5 do despacho do Secretário Regional da Educação e Cultura da região autónoma da Madeira de 3 de Julho de 1981, despacho esse que regula o «concurso para preenchimento de vagas supervenientes no ano escolar de 1981-1982» e se acha publicado no *Jornal Oficial* daquela região, 2.ª série, n.º 18, de 9 de Julho de 1981.

Foi pedido o competente parecer à Comissão Constitucional, de harmonia com o disposto no artigo 284.º, alínea *a*), da Lei Fundamental.

Passa, por isso, a elaborar-se o solicitado parecer.

2.No seu requerimento, o Procurador-Geral da República pede a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de uma norma do despacho acima identificado, qualificando-o como despacho normativo e, por isso, considerando-o «susceptível de ser apreciado em sede de fiscalização abstracta e *a posteriori* de constitucionalidade.» (a fls. 4 dos autos de parecer n.º 1/82).

A norma impugnada estatui que gozam de «prioridade» no preenchimento de vagas supervenientes no ano escolar de 1981-1982, «dentro do mesmo escalão de habilitações suficientes» os «*candidatos que residam nos locais onde se situam os respectivos estabelecimentos de ensino*».

Lê-se, no requerimento do Procurador-Geral da República, que a alínea 2.5 do despacho identificado «enferma de *inconstitucionalidade material*, por violação dos preceitos dos artigos 13.º, n.º 1, 48.º, n.º 4, e 230.º, alínea *a*), da Constituição da República» (a fls. 5 dos mesmos autos).

Como fundamentos do pedido de declaração de inconstitucionalidade indica os seguintes:

- A norma impugnada viola os artigos 13.º e 48.º da Lei Fundamental por valerem quanto àquela, por identidade de razão, «os argumentos alinhados e doutamente desenvolvidos no parecer n.º 1/76 da Comissão Constitucional», os quais foram acolhidos pela Resolução de 15 de Dezembro de 1976 do Conselho da Revolução, tomada a propósito do decreto regional n.º 2/76 da mesma região autónoma;

- A doutrina da Comissão Constitucional constante do parecer n.º 1/76 foi elaborada a partir de uma situação regulada pelo indicado diploma regional, situação idêntica à dos presentes autos, sendo certo que tal doutrina, «no tocante ao entendimento do princípio de igualdade, veio a ser repetida em numerosos outros pareceres (cf. os n.ºs 3/78, 14/78, 8/79, 2/80 e 28/81)»;

- Relativamente à inconstitucionalidade resultante da alegada violação do artigo 230º, alínea *a*), da Constituição, refere-se que o artigo 1º, nº 1, do Decreto-Lei nº 149/78, de 19 de Junho, dispensou os professores dependentes do então Ministério da Educação e Ciência de autorização para residirem em localidade diversa do estabelecimento de ensino em que prestam serviço («em localidade diversa daquela onde exercem funções»), razão por que a norma impugnada, ao criar a aludida preferência ou prioridade na colocação, pode ser entendida como susceptível de trazer, «por via indirecta», uma «certa restrição àquele direito».

Acompanham o requerimento do Procurador-Geral da República uma fotocópia da publicação oficial do indicado despacho normativo e uma exposição dirigida ao Procurador-Geral da República pelo *Sindicato dos Professores da Zona da Madeira*, onde se denuncia a violação da Constituição pela indicada norma.

3. Notificado o Presidente do governo regional da Madeira, nos termos e para os efeitos do disposto no nº 3 do artigo 28º do Decreto-Lei nº 503-F/76, de 30 de Junho, veio a ser apresentada, já após a distribuição do parecer, pelo Secretário Regional da Educação e Cultura da Madeira resposta ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, onde se contestam os fundamentos indicados pelo Procurador-Geral da República no seu aludido requerimento.

Nesta resposta sustenta-se a constitucionalidade material da norma impugnada com os fundamentos que, resumidamente, se indicam:

- Por um lado, afigura-se que a interpretação do nº 1 do artigo 13º da Constituição tem de ser entendida em conexão com o nº 2 do mesmo artigo. Em função desta afirmação, conclui-se no sentido de não haver «manifestamente» qualquer violação daqueles preceitos pela norma impugnada, uma vez que o «nº 2.5 [...] estabelece apenas uma prioridade para os candidatos que *residam nos locais* onde se situam os respectivos estabelecimentos de ensino, no caso de possuírem a mesma experiência pedagógica»;

- Por outro lado, chama-se a atenção para a circunstância de o nº 2 do artigo 13º da Constituição não incluir na sua previsão os factores «residência», «habilitações literárias» ou «experiência pedagógica»;

- Afirma-se ainda que a interpretação do artigo 13º com a «rigidez» e a «inflexibilidade» que alguns advogam implicaria «acabar com o direito de sucessão baseado na ascendência», impor o cumprimento do serviço militar às mulheres, ou acabar com determinadas isenções fiscais;

- No que toca ao entendimento do nº 4 do artigo 48º da Constituição, afirma-se que o sentido de tal norma é «essencialmente proibir que o exercício de funções públicas esteja sujeito a requisitos distintos daqueles que condicionam a liberdade de profissão, designadamente de natureza política»; admitindo que é constitucionalmente lícito ao legislador condicionar o exercício de funções públicas à exigência de determinados requisitos (v. g. habilitações literárias, técnicas, etc.); por isso, conclui-se «sem necessidade de outras indagações» pela conformidade constitucional da norma impugnada;

- Abordado de seguida a alegada violação da alínea *a*) do artigo 230º, afirma-se que a norma impugnada «não veda aos professores o direito de residirem onde bem entenderem, pelo que não há violação» do indicado preceito constitucional;

- Finalmente, aponta-se para a diferença de situações contempladas no diploma apreciado pelo parecer nº 1/76 da Comissão e na norma agora impugnada, pondo-se em relevo que, no primeiro caso, a preferência era concedida num concurso a nível nacional, ao passo que, no segundo, se trata de concurso a nível regional, não se estabelecendo preferências baseadas na origem, «limitando-se apenas a dar prioridade aos concorrentes que, possuindo a mesma experiência pedagógica, residam no local da situação do estabelecimento de ensino».

II

4. É altura de apreciar o pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Começar-se-á por abordar a questão de saber se a norma impugnada é susceptível de ser apreciada, do ponto de vista da sua constitucionalidade, pelo Conselho da Revolução, nos termos do artigo 281º, nº 1.

Ora, tem sido entendido pacificamente que a apreciação pelo Conselho da Revolução de constitucionalidade «de quaisquer normas» abrange, pelo menos, todas as normas gerais e abstractas contidas em diplomas legislativos do nosso Ordenamento Jurídico, entendida a expressão «diplomas legislativos» em sentido muito amplo (portanto, abrangendo não só leis, decretos-lei, decretos regionais ou convenções internacionais que vinculam o Estado português, mas também diplomas de natureza regulamentar, nomeadamente decretos-regulamentares, decretos regulamentares regionais, decretos regulamentares dos governos regionais, resoluções normativas do Governo da República ou dos governos regionais, portarias e despachos normativos, etc.)²²⁴.

Dentro deste entendimento, afigura-se que nada obsta a que possa ser objecto de fiscalização de constitucionalidade *a posteriori* pelo Conselho da Revolução e, portanto, objecto de parecer pela Comissão Constitucional, a norma geral e abstracta impugnada, constante de despacho normativo emanado de um secretário do governo regional da Madeira.

5. O despacho do Secretário Regional da Educação e Cultura da Madeira de 3 de Julho de 1981 é um despacho de natureza normativa, editado «ao abrigo da alínea *b*) do artigo 7º do Decreto-Lei nº 364/79, de 4 de Setembro, conjugado com o disposto

²²⁴ Assim, parecer nº 11/79, da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 8º vol., p. 64. Na doutrina, cf. G. Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1978, p. 503. Sobre a possibilidade de o Conselho da Revolução apreciar a constitucionalidade de normas de conteúdo concreto e individual, vazadas em acto com força de lei ou em acto de outra natureza, vejam-se os pareceres nºs 3/78, 6/78, 16/79 e 39/79 (in *Pareceres*, 4º vol., pp. 221 e segs., pp. 303 e segs., 8º vol., pp. 205 e segs., e 11º vol., pp. 3 e segs., respectivamente) e ainda o parecer nº 13/82 (não publicado).

nos artigos 7º e 39º ²²⁵ do Decreto-Lei nº 581/80, de 31 de Dezembro» (do respectivo preâmbulo).

O Decreto-Lei nº 364/79, de 4 de Setembro, veio estabelecer a transferência dos serviços periféricos nos domínios da educação e investigação científica do então Ministério da Educação e Investigação Científica para os órgãos de Governo próprio da região autónoma da Madeira, de forma a que ficassem definidas «as atribuições que nestas matérias pertencem à esfera da autonomia regional e aquelas que se reservam ao Governo da República como garantia necessária da unidade nacional e da igualdade dos cidadãos no acesso ao ensino, à cultura, ao desporto e ao trabalho».

Ora o nº 1 do artigo 7º desse diploma confere competência aos órgãos de governo da região autónoma da Madeira, «no que toca à gestão dos estabelecimentos oficiais de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário na Região» para superintender na sua gestão, criar e alterar os quadros do pessoal, efectuar todas as operações relativas ao recrutamento, provimento e gestão do pessoal docente, técnico, administrativo e auxiliar e para realizar acções de aperfeiçoamento de pessoal técnico, administrativo e auxiliar.

No despacho em apreciação, o seu autor invoca expressamente a alínea *b*) do nº 1 do artigo 7º daquele decreto-lei, norma que confere ao órgão do Governo regional competência para «criar e alterar os quadros de pessoal».

Por outro lado, são ainda invocados os artigos 7º e 39º ²²⁶ do Decreto-Lei nº 581/80, de 31 de Dezembro, diploma que contém a regulamentação da colocação dos professores profissionalizados não efectivos e provisórios dos ensinos preparatório e secundário.

O primeiro destes artigos regula a terceira fase de colocação destes professores nos «lugares ainda vagos após a 2ª fase do concurso», aí se estabelecendo que as regras de colocação nesta fase, bem como quem a ela pode ser opositor, serão definidas por despacho do Ministro da Educação e Ciência, a publicar no *Diário da República*. Por seu turno, o artigo 39º estabelece no seu nº 1 que «o presente diploma é aplicável às regiões autónomas dos Açores e da Madeira, cabendo a sua execução global às respectivas secretarias regionais de educação e cultura». No seu nº 2, e para efeitos de aplicação do número anterior, estatui-se que «não será permitido aos candidatos concorrer simultaneamente às vagas existentes no continente e nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira».

Retira-se, assim, do que se acaba de expor que a colocação dos professores profissionalizados não efectivos e provisórios dos ensinos preparatório e secundário está hoje «regionalizada», isto é, nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira a execução dos diplomas legislativos da República na matéria cabe às respectivas secretarias regionais da educação e cultura, tendo os respectivos concursos base regional.

6. O que ficou referido atrás impõe que se analise uma ulterior questão prévia, a de saber se o Secretário Regional da Educação e Cultura da Madeira podia, à

²²⁵ No texto publicado no *Jornal Oficial*, e que foi enviado pela entidade peticionária indicase por lapso o artigo 49º em vez do artigo 39º. É manifesto o lapso, pois o diploma em causa só contém quarenta e dois artigos.

²²⁶ Remete-se para o que se escreveu na nota anterior.

face da Constituição da República Portuguesa, publicar um regulamento editado à sombra de um decreto-lei da República.

Valerá a pena referir de novo que o Decreto-Lei nº 581/80, de 31 de Dezembro, visou codificar num único diploma todas as regras a que se subordinam as colocações dos professores profissionalizados não efectivos e provisórios dos ensinos preparatório e secundário, sendo elaborado pelo Governo no exercício de funções legislativas próprias, nos termos da alínea *a)* do nº 1 do artigo 201º da Constituição.

Este diploma reveste-se seguramente da natureza de uma lei geral da República, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 229º, nº 1, alínea *b)*, parte final, e 233º, nº 3, da Lei Fundamental²²⁷.

Na verdade, trata-se de um diploma cujas normas são aplicáveis, por força de preceito expresso, em todo o território nacional, isto é, no continente e nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira (artigo 39º, nº 1, do Decreto-Lei nº 581/80). Aceitando que o critério de *generalidade* das leis da República resida no *âmbito territorial de aplicação do diploma*, está-se iniludivelmente perante um diploma dessa natureza no presente caso. O critério do âmbito territorial de vigência tem sido perfilhado por autores como Gomes Canotilho, Vital Moreira e Esteves de Oliveira, tendo hoje, porventura, consagração legal no *Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores*, aprovado pela Lei nº 39/80, de 5 de Agosto, onde se pode ler:

Para efeitos da alínea *c)* do número anterior, consideram-se:

a) Leis gerais da República, aquelas cuja razão de ser envolva a sua aplicação, sem reservas, a todo o território nacional [artigo 26º, nº 2, alínea *a)*, do Estatuto]²²⁸.

²²⁷ Deve reparar-se que, na Constituição Portuguesa, «diferentemente do que acontece na espanhola, não se faz a listagem das matérias de competência exclusiva do Estado, nem das da competência exclusiva das regiões» (Amâncio Ferreira, *As Regiões Autónomas na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 1980, p. 80). Assim, os Açores e a Madeira podem, de um modo geral, legislar em matérias de interesse específico das respectivas regiões, cabendo-lhes regulamentar também as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar. Cabe-lhes também exercer iniciativa legislativa, através de apresentação de propostas de lei à Assembleia da República, em matérias de âmbito regional que cabem na reserva da competência legislativa deste órgão. A solução é, pois, diferente das acolhidas pela Constituição espanhola de 1978 e pela Constituição italiana de 1947: vejam--se os artigos 148º a 150º da primeira e 117º da segunda e, nas respectivas doutrinas, Jesus L. Vila, «Las comunidades Autónomas», in *La Constitución Espanola de 1978 — Estudio Sistemático*, obra colectiva sob a direcção de A. Predieri e E. Garcia de Enterría, Madrid, 2.ª ed., 1981, pp. 806 e segs., Elio Gizzi, *Manuale di Diritto Regionale*, 3ª ed., Pádua, 1976, pp. 307 e segs., e Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, 9ª ed., Pádua, 1976, pp. 960 e segs.

Sobre a problemática específica da competência legislativa regional e as relações entre a legislação da República e a legislação regional dos Açores e da Madeira, consultem-se Jorge Miranda, «A Autonomia Legislativa Regional e o Interesse Específico das Regiões Autónomas», in *Estudos sobre a Constituição*, 1º vol., Lisboa, 1977, pp. 309 e segs.; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1978, pp. 419 a 422; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1980, 1º vol., 2ª ed., pp. 367 e segs.; Amâncio Ferreira, *ob. cit.*, pp. 79 e segs., e ainda Afonso Rodrigues Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, policop., Coimbra, 1976, pp. 371 e segs., e Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1980, pp. 91 e segs.

²²⁸ No Estatuto provisório da região autónoma da Madeira não surge qualquer delimitação do conceito constitucional de «leis gerais da República» (cf. artigo 22.º do Decreto-Lei nº 318-D/76, de 30 de Abril). No que respeita ao caso concreto, o Decreto-Lei nº 581/80 aplica-se sem reservas ao continente e às regiões autónomas, embora a sua execução global caiba nestas últimas às respectivas

Mas mesmo que se entenda, pelo contrário, que a *generalidade* da lei da República se afere face ao próprio *conteúdo* ou *natureza* do diploma, o Decreto-Lei nº 581/80 merece também a qualificação de lei geral da República. Com efeito, tal diploma codifica e reformula a disciplina global de colocação de certos professores dos ensinos preparatório e secundário (os professores profissionalizados não efectivos e provisórios) através de concursos documentais contendo normas relevantes para a generalidade dos cidadãos que pretendam apresentar-se aos concursos, atento o carácter unitário do Estado português e a existência de um sistema unificado de ensino secundário²²⁹.

7. Tendo qualificado o Decreto-Lei nº 581/80, de 31 de Dezembro, como uma *lei geral da República*, para efeitos de aplicação dos artigos 229º, nº 1, alínea *b*), e 233º, nº 3, da Constituição, cumpre examinar de seguida, no âmbito desta segunda questão prévia, quais os órgãos constitucionalmente competentes para editar os regulamentos delegados ou de execução deste diploma, isto é, os diplomas regulamentares que visam exercer uma função integrativa-facultativa de disciplina geral ou, tão-somente, particularizar a respectiva disciplina jurídica, através do desenvolvimento, pormenorização ou concretização das normas dele constantes.

Para determinar tais órgãos, há que ver, por um lado, o teor das aludidas normas constitucionais e, por outro, analisar o conteúdo do Decreto-Lei nº 581/80.

Estatui o artigo 229º, nº 1, da Constituição:

As regiões autónomas são pessoas colectivas de direito público e têm as seguintes atribuições, a definir nos respectivos estatutos:

a) [...];

b) Regulamentar a legislação regional e as leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar²³⁰;

secretarias regionais de educação e cultura. Não infirma esta afirmação a circunstância de o mesmo diploma impedir aos candidatos que concorram «simultaneamente às vagas existentes no continente e nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira», isto para efeitos de aplicação do número anterior, isto é, do preceito que confere competência para a execução global do diploma na Madeira e nos Açores às respectivas secretarias regionais da educação e cultura (nº 2 do artigo 39º).

²²⁹ Sobre as diferentes concepções acerca do sentido da expressão «leis gerais da República», vejam-se Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 420 (aí se referem as teses do âmbito territorial de vigência e da generalidade e abstracção das normas, optando-se pela primeira). Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 91 a 94 (este autor aceita a posição de Canotilho e Vital Moreira, criticando a interpretação restritiva preconizada por Sérvulo Correia, segundo a qual o legislador constituinte se teria querido referir às leis e decretos-lei que dessem forma escrita *aos princípios gerais de direito público estadual*), e Amâncio Ferreira, *ob. cit.*, pp. 93 e 94 [nesta última obra é criticada a interpretação, já sustentada por órgãos do governo regional da Madeira, de que a expressão em causa quereria significar apenas as leis emanadas dos órgãos de soberania *no âmbito da sua competência reservada*. Aí se põe em destaque que, a ser essa a interpretação mais adequada, sempre seria «uma excrescência a referência às 'leis gerais da República' no artigo 229º, nº 1, alínea *a*), uma vez que, na parte final deste dispositivo, já se encontrava contemplado o limite em causa». Sobre esta problemática, veja-se, por último, A. Barbosa de Melo, J. M. Cardoso da Costa e J. C. Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, pp. 264 a 266 (estes autores sustentam que a expressão «leis gerais da República» não designa uma realidade estrutural da norma legislativa, com os caracteres de *generalidade* e *abstracção*, mas antes se refere a normas cujo conteúdo diz respeito a matérias *imediatamente relevantes para a generalidade dos cidadãos, indo para além dos limites naturais da autonomia regional por fluírem da própria ideia da unidade do Estado*).

²³⁰ O Estatuto Provisório da Madeira de 1976 limita-se a reproduzir com pequenas modificações o preceito constitucional transcrito [cf. artigo 22º, alínea *c*), do Decreto-Lei nº 318-D/76].

c) [...]

O artigo 233º, subordinado à epígrafe «órgãos de governo próprio das regiões», estabelece no seu nº 1 que são órgãos de governo próprio das regiões autónomas a assembleia regional e o governo regional. E preceitua no seu nº 3:

É da exclusiva competência da assembleia regional o exercício das atribuições referidas na alínea *a*), na segunda parte da alínea *b*) e na alínea *c*) do artigo 229º, bem como a aprovação do orçamento e do plano económico regional²³¹.

Passando, de imediato, à análise do Decreto-Lei nº 581/80, pode verificar-se que, no que toca à terceira fase do concurso de colocação dos professores não efectivos e provisórios dos ensinos preparatório e secundário, o artigo 7º dispõe o seguinte:

1— Os lugares ainda vagos após a 2ª fase do concurso serão preenchidos na 3ª fase, a qual será realizada pelas delegações da Direcção-Geral de Pessoal criadas pelo Decreto-Lei nº 259-A/80, de 6 de Agosto.

2— As colocações resultantes da aplicação do disposto no número anterior serão homologadas pelo director-geral de Pessoal, que poderá delegar tal competência nos delegados da Direcção-Geral.

3— As regras de colocação na 3ª fase, bem como quem a ela pode ser opositor, serão definidas por despacho do Ministro da Educação e Ciência, a publicar no *Diário da República*.

4— No despacho referido no número anterior inserir-se-ão as regras de colocação de docentes em regime de contrato temporário.

Do preceito transcrito retira-se que o legislador delegou no Ministro da Educação e Ciência (hoje Ministro da Educação e Universidades) a criação de normas regulamentares tendo por objecto as regras de colocação na 3ª fase, a delimitação dos opositores ao respectivo concurso, bem como o regime da colocação de docentes através de contrato temporário. Tal previsão de um regulamento *delegado* ou *autorizado*, na modalidade de *integrativo*²³², verifica-se apenas quanto à 3ª fase de colocação, já que nas duas primeiras fases essa matéria é desde logo disciplinada directamente pelo diploma (vejam-se os seus artigos 3º, 4º, 5º e 6º).

Até à data não foi publicado qualquer despacho normativo ao abrigo do nº 3 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 581/80.

²³¹ Em sede de revisão constitucional, o Projecto da Aliança Democrática propõe a eliminação desta regra da competência exclusiva da assembleia regional, sendo este o único projecto de onde consta tal proposta. Também Jorge Miranda preconizou, a título individual, a solução oposta, de confiar aos governos regionais a regulamentação da legislação regional e das leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservem para estes o respectivo poder regulamentar [cf. *Um Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra, 1980, p. 166, artigo 227º, nº 1, alínea c), e nota justificativa nº 2].

Deve, por último, notar-se que falta no texto do actual nº 3 do artigo 233º da Constituição a indicação de que as alíneas indicadas do artigo 229º se contêm no seu nº 1.

²³² Sobre os regulamentos delegados e suas espécies (regulamentos *integrativos*, *modificativos* e *derrogatórios*), vejam-se Afonso Rodrigues Queiró, *ob. cit.*, pp. 427 a 431, M. Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 112 e 115. Relativamente ao enquadramento constitucional dos regulamentos emanados do Governo, cf. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, pp. 390 e 391.

Finalmente, deve dizer-se que o artigo 40º do Decreto-Lei nº 581/80, estabelece que «as dúvidas surgidas na execução deste diploma serão resolvidas por despacho do Ministro da Educação e Ciência»²³³.

Face ao exposto, perfilha-se o entendimento de que o Governo reservou para si próprio o exclusivo da regulamentação desta lei geral da República, como resulta dos artigos 7º, Nº 3 e 4, e 40º.

E não poderá, em caso algum, causar estranheza que o decreto-lei preveja a emissão de regulamentos interpretativos ou integradores de lacunas constantes de despacho normativo proveniente de um ministro do Governo, já que é sabido, na verdade, que é, «por via de regra, aos Ministros singularmente que (cabe) a competência para a elaboração dos regulamentos do Governo», ou seja, «é a cada um deles, individualmente, que pertence a sua preparação»²³⁴.

8. Para as finalidades limitadas deste parecer, poderia parecer descabido abordar a questão de saber se o disposto no nº 3 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 581/80 confere uma competência regulamentar exclusiva ao Governo da República, através do Ministro da Educação e Universidades. Com efeito, mesmo a entender-se que a competência regulamentar não havia sido reservada no presente caso ao Governo, poder-se-ia sustentar que só as assembleias regionais dos Açores e da Madeira poderiam elaborar regulamentos integrativos ou de execução de tal diploma, enquanto lei geral da República [artigo 229º, nº 1, alínea b), parte final, e artigo 233º, nº 3, da Constituição]²³⁵.

Vimos, porém, atrás que do próprio diploma se retira com inteira segurança que o legislador reservou para o Ministro da Educação e Universidades — na altura Ministro da Educação e Ciência — o exercício do poder de regulamentação (artigos 7º, nº 3, e 40º do Decreto-Lei nº 581/80).

Impõe-se assim tirar a conclusão de que o Secretário Regional da Educação e Cultura da Madeira carecia de competência constitucional para editar um regulamento delegado, através de despacho normativo, contendo regras disciplinadoras do concurso para preenchimento de vagas supervenientes no ano escolar de 1981-1982, relativas à chamada 3ª fase de colocações.

Resta qualificar o vício que afecta de forma global o referido despacho e as consequências daquele decorrentes. Não suscita dúvidas que o despacho normativo em causa está afectado de inconstitucionalidade orgânica. Na verdade, este regulamento provém de órgão diverso daquele a que a Constituição, em conjugação com o diploma legal em concreto, confere competência para a respectiva elaboração [isto é, o Governo da República, através do Ministro da Educação e Universidades, de harmonia com o

²³³ Já foi aliás publicado um despacho normativo, ao abrigo do artigo 40º do Decreto-Lei nº 581/80, esclarecendo dúvidas sobre a aplicação do artigo 25º do diploma (Despacho Normativo n.º 196/81, de 27 de Julho, in *Diário da República*, 1ª série, de 5 de Agosto de 1981).

²³⁴ Afonso Rodrigues Queiró, *ob. cit.*, pp. 467 e 468. Escreve mais à frente o mesmo autor:

Se a Constituição não exige em nenhum caso a forma de decreto para os regulamentos delegados do Governo, nada se opõe a que essa competência regulamentar seja conferida para ser exercida sob a forma de portaria ou de despacho normativo, que não exigem nem promulgação do Presidente da República nem referenda do Primeiro-Ministro (p. 469).

²³⁵ Veja-se Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, p. 421, anotação VIII ao artigo 229º da Constituição.

disposto no nº 3 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 581/80, norma que reserva o poder regulamentar para o executivo da República, como é admitido pelo artigo 229º, nº 1, alínea b), da Lei Fundamental]²³⁶. Aceitando que, além deste vício, ocorreria também uma ilegalidade por violação da norma do decreto-lei que prevê e disciplina a elaboração de regulamentos delegados, a inconstitucionalidade prevalecerá sobre a ilegalidade, e as consequências daquele vício implicarão a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, ficando, por isso, consumidos os efeitos decorrentes da mera ilegalidade²³⁷.

Estando todo o despacho normativo afectado de inconstitucionalidade orgânica, nos termos acima indicados, forçosamente se tem de concluir que a norma especificamente impugnada pela entidade peticionária (nº 2.5 do mesmo despacho) igualmente se acha afectada por inconstitucionalidade orgânica.

Convém reafirmar que não está vedado à Comissão Constitucional conhecer officiosamente e como *questão prévia* deste vício da norma impugnada. Na verdade, o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional, enquanto órgão consultivo daquele órgão de soberania, não estão estritamente vinculados a um princípio do pedido, no que respeita aos vícios susceptíveis de ser objecto de fiscalização de constitucionalidade em abstracto e *a posteriori*, isto é, e com mais rigor, não estão limitados na sua actividade à apreciação dos fundamentos do próprio pedido de apreciação e declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral²³⁸.

O que não é possível, em virtude do princípio do pedido, é apreciar e declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de outras normas não impugnadas pelas entidades indicadas no artigo 281º da Constituição²³⁹.

9. Tendo-se concluído pela existência de uma inconstitucionalidade orgânica²⁴⁰ que afecta todo o diploma e, portanto, também a norma impugnada pelo

²³⁶ «Para que se diga que um regulamento provém dum órgão constitucionalmente incompetente é necessário, portanto, que haja, por parte do autor do regulamento, uma invasão da esfera que a Constituição reserva à produção normativa de outro órgão ou função» [Mário Esteves de Oliveira, *ob. cit.*, p. 145, e particularização feita na nota 4 desta mesma página; e, mais à frente, escreve o mesmo autor: «do mesmo vício (isto é, de inconstitucionalidade orgânica) padecerá um regulamento do governo regional que execute no território da Região uma lei ou decreto-lei aplicáveis a todo o território nacional [...]» — p. 146]. Sobre as relações entre os vícios de inconstitucionalidade e ilegalidade e os chamados casos de inconstitucionalidade indirecta de regulamentos e leis regionais, vejam-se as considerações gerais de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, tomo II, Coimbra, 1981, pp. 580 e segs., e de Gomes Canotilho, *ob. cit.*, I, pp. 438 e segs.

²³⁷ Sobre um caso duvidoso de violação dos artigos 229.º, nº 1, alínea b), e 233.º, nº 3, da Constituição, veja-se a hipótese contemplada no parecer nº 29/81 desta Comissão, ainda não publicado. Tratava-se aí de alteração de um regulamento constante de despacho normativo ministerial, alterado por uma resolução do governo regional da Madeira. Prevaleceu a tese de que houvera uma válida *deslegalização*, admitindo-se que a alteração cabia nos poderes regulamentares do executivo da região. No sentido da inconstitucionalidade orgânica, cf. os votos de vencido dos vogais Prof. Figueiredo Dias (ponto II da sua declaração.) Conselheiro Hernâni Lencastre e Desembargador Costa Aroso, acompanhados pelo Presidente da Comissão Constitucional.

²³⁸ Trata-se de jurisprudência constante da Comissão: veja-se, por último, o parecer nº 13/82, ainda não publicado.

²³⁹ Sobre o chamado *principio do pedido* e a proibição de conhecimento *ultra petita* na fiscalização de constitucionalidade, veja-se o parecer nº 10/82, ainda não publicado.

²⁴⁰ Ao qualificar-se a inconstitucionalidade como orgânica, não se ignora o debate dogmático acerca da distinção de diferentes tipos de inconstitucionalidade, bem como os termos da relevância da distinção no nosso ordenamento jurídico. Cf., por todos, Gomes Canotilho, *ob. cit.*, I, pp. 447 e segs.; Jorge Miranda, *ob. cit.*, vol. I, tomo II, pp. 591 e segs., e Gomes Canotilho e Vital Moreira,

Procurador-Geral da República, afigura-se ser desnecessário entrar na análise dos fundamentos do pedido do mesmo Procurador-Geral da República, fundamentos rebatidos, de resto, pelo autor da norma impugnada.

O conhecimento da questão prévia suscitada e a conclusão acerca da ocorrência de um vício de inconstitucionalidade prejudicam necessariamente o conhecimento das subsequentes alegações de inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 13º, nº 1, 48º, nº 4, e 230º, alínea *a*), da Constituição, como decorre, aliás, do princípio geral de direito processual constante do nº 2 do artigo 660º do Código de Processo Civil.

10. Deste modo, e em conclusão, é a Comissão Constitucional de parecer que o Conselho da Revolução *deve declarar a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 2.5 do despacho normativo do Secretário Regional da Educação e Cultura da Madeira de 3 de Julho de 1981* — norma que cria uma propriedade de colocação relativamente aos candidatos que residem nos locais onde se situam os respectivos estabelecimentos de ensino, nos concursos para preenchimento de vagas supervenientes no ano escolar de 1981-1982 — *por violação do disposto no artigo 229º, nº 1, alínea b), parte final da Constituição da República Portuguesa.*

Lisboa e Comissão Constitucional, 6 de Maio de 1982. — *Armando Ribeiro Mendes — Messias Bento — Raul Mateus — Jorge de Figueiredo Dias — Rui de Alarcão — Hernâni de Lencastre — Joaquim Costa Aroso — José Manuel Cardoso da Costa — Ernesto Augusto Melo Antunes.*

ob. cit., pp. 485 e 486.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N° 93/82

Ao abrigo do disposto na alínea c) do artigo 146° e no n° 1 do artigo 281° da Constituição, o Conselho da Revolução, a solicitação do Procurador-Geral da República, precedendo parecer da Comissão Constitucional, resolveu declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n° 2.5 do despacho normativo do Secretário Regional da Educação e Cultura da Madeira de 3 de Julho de 1981, por violação do disposto no artigo 229°, n° 1, alínea b), parte final, da Constituição da República Portuguesa.

Aprovada em Conselho da Revolução em 19 de Maio de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da República, 1ª série. n° 132, de 11 de Junho de 1982.)

SECRETARIA REGIONAL DA EDUCAÇÃO E CULTURA

DESPACHO

Concurso para preenchimento de vagas supervenientes no ano escolar de 1981-1982

Considerando que a prática tem demonstrado a existência de vagas na maioria dos estabelecimentos oficiais, mesmo após ter sido dado cumprimento ao disposto nos artigos 1º, 3º, 4º e 6º do Decreto-Lei nº 581/80, de 31 de Dezembro.

Considerando que importa salvaguardar o funcionamento das escolas;

Considerando que, muito embora se reconheça que num plano ideal seria aconselhável admitir, no exercício da docência, apenas os indivíduos habilitados;

Considerando que, para além da sua classificação académica, deve ser tomada em conta a experiência pedagógica de que o candidato seja portador;

Considerando que na colocação dos agentes de ensino, nesta fase do concurso, se deve ter em conta os condicionalismos do meio, o problema de habitação e os interesses das zonas rurais;

Nestes termos e ao abrigo da alínea b) do artigo 7º do Decreto-Lei nº 364/79, de 4 de Setembro, conjugado com o disposto nos artigos 7º e 49º do Decreto-Lei nº 581/80, de 31 de Dezembro, determino:

1— A publicação, nos órgãos de informação local, do aviso de abertura do concurso para preenchimento de vagas ainda existentes no ano escolar de 1981-1982.

2— Poderão ser opositores ao concurso mencionado no número anterior os candidatos que não foram opositores ao concurso já realizado nesta região autónoma, por aviso publicado no *Jornal Oficial*, de 12 de Março de 1981, 2.ª série, e cuja situação se encontra prevista em cada uma das alíneas seguintes, constituindo, cada uma delas, factor de preferência em relação à seguinte:

2.1— Titulares de habilitações próprias definidas pelo Despacho Normativo nº 15/81, de 14 de Janeiro.

2.2— Titulares de habilitações suficientes definidas pelo Despacho Normativo nº 15/81, de 14 de Janeiro.

2.3— Candidatos habilitados com curso complementar do ensino secundário que à data de abertura do concurso possuam, pelo menos, 90 dias de serviço já prestado em estabelecimentos de ensino oficial ou particular.

2.4— Dentro do mesmo escalão de habilitações suficientes dos candidatos referidos em 2.2, será dada prioridade aos candidatos que possuam experiência pedagógica.

2.5— Dentro do mesmo escalão de habilitações suficientes, será dada prioridade aos candidatos que residam nos locais onde se situam os respectivos estabelecimentos de ensino.

3— No prazo de oito dias, contados a partir de 17 de Julho de 1981, deverão os candidatos apresentar, na Direcção de Serviços de Finanças, Administração e Pessoal, os seguintes documentos:

3.1— Boletim de admissão ao concurso, devidamente selado com franquia fiscal de 50\$.

3.2— Fotocópias autenticadas do certificado de habilitações literárias, salvo no caso de existência nos serviços competentes da SREC.

3.3 — Declaração comprovativa do tempo de serviço prestado, devidamente autenticada com selo branco do estabelecimento de ensino onde foi exercido.

3.4— O boletim referido no nº 3.1 será facultado pela Secretaria Regional da Educação e Cultura, Direcção de Serviços de Finanças, Administração e Pessoal, mediante o pagamento de 10\$.

3.5— Os candidatos devem declarar, no boletim de concurso, as habilitações académicas de que dispõem, bem como o tempo de serviço.

3.6— O enunciado das habilitações académicas deve ser feito de forma a não deixar dúvidas sobre o escalão que o candidato se atribui, devendo ser sempre referenciadas a curso, ano de escolaridade concluídos ou número de cadeiras anuais realizadas.

3.7— Quando a habilitação académica envolver a aprovação em mais de um curso, a classificação académica dos candidatos é a média aritmética, aproximada às décimas, das classificações desses cursos.

3.8— Os candidatos referidos no nº 2.3 não preencherão o espaço destinado ao escalão da habilitação.

4— Os candidatos mencionarão no boletim as suas preferências em relação aos estabelecimentos oficiais desta região autónoma.

5— Depois de preenchido e entregue o boletim de concurso, não são permitidas quaisquer alterações ao seu conteúdo.

6— a lista graduada será fixada em todos os estabelecimentos de ensino, bem como poderá ser consultada em *dossier* a existir na SREC.

7— Os candidatos podem reclamar dessa graduação no prazo de cinco dias a partir da data da sua afixação.

8— As reclamações previstas no nº 7 deverão ser entregues na SREC, em impresso próprio, que poderá ser adquirido na Direcção de Serviços de Finanças, Administração e Pessoal.

9— Os candidatos admitidos ao concurso, e que obtenham colocação, serão notificados pela Direcção de Serviços de Finanças, Administração e Pessoal e terão de

se apresentar, na respectiva escola, no prazo de 72 horas a partir da data da sua notificação, considerando-se como não tendo aceite o lugar o candidato que não fizer dentro deste prazo a sua apresentação.

10— Os candidatos colocados por força deste concurso celebrarão contrato até *30 de Junho de 1982*, salvo os casos previstos na lei.

11— Em tudo o que este despacho for omissivo aplicar-se-á a legislação em vigor.

Funchal, 3 de Julho de 1981. — O Secretário Regional da Educação e Cultura, *Eduardo António Brazão de Castro*.

(Jornal Oficial da Região Autónoma da Madeira. 2ª série, nº 18, de 9 de Julho de 1981.)

COMISSÃO CONSTITUCIONAL PARECER Nº 17/82

Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Regime dos direitos, liberdades e garantias — Bases do sistema de ensino — Não inconstitucionalidade orgânica de normas não inovadoras — Não confessionalidade do ensino — Separação entre as Igrejas e o Estado — Liberdade religiosa — Princípio da igualdade.

I — Delimitação do campo de análise

1. Duvidando da constitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o nº 338-G/82 — MEU, deliberou o Conselho da Revolução, nos termos do artigo 277º, nºs 3 e 4, da Constituição, proceder à sua apreciação.

Na sequência dessa deliberação, cumpre agora à Comissão Constitucional, na economia do artigo 284º, alínea *d*), da Lei Fundamental, emitir parecer, necessariamente limitado no aprofundamento das questões pelo reduzido tempo de análise que se oferece a esta Comissão.

2. Segundo o preâmbulo do diploma, visa-se regulamentar o artigo XXI da Concordata²⁴¹ assinada entre o Estado Português e a Santa Sé, em 7 de Maio de 1940, e confirmada pelo artigo II do Protocolo Adicional, de 15 de Fevereiro de 1975, que o Decreto nº 187/75, de 4 de Abril, aprovou para ratificação.

Na concretização desse objectivo, estabeleceu o decreto ao longo do seu texto, e em síntese, a seguinte disciplina:

- O Estado garante nas escolas o ensino das ciências humanas, morais e religiosas (artigo 1º);
- O Estado ministrará o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas elementares, médias e complementares, desde que não pedida isenção (artigo 2º);
- O pedido de isenção terá de ser formulado em boletim de matrícula ou boletim de inscrição (artigo 3º);
- A disciplina da religião e moral católicas faz parte do *curriculum* escolar normal daquelas escolas (artigo 4º);
- À igreja católica compete a exclusiva responsabilidade pela orientação doutrinária e pedagógica desse ensino, sendo a elaboração e modificação dos programas da disciplina da competência do Episcopado (artigo 5º);
- Compete ao Episcopado a aprovação dos manuais de ensino da disciplina e dos instrumentos auxiliares de trabalho (artigo 6º);
- Os professores de religião e moral católica fazem parte do corpo docente dos estabelecimentos de ensino, sendo contratados mediante proposta da autoridade eclesiástica competente (artigo 7º);
- O ensino obrigatório da religião e moral católica nos termos deste diploma manter-se-á em escolas de ensino médio que venham a ser convertidas em escolas de ensino superior (artigo 8º);
- As dúvidas suscitadas na execução do decreto serão resolvidas pelo

²⁴¹ O artigo XXI da Concordata estabelece directrizes quanto ao ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas dos vários graus.

Ministério da Educação e das Universidades depois de ouvido o Episcopado (artigo 9º).

Considerado o particular posicionamento de um diploma com este conteúdo, e de origem governamental, frente à ordem jurídico-constitucional, entende-se que a sua inconstitucionalidade é susceptível de ser visualizada de duas distâncias: enquanto terá sido ilicitamente invadida a esfera de competência legislativa originária da Assembleia da República (inconstitucionalidade orgânica); e enquanto existirá confrontação substantiva com princípios ou normas da Constituição (inconstitucionalidade material).

Dentro do rápido exame a que se irá proceder do diploma, este último aspecto, o da inconstitucionalidade material, será abordado de três ângulos, que corresponderão aos pontos que, a esse nível, maiores dúvidas poderiam suscitar:

Se o decreto no seu conjunto não violará o princípio da não confessionalidade do ensino;

Se o artigo 2º, nº 1, do diploma não ofenderá o princípio da liberdade religiosa na sua componente optativa;

Se o decreto no seu todo não infringirá o princípio da liberdade religiosa na sua componente igualitária.

Dentro deste esquema analítico prosseguirá a ulterior exposição.

II — O decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o nº 338-G/82 — MEU não enferma de inconstitucionalidade orgânica

3. Mesmo uma apressada análise do diploma, cujo teor já se sintetizou, logo revela que nele se disciplina uma temática (o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas)²⁴², que tem directamente que ver com a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a liberdade de ensino, expressamente contempladas nos artigos 37º, 41º e 43º, situadas no título II da parte I da Constituição; e que ver também com o sistema de ensino, a que se referem em particular os artigos 74º e 75º da Lei Fundamental.

Porque a matéria normativa do diploma se coloca em campo de direitos, liberdades e garantias e invade terrenos próprios do sistema de ensino, poder-se-ia ser levado a concluir, numa primeira abordagem, que seria da Assembleia da República a competência exclusiva para a tal propósito legislar [artigo 167º, alíneas *c*) e *n*), da Constituição]. Donde — inferência inevitável de tal postura — uma censurável invasão da esfera de competência do Parlamento por parte do Governo.

No entanto, e como se vai procurar mostrar, seria incorrecta uma tão apressada conclusão.

De facto, naqueles domínios, e desde que o Governo não crie uma outra normatividade e se limite a repetir no essencial o que já consta de textos legais anteriores, emanados do órgão de soberania competente, é de entender que, em tais

²⁴² O ensino da religião e moral católicas, entre outros diplomas, foi tratado em particular na Concordata assinada entre Portugal e a Santa Sé, Decreto-Lei n.º 36 508, de 17 de Setembro de 1947, Portaria n.º 21 490, de 25 de Agosto de 1965, Lei n.º 65/79, de 4 de Outubro, Lei n.º 4/71, de 21 de Agosto, Lei n.º 5/73, de 25 de Julho, Decreto-Lei n.º 52/77, de 16 de Fevereiro, e Portaria n.º 1077/80, de 18 de Dezembro.

Nos sucessivos programas escolares publicados, foram sendo feitas referências a tal ensino. Sobre ele se debruçaram ainda os Despachos n.ºs 189/78, de 24 de Julho (*Diário da República*, 2º série, de 1 de Agosto de 1978), e 49/78, de 28 de Julho (*Diário da República*, 2.ª série, de 17 de Agosto de 1978).

casos, não há intromissão no sector de reserva legislativa do Parlamento. É que esta reserva é de ordem substancial; não de ordem formal. O Governo, ainda em zona de reserva, é livre, e desde que não toque no fundo, para dar novas vestes à legislação vigente e organicamente não viciada, coligindo-a, sistematizando-a ou simplesmente reproduzindo-a.

Por outro lado, e embora só à Assembleia da República caiba cobrir legislativamente a área de direitos, liberdades e garantias, dispondo sobre as suas bases gerais e sobre os seus aspectos regulamentativos essenciais, não lhe pertence já, e em monopólio, dispor sobre os mais ínfimos pormenores do tema que, por natureza, não constituirão nunca desvios ou inflexões às grandes linhas traçadas e à conseqüente regulamentação basilar. O que se acaba de dizer vale ainda mais incisivamente para o sistema de ensino: só a definição das respectivas bases é da competência legislativa exclusiva da Assembleia da República [artigo 167º, alínea n)].

Numa perspectiva, toda apoiada nestes critérios, se centrará o exame que seguidamente se fará do texto do decreto.

4. Relativamente ao artigo 1º e mau grado a forma pluralista nele usada («o Estado [...] garante nas suas escolas o ensino das ciências humanas, morais e religiosas [...]»), regista-se que uma hermenêutica sistemática do diploma impõe a conclusão de que aí se quis garantir apenas o ensino da religião e moral católicas. Com efeito, na parte restante do texto legal só de tal ensino se trata. E tão-pouco se alude a qualquer futura regulamentação do artigo 1º, indispensável se se lhe houvesse cometido uma mais ampla significação.

Mas se é assim, tal norma não introduz qualquer novidade no sistema jurídico. Limita-se a exprimir o que já constava do artigo XXI da Concordata e da base VII da Lei nº 4/71, de 21 de Agosto.

O mesmo se pode dizer, aliás, do artigo 2º do diploma, que é mera repetição da parte do artigo XXI da Concordata, do artigo 1º da Lei nº 65/79, de 4 de Outubro, e dos n.ºs 2 e 3 da base VII da Lei nº 4/71²⁴³.

No que tange ao artigo 3º, salienta-se que o seu nº 1, e apesar das diferenças formais que entre um e outro dispositivo se observam, é, no plano dos efeitos normativos essenciais, e bem interpretado, reprodução do nº 4 da base VII da Lei nº 4/71. Por um lado, e porque além do mais o decreto não identifica nem permite a identificação do órgão competente para apreciar o *pedido de isenção* (e o deferir ou

²⁴³ Observa-se que, ao tempo em que a Lei nº 4/71 foi emitida, a maioria legal era atingida aos 21 anos de idade (hoje, a maioria, *ex vi* do artigo 130º do Código Civil, é alcançada aos 18 anos de idade e em matéria de educação religiosa aos 16 anos — artigo 1886º do Código Civil —, sendo a esta última maioria, dado o carácter sectorial do diploma, que se referirá o nº 2 do artigo 2º do decreto).

Deste modo, quando o nº 3 da base VII da Lei nº 4/71 dispunha que «os alunos maiores de 18 anos de idade poderão fazer eles próprios o pedido de isenção» (do ensino de religião e moral), estabelecia, ao invés da generalidade das legislações, uma aquisição antecipada da maioria em matéria de educação religiosa.

Note-se, no entanto, que já o artigo 277º do Código Civil suíço e a Lei alemã de 15 de Julho de 1921 concediam o direito de escolha de religião a partir, respectivamente, dos 16 e 14 anos de idade. A solução imposta pelo direito canónico era aqui ainda mais radical. «*Para o direito canónico* — Jacques Robert, *La liberté religieuse et le régime des cultes*, p. 102 — são considerados adultos todos os que gozam do uso da razão. Isso basta para que qualquer um possa pedir, de sua iniciativa, o baptismo. Parece mesmo que o uso da razão é juridicamente presumido aos 7 anos de idade, ainda que o que pede o baptismo possa ter este uso mais cedo ou mais tarde. A intervenção da família é prevista apenas para o menor que, não gozando do uso da razão, não é ainda reputado adulto para efeitos de baptismo».

indeferir) — o que fatalmente se verificaria se fosse esse o sentido da palavra *pedido* — forçoso é concluir que tal pedido se resolve afinal em uma simples declaração, como já inculcava o nº 4 da base VII da Lei nº 4/71. Por outro lado, o pedido de isenção, ou melhor, a declaração deverá ser formulada no boletim de matrícula ou de inscrição, é dizer, em impresso oficial que há que completar. Necessariamente, qualquer que seja o modelo aprovado, e na parte a preencher, terá o interessado ocasião de declarar se quer ou não aquele ensino. Isto, note-se, quer o sistema usado no boletim para o efeito seja o do espaçamento em branco, seja o da menção impressa de uma das alternativas ou das duas alternativas e cuja escolha se fará riscando ou sublinhando uma delas ou assinalando o quadrado correspondente. Desta última análise decorre a identidade básica no que se refere ao modo como é exercida a faculdade de escolha entre o nº 1 do artigo 3º do decreto e o nº 4 da base VII da Lei nº 4/71.

O nº 2 desse artigo 3º — que se limita a indicar o ministro competente para aprovar o modelo do boletim de matrícula e do boletim de inscrição — trata de um aspecto regulamentativo secundaríssimo, sem significação nos primeiros planos das matérias de direitos, liberdades e garantias e do sistema de ensino.

Quanto ao artigo 4º, é ele até certo ponto uma repetição de parte, quer do artigo XXI da Concordata quer da base VII da Lei nº 4/71. No entanto, e mais incisivamente, equiparam-se as aulas da disciplina de religião e moral às restantes disciplinas curriculares e submetem-se todas ao mesmo regime. Esta solução já estava de certo modo implícita nos lugares normativos precedentemente referidos, decorrendo naturalmente do facto de, segundo eles, o ensino da religião e moral católica se situar no espaço pedagógico das escolas públicas²⁴⁴.

Os artigos 5º e 6º são nuclearmente uma renovação dos dois últimos incisos do artigo XXI da Concordata. O que acrescentam em relação ao preceito concordatário é de pormenor, sem relevo e em harmonia com o ali estabelecido. Em particular, e no que se refere ao nº 1 do artigo 5º, regista-se que da sua correlação com o nº 2 do artigo anterior se deduz que a expressão «orientação pedagógica» aí usada tem uma significação restrita. Isto é, deverá ser entendida essa orientação como limitada às técnicas específicas do ensino, não alcançando nunca a sua dimensão estrutural. A componente externa, a armadura do ensino da religião e moral católicas, como se retira do nº 2 do artigo 4º, é similar à das restantes disciplinas curriculares. Não está na disponibilidade da igreja católica proceder nesse terreno a quaisquer alterações. Com esta interpretação, é claro que o nº 1 do artigo 5º nenhuma novidade introduz na ordem jurídica.

O nº 1 do artigo 7º — que nada terá a ver com matéria de direitos, liberdades e garantias, nem talvez com o sistema de ensino — integra os professores de religião e moral católicas no corpo docente dos estabelecimentos de ensino em que prestam serviço, atribuindo-lhes o estatuto legal da categoria a que pertencem. Nada inova, já que remete a definição do seu estatuto para o regime geral.

O nº 2 do mesmo artigo 7º confina-se a retratar matéria do artigo XXI da Concordata²⁴⁵.

O artigo 8º do decreto nada de fundamentalmente novo carrega para a ordem

²⁴⁴ Pretende-se levar os alunos menores a encararem tão seriamente essa disciplina, facultativamente escolhida, como as demais. Na mesma linha de objectivos, o artigo 363º, nº 2, do Decreto-Lei nº 36 508, de 17 de Setembro de 1947, sujeitava os estudantes que faltassem às sessões de religião e moral à nota de mau comportamento.

²⁴⁵ Matéria reproduzida já também no artigo 87.º, nº 2, do Decreto-Lei nº 36 508, de 17 de Setembro, e nos artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei nº 52/77, de 16 de Fevereiro.

jurídica. Isso já constava do artigo XXI da Concordata, onde se alude, é certo, apenas ao ensino da moral e religião católica nas escolas públicas elementares, complementares e médias. No entanto, as escolas de ensino superior a que se refere o artigo 8º, destinadas à preparação e formação de docentes para os quadros da educação pré-escolar e do ensino básico, são afinal escolas de ensino médio cuja designação se virá a alterar. Por isso, e dado que a modificação não parece de ordem substancial, são perfeitamente equiparáveis às antigas escolas de ensino médio. Numa perspectiva histórica, referir-se-á ainda que essas escolas de ensino superior corresponderiam ao cabo e ao resto às escolas de ensino médio existentes ao tempo em que a Concordata foi assinada. O artigo XXI da Concordata interpretada de acordo com «as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada», segundo impõe o nº 1 do artigo 9º do Código Civil, abarcaria pois no seu espírito a possibilidade do ensino da religião e moral católicas ter lugar nessas futuras escolas de ensino superior.

De outra banda, e com esta medida, pretende-se possibilitar em escolas do ensino básico o ensino da disciplina de religião e moral católicas por parte dos professores que porventura sejam chamados a ministrar por seu turno aquele ensino, e que por tal motivo se deverão preparar nesse sentido.

Tudo isto reflecte, e no essencial, o que já constava do artigo XXI da Concordata.

O artigo 9º espelha ainda o espírito desse artigo XXI e evidencia-se como o complemento lógico do acordo a que então se chegou, acordo que se pretende manter vivo e actuante.

5. O excuro analítico desdobrado sobre os nove artigos do decreto mostra que ali, e antes de mais, se tratou do ensino nas escolas públicas da disciplina (de frequência facultativa) de religião e moral católicas, no esquema de programas elaborados pelo Episcopado, ao qual competiria ainda aprovar os manuais de estudo e propor a contratação dos respectivos professores, sendo esse tratamento conforme no essencial com o que já consta da legislação vigente²⁴⁶.

Apenas aqui e ali se acrescentou tal matéria com uma ou outra minudência de segunda linha, e assim colocadas na zona da competência legislativa do Governo.

O governo substancialmente não ultrapassou a órbita do seu campo de acção. Não invadiu o terreno de reserva legislativa da Assembleia da República definido nas alíneas c) e n) do artigo 167º da Constituição.

III — O princípio da não confessionalidade do ensino não é derrotado pelo decreto em apreciação

6. Em Portugal, o catolicismo foi religião oficial do reino até 1910. Durante esse longo período vigorou o princípio da união entre a Igreja católica e o Estado Português.

«Proclamada a República, logo o Governo provisório se apressou a decretar diversas medidas laicizantes da sociedade portuguesa e do Estado, e por fim promulgou o Decreto com força de lei de 20 de Abril de 1911, conhecido vulgarmente pela designação da *Lei da Separação*.»²⁴⁷.

²⁴⁶ Esta Comissão tem-se pronunciado reiteradamente no sentido de que, ainda em domínio legislativo da exclusiva competência da Assembleia da República, não haverá inconstitucionalidade orgânica se o Governo não produzir inovações em matéria já legislada pelo órgão competente ou cuja incompetência originária foi sanada por força do disposto no artigo 293.º, n.º 1, da Constituição (parecer n.º 2/79, ed. of., 7º vol. p. 190; e pareceres n.ºs 24/80, 29/80, 3/82 e 12/82, ainda inéditos).

²⁴⁷ António Leite, «A religião no direito constitucional português», *Estudos sobre a*

A partir daí, quer a Constituição de 1911 (artigo 3º), quer a Constituição de 1933 (artigo 46º), quer ainda a Constituição de 1976 (artigo 41º) mantiveram o princípio da separação.

Apesar de todos estes textos constitucionais proclamarem a separação, não é difícil descortinar em cada um deles uma tônica diferente no que se refere à afirmação do princípio frente à Igreja católica. A Constituição de 1911 alia ao princípio da separação uma certa hostilidade para com a religião católica²⁴⁸. A Constituição de 1933, embora reclamando-se de a confessionalidade, previa uma estreita ligação entre o Estado e a Igreja católica²⁴⁹.

7. O princípio da não confessionalidade do ensino, expresso no nº 3 do artigo 43º da Constituição («O ensino público não será confessional»)²⁵⁰, é simples manifestação, ao nível escolar, do princípio da separação. Tem, porém, de ser articulado em termos muito especiais com o direito à liberdade religiosa, posto em realce no nº 1 do artigo 41º:

A liberdade de consciência, religião e culto é inviolável²⁵¹. E é precisamente esta articulação bem entendida que proíbe que o Estado, escudado na sua neutralidade, se esqueça no domínio do ensino do posicionamento da Igreja católica dentro da sociedade portuguesa actual.

A neutralidade do serviço (público) não exige apenas que ele garanta as opiniões de cada um. Não se imiscuir em certo domínio não importa desconhecimento ou ausência de protecção de tal sector. A laicidade — bem compreendida — de um Estado postulará, ao invés, uma intervenção aberta do mesmo Estado para protecção da liberdade.

O serviço público de ensino não tem, de certo, que ministrar aos alunos uma

Constituição, 2º vol. p. 281.

²⁴⁸ A situação era de laicismo estatal, que corresponde, «não à indiferença ou neutralidade do Estado para com o facto religioso nas suas diversas manifestações, mas à indiferença matizada pela assunção por parte do Estado de uma beligerância anti-religiosa. Não se pode falar neste caso da neutralidade estatal, pois que esta toma como própria uma ideologia, uma concepção da existência, que pretende impor o poder desconhecendo os direitos das minorias e incluso, não em poucas ocasiões, os da própria maioria» (Alfonso Fernandez-Miranda Campoamor, «Estado laico y libertad religiosa», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 6, p. 65).

²⁴⁹ Jacques Robert, *ob. cit.*, pp. 36 e 37, caracterizou o *modus vivendi* estabelecido entre o Estado Novo e a Igreja católica como de «tolerância simpatizante».

A actual Constituição afirma o princípio da separação num quadro de total alheamento. De facto, não só o nº 3 do artigo 41º da Lei Fundamental expressa o princípio («As igrejas e comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto»), como ainda se não alude em lugar algum do seu texto a qualquer igreja em especial, seja para a beneficiar, seja para a prejudicar.

Isto não significa, porém, que o Estado tenha de ser em absoluto alheio ao lugar que a Igreja católica ocupa na sociedade portuguesa. Particularmente no sector do ensino, pois é o sector que nos ocupa, o Estado, ainda dentro da Lei Fundamental, não tem que levar a sua neutralidade a esse extremo. Aliás, na Assembleia Constituinte, *Diário*, nº 63, pp. 1957 a 1959, prevaleceu o entendimento de que o facto do *ensino público não ser confessional* não vedava à Igreja católica o ensino da respectiva religião e moral nas escolas públicas, nos termos da Concordata.

²⁵⁰ O n.º 3 do artigo 43º vem na sequência lógica do nº 2 desse artigo:

O Estado não pode atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas.

²⁵¹ No âmbito internacional, o direito fundamental à liberdade religiosa foi particularmente afirmado no artigo 18º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

educação religiosa, mas o princípio da laicidade não lhe proíbe que o facilite. Melhor ainda, o respeito do princípio implica que o ensino público permita o livre exercício pelos alunos das suas obrigações religiosas.

O mesmo vale para os diferentes serviços públicos que acolhem e tomam a cargo certas categorias de cidadãos. A estes deve ser permitido, no quadro do serviço, receberem o ensino ou socorro das suas igrejas²⁵².

Isto escreve com evidente razão Jacques Robert na *ob. cit.*²⁵³, o qual mais adiante²⁵⁴, e incisivamente, escreve ainda:

A neutralidade não consiste apenas no dever de nada fazer que possa atingir a liberdade de opção no plano religioso. Ela comporta o dever de permitir àqueles que optaram de seguir a sua opção.

Ou, como escreve em termos genéricos Torcuato Fernández-Miranda²⁵⁵, «a situação social define os limites da conduta real. Fora de certas situações sociais, a conduta individual torna-se impossível [...]. Assegurar a liberdade é criar e garantir situações sociais de liberdade».

Assim se evidencia que o decreto, ao facilitar, em regime facultativo, o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas não viola o princípio da não confessionalidade do ensino, corolário lógico do princípio da separação. O Estado está apenas a criar condições que permitam à maioria da população estudantil, de ascendência católica, o exercício do direito à liberdade religiosa.

Não se trata — sublinhe-se — de defender os direitos da Igreja católica. Mas antes de defender a liberdade religiosa dos católicos que, sem a criação pelo Estado de certos condicionalismos, se não poderia capazmente exprimir na área escolar. O respeito pela liberdade de consciência, escreve Alfonso Fernandez-Miranda Campoamor²⁵⁶, exige que a orientação do ensino, salvas as «constricções impostas pelas necessidades sociais e pela ordem pública, cujo controlo é tarefa do Estado, seja consequência da procura social».

Se não se facilitasse aquele ensino na zona das escolas públicas, a liberdade religiosa da maioria da população portuguesa ficaria gravemente comprometida: por um lado, porque os pais que quisessem que aos filhos fosse ministrado esse tipo de educação o teriam de buscar fora das escolas públicas e de o pagar, o que seria inoportável para muitos; e, por outro lado, porque tal envolveria gastos de tempo, pelo menos nas grandes cidades, dificilmente conciliáveis com os horários escolares.

Com o decreto sob parecer, e sem prejuízo da neutralidade que a Lei Básica impõe em matéria religiosa, está o Estado ainda a cumprir a Constituição, assegurando, com o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas em esquema facultativo, a liberdade religiosa da maior parte do povo português²⁵⁷.

²⁵² É o que se passará, v. g., no quadro das Forças Armadas e dos hospitais, onde o Estado, apesar da sua neutralidade, deverá facilitar aos cidadãos que o desejem a assistência religiosa.

²⁵³ P. 135.

²⁵⁴ P. 148.

²⁵⁵ *Estado y Constitucion*, p. 308.

²⁵⁶ *Lug. cit.*, p. 75.

²⁵⁷ Registe-se ainda — o que, aliás, já decorre do que se diz no corpo do parecer — que a disciplina de religião e moral católicas só é constitucionalmente admissível nas escolas públicas enquanto de frequência facultativa.

IV — O artigo 2º, nº 1, do decreto não ofende o princípio da liberdade religiosa na sua componente optativa

9. Dispõe o nº 1 do artigo 2º do diploma que «de acordo com a especial representatividade da população católica no País, o Estado ministrará o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas elementares, médias e complementares aos alunos cujos pais, ou quem suas vezes fizer, não tiverem pedido isenção».

Será constitucionalmente legítimo que os pais escolham a religião a ser ensinada aos filhos durante a menoridade? A esta interrogação se vai procurar de seguida responder.

Para simplificação do discurso, centrar-se-á a exposição em torno apenas do binómio pais-filhos. Tudo o que aí se disser, e por identidade de razões, valerá contudo para o conjunto tutores-tutelados.

Na matéria, rege o nº 5 do artigo 36º da Constituição:

Os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos.

Por força do artigo 16º, nº 2, da Lei Básica, aquele preceito deverá ser interpretado e integrado de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que no artigo 26º, nº 3, estatui que «aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos».

Este direito dos pais na escolha da educação a ser proporcionada aos filhos menores abarcará naturalmente a área do ensino religioso. Como escreve Jean-Denis Bredin²⁵⁸, «a educação religiosa é um aspecto da educação geral, e o direito de escolher a religião de um menor, e de fixar a sua prática, situa-se pois no quadro de prerrogativas próprias do poder paternal».

Parece assim pelo exposto que o nº 1 do artigo 2º do decreto se coaduna perfeitamente com as directrizes constitucionalmente traçadas neste plano pela Constituição²⁵⁹.

V — O decreto não infringe o princípio da liberdade religiosa na sua componente igualitária

10. Já anteriormente se considerou como não violador do princípio da

Na Alemanha, o Tribunal Administrativo Federal de Berlim, por sentença de 30 de Novembro de 1973, decidiu que a prática da oração escolar em escola básica estatal era admissível, ainda que um aluno ou seus pais ou tutores se tivessem declarado contrários à oração escolar, isto, porém, desde que ao aluno fosse oferecida a possibilidade de não tomar parte nela: ou porque pudesse entrar na aula só depois da oração ou porque pudesse permanecer numa atitude puramente passiva durante a oração.

Também o Tribunal Constitucional Federal, na República Federal da Alemanha, entendeu que a escola não pode ser missionária e não pode exigir qualquer vinculação aos princípios da fé cristã, tendo de estar aberta a outros valores ideológicos e religiosos; e que a meta educativa de tal escola não pode ser lixada dentro do confessionalismo cristão, desconto feito da aula de religião, à qual ninguém pode ser obrigado a assistir.

(Decisões citadas por Joseph Listl, *Constitucion y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, pp. 46 e 49.)

²⁵⁸ *Recueil Dalloz*, 1960, p. 73.

²⁵⁹ O Tribunal Constitucional Federal Alemão acentuou já, nesta mesma linha, que o direito fundamental à liberdade religiosa consagrado no artigo 4º da Lei Fundamental inclui o direito dos pais a transmitir aos filhos a educação religiosa ou ideológica por eles considerada verdadeira (referida por Joseph Listl, *ob. cit.*, p. 48).

confessionalidade do ensino a institucionalização pelo decreto da disciplina de religião e moral católicas, de frequência facultativa, nas escolas públicas.

A criação de tal ensino, se não viola aquele princípio, não romperá com a liberdade religiosa, considerada esta na sua dimensão igualitária? Há, com efeito, quem sustente que assim se estará a estabelecer uma discriminação inadmissível em prejuízo das demais igrejas ou religiões²⁶⁰.

Mas não parece válida esta argumentação. Esquece ela o particular posicionamento da Igreja católica na nossa sociedade. Não cabe aqui pôr em relevo a estatura histórica da Igreja católica portuguesa. Interessa sim considerar o momento presente. Esse é que releva. E, na actualidade, a grande maioria dos portugueses, quanto mais não seja, se sentem atraídos pelo fundo ético do cristianismo e desejam que esse fundo moral continue a ser ensinado aos filhos.

«Neutralidade estatal», escreve Alfonso Fernandez-Miranda Campoamor²⁶¹, «significa radical indiferença por toda a valoração religiosa do facto religioso, indiferença que no plano da actuação política se moldará não por crenças religiosas ou mais objectivas, mas pela efectiva procura social.»

«Deste modo, a actividade estatal não privilegia nem marginaliza; simplesmente, e na mais escrupulosa indiferença ideológica, dá resposta à procura social [...]».

A procura social em favor do ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas é, de facto, preponderante. Satisfazendo-a, está o Estado apenas a tratar desigualmente o que é desigual. Assim, e a este propósito, escreveu Ruffini²⁶²:

«Falar, porém, de igualdade, ou mesmo de equivalência, é simplesmente ridículo em relação àqueles países do continente europeu — a Itália, por exemplo — em que as várias confissões não católicas não chegam a recrutar senão uns escassos milhares de adeptos, desagregados e dispersos, em face dos compactos milhões de fiéis da Igreja católica. Em tais circunstâncias, a ideia de pôr em prática uma perfeita paridade ou igualdade de tratamento jurídico significaria necessariamente que o Estado devia, em homenagem a puras abstracções ou teorias, ignorar a realidade concreta dos factos.

«Há uma paridade em sentido falso, que é a da igualdade absoluta, abstracta, matemática, e uma paridade no sentido justo, que é a da igualdade relativa, concreta, jurídica: pois, como justamente escreve Kahl, o verdadeiro princípio da paridade não é a cada um o *mesmo*, mas a cada um o *que lhe pertence*.»

Por outro lado, há que acentuar que o favorecimento que é concedido à Igreja católica em proporção com a sua dimensão, não lesa o direito à liberdade religiosa dos alunos não católicos. Eles não têm que assistir às aulas de religião e moral.

Na República Federal da Alemanha, onde a influência do catolicismo e do luteranismo é de grau dominante, observa-se uma estrita igualdade apenas entre as igrejas católica e evangélica. E isto apesar de o Estado ser religiosamente neutral, reconhecendo e protegendo todas as formas de religião. Assim, o Tribunal Constitucional Federal²⁶³ declarou a forma escolar da *escola comum cristã*²⁶⁴ conforme à

²⁶⁰ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição Anotada*, p. 123.

²⁶¹ *Lug. cit.*, p. 71.

²⁶² Referido no parecer da Câmara Corporativa sobre o projecto da futura Lei n.º 4/71, do qual foi relator Antunes Varela. Publicado no *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. XLVII e XLVIII.

²⁶³ Decisão citada por Joseph Listl, obra referida, p. 48.

²⁶⁴ As Constituições e leis escolares dos *Länder* da República Federal da Alemanha

Constituição, não vindo na sua existência lesão nenhuma ao direito fundamental à liberdade religiosa dos alunos não cristãos.

11. Poder-se-ia, porventura, criticar ainda o benefício estabelecido pelo decreto em favor dos alunos católicos, salientando que o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas constitui encargo do Estado. Discriminação constitucionalmente censurável, continuar-se-ia, porquanto todos pagariam o que é só para alguns.

Crítica improcedente, contudo.

«Afirmar que quem queira educação religiosa que a pague», escreve Alfonso Fernandez-Miranda Campoamor²⁶⁵, «tem a mesma justificação política e moral, uma vez aceite a inexistência da neutralidade educativa, que afirmar que quem queira educação laica que a pague. Os impostos dos crentes cumprem a mesma função que os demais no financiamento dos serviços públicos: impor-lhes um ensino laico suporia injustiça igual à que resultaria da imposição de uma educação religiosa às consciências agnósticas.»

12. A liberdade religiosa não veda pois a diferenciação estabelecida no decreto em favor dos alunos católicos frequentadores das escolas públicas. Tal diferenciação está em proporção com a sua representatividade²⁶⁶.

Aliás, e em termos práticos, não se vê possibilidade de o Estado beneficiar de modo similar ou aproximado os fiéis das outras confissões religiosas, em número pouco significativo, e cuja expressão ao nível de cada escola será nula ou muito estreita. Seria absurdo que só por isso se não permitisse que o Estado respondesse à procura da maioria da população portuguesa, de raiz católica.

Em resumo, o decreto, ao institucionalizar o ensino da religião e moral católicas naquelas escolas, não viola o princípio da liberdade religiosa na sua dimensão igualitária.

Conclusão

Pelos motivos expostos, e no particular entendimento de que nos artigos 2º e 3º do diploma em apreciação se consagra basicamente a solução já constante da base VII, n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 4/71, a Comissão Constitucional é de parecer que o Conselho da Revolução não deve pronunciar-se pela inconstitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 338-G/82 — MEU, projecto de diploma que dispõe sobre a leccionação da disciplina de religião e moral católicas em escolas públicas de diversos graus.

Lisboa e Comissão Constitucional, 20 de Maio de 1982. — *Raul Mateus* — *Jorge de Figueiredo Dias* (nos termos da declaração de voto anexa) — *Rui de Alarcão* (com declaração de voto) — *Joaquim Costa Aroso* — *José Manuel Cardoso da Costa* — *Messias Bento* — *Hernâni de Lencastre* — (vencido, em declaração que neste acto apresento, dou as razões da minha discordância quanto à conclusão a que se chegou) — *Armindo Ribeiro Mendes* (vencido nos termos da declaração de voto anexa) — *Ernesto*

determinam que as escolas básicas a que assistem em igual medida alunos das confissões evangélica e católica tenham carácter cristão, sendo por isso *escolas cristãs*.

²⁶⁵ *Lug. cit.*, p. 75.

²⁶⁶ Nota-se a propósito que similar diferenciação é definida em favor dos partidos políticos de acordo com a sua representatividade (artigo 40º, n.º 1, da Constituição; artigos 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 595/74, e 8.º da Lei n.º 59/77).

Augusto Melo Antunes (votou a conclusão de parecer com a interpretação fortemente restritiva que é dada pelo Prof. Figueiredo Dias na sua declaração de voto, à qual adiro).

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei a conclusão apenas por não ter podido afastar de toda a possibilidade de o artigo 2º, nº 1, e o artigo 3º do projecto de diploma em exame serem interpretados em termos coincidentes com os dos n.ºs 2 e 4 da base VII da Lei nº 4/71. O que vale por dizer que, mesmo à face do projecto de diploma, o «pedido de isenção» a que aqueles preceitos se referem se traduz — e só pode traduzir-se — em que a pessoa competente *declarará se quer ou não o ensino da religião e moral católicas*.

Trata-se decerto de uma interpretação fortemente restritiva que, nesta parte, conduz a que o projecto de diploma em apreço constitua pura inutilidade, por se limitar a repetir normativos já vigentes na ordem jurídica portuguesa. Conclusão esta que, aliás, não deixa de contrariar frontalmente os propósitos constantes do relatório do projecto de diploma. Mas é este — a necessidade, no fundo, de uma interpretação conforme a Constituição — o preço a pagar para poder ser salva a constitucionalidade (orgânica) do diploma. Foi nesta base — e só nesta base — e com este preciso sentido que votei a conclusão. — *Jorge de Figueiredo Dias*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei o parecer no entendimento — *e só no entendimento* — de que o impropriamente chamado «pedido de isenção» não é, numa interpretação conforme à Constituição, mais do que um dos termos da dualidade a que se reporta o *nº 4 da base VII da Lei n.º 4/71*, de 21 de Agosto. Só assim, aliás, se assegurará, nesta matéria, uma escolha tanto quanto possível esclarecida e livre.

Vistas assim as coisas — e igualmente resolvidos, no sentido propugnado no parecer, outros pontos constitucionalmente duvidosos (v. g., a questão da orientação pedagógica e a das escolas de ensino médio convertidas em escolas de ensino superior) —, não me parece haver, no caso, inconstitucionalidade *orgânica*. E como se me afigura não haver igualmente aqui inconstitucionalidade *material*, pronuncio-me pela legitimidade constitucional do projecto de Decreto--Lei nº 338-G/82 — MEU. — *Rui de Alarcão*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não será necessário, crê-se, aqui observar que, para um juízo de constitucionalidade, o facto de estar em causa uma confissão religiosa inequivocamente maioritária não é o que mais importa.

Aspecto do foro sociológico, com raízes que se perdem na nossa história, assim reduzido a uma expressão estatística, esse é um problema do legislador, que não pode, certamente, ficar insensível aos arquétipos em que se modela a consciência de um povo.

Para um juízo, porém, da natureza apontada, um juízo de constitucionalidade que corresponde a uma tomada de posição nos limites da lei fundamental, o que ao intérprete primeiro que tudo se impõe é apurar até onde, como cidadãos, nos achamos, de igual para igual, vinculados aos instrumentos jurídicos por que se rege a nossa vida colectiva.

A Concordata negociada entre o Estado do Vaticano e o Estado Português, confirmada por um protocolo adicional já depois do Movimento das Forças Armadas, faz parte do nosso direito interno.

Essa a primeira das realidades com que o intérprete se defronta.

Trata-se, no entanto, é preciso ver, de direito anterior à Constituição da República Portuguesa em vigor, na qual se veio a reconhecer a liberdade de consciência, religião e culto (artigo 41º) sem que ao longo de todo o texto se estabeleça qualquer distinção de ordem confessional.

E é essa outra das realidades que àquele se oferecem.

É, portanto, a partir destas componentes do nosso ordenamento jurídico que terá de fazer-se a leitura de ambos os textos, concordatário e constitucional, para aferir da constitucionalidade de um diploma sobre matéria religiosa, como aqui acontece.

E desde logo ressalta que se deva começar pela competência do órgão de que o diploma emana para tratar dessa matéria.

Só depois, resolvida que seja essa questão e a partir naturalmente da conclusão a que chegarmos, teremos ou não oportunidade de encarar o eventual conflito dos princípios materialmente confrontados.

Alude-se no decreto sob crítica (Presidência de Conselhos de Ministros nº 338-G/82 — MEU) ao ensino obrigatório da religião e moral católicas, ensino obrigatório, registre-se, que pode inclusivamente alargar-se a escalões superiores (artigo 8º).

A encarada hipótese de isenção (artigo 3º) não afasta aquela característica de obrigatoriedade visto que se assume como excepção, excepção que para se verificar terá de obedecer a um pedido e este a condições de legitimidade, tempo e forma, do que apenas se fica a saber que começará com o boletim de matrícula ou de inscrição, em moldes que não se indicam e acabarão por ficar dependentes do ministro respectivo.

O candidato à isenção do aludido ensino acha-se, por conseguinte e à partida, sujeito a exigências para atingir essa isenção que lhe limitam aquela liberdade de optar que a Constituição lhe garante sem restrições de qualquer espécie.

Segue-se que a disciplina em questão passa a ficar incluída no *curriculum* escolar normal, com as consequências que daí decorrem (artigo 4º), enquanto ao Estado é retirada a correspondente orientação pedagógica (artigo 5º).

Por esta sucinta análise, não vemos francamente como situar a matéria regulamentada pelo diploma em causa fora dos sectores constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e das bases do sistema de ensino em termos de a furtar à competência da Assembleia da República estabelecida, com exclusividade, pelo artigo

167º da Constituição da República Portuguesa, nas suas alíneas c) e n).

Porque se trata de uma reserva de competência exclusiva, afigura-se-nos que, mesmo numa hipótese de dúvida que não é propriamente o nosso caso, deveria essa dúvida resolver-se a favor daquele órgão de soberania, não cabendo ao Governo intervir neste campo (artigo 201º da Constituição).

Seja como for, e prejudicadas quaisquer outras considerações dada a conclusão a que chegamos quanto à falta de competência do Governo para legislar sobre esta matéria, entendemos que houve violação dos citados preceitos constitucionais, invadindo-se a esfera de competência da dita Assembleia, com o que o decreto em referência se mostra, quanto a nós, ferido de inconstitucionalidade orgânica.

E foi isso que nos impediu de acompanhar, neste acto, o relator do projecto de parecer que, com o nosso voto desfavorável, alcançou vencimento. — *Hernâni de Lencastre*.

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Concordando embora com diferentes soluções que lograram vencimento no presente parecer, não pude acompanhar a tese que veio a prevalecer de que os artigos 2º e 3º do diploma oriundo do Ministério da Educação e Universidades e sujeito a fiscalização preventiva de constitucionalidade não se achavam inquinados de inconstitucionalidade orgânica.

Na verdade, não obstante o esforço feito pela maioria da Comissão no sentido de interpretar o teor daqueles artigos e o conjunto do próprio diploma conforme à Constituição, entendi que não era suficiente no caso concreto a interpretação conforme à Constituição para salvar a constitucionalidade desse mesmo diploma. Pareceu-me irrecusável a conclusão de que existiam inovações substanciais em matéria de direitos, liberdades e garantias, nomeadamente no que toca ao exercício do direito à liberdade religiosa. Por adoptar este ponto de vista, vi-me, pois, forçado a divergir da tese vencedora e, assim, a sustentar que o Governo carecia de competência para legislar nesta matéria, a qual cabe à Assembleia da República, no domínio da sua reserva de competência exclusiva [artigo 167º, alínea c), da Constituição]. Por outro lado, não invocava neste diploma o Governo qualquer autorização legislativa que o habilitasse a editar tal decreto-lei, não havendo, por isso, que presumir a existência de tal autorização.

2. Pareceu-me decisiva, no caso concreto, a intenção confessada do Governo de proceder pela primeira vez «à *regulamentação adequada do preceito concordatário no que respeita à leccionação da disciplina de religião e moral católica*», indo-se ao ponto de se escrever, no preâmbulo do diploma e sem qualquer preocupação de exactidão histórica, que existiria uma «*lacuna*» no ordenamento que conviria preencher, sem se fazer qualquer referência à Lei da Liberdade Religiosa de 1971, lei que não foi até agora revogada, nem relativamente à qual foi suscitada — que saiba — qualquer dúvida ou suspeita de inconstitucionalidade relativamente ao conjunto global das suas disposições.

A interpretação conforme à Constituição, preconizada no texto do parecer, acarretaria como consequência a identificação de regimes entre a Lei nº 4/71 (base VII, nº 4) e a do novo diploma. Sucede, porém, que a intenção do legislador, revelada no preâmbulo, contraria a possibilidade de se fazer tal interpretação, havendo claros indícios de que o legislador pretendeu, no silêncio de qualquer declaração de vontade em contrário dos encarregados de educação dos estudantes menores, impor a frequência

da disciplina de religião e moral católicas a todos os estudantes, partindo de uma concepção de religião dominante no País que não tem qualquer assento constitucional, antes é repudiada frontalmente pelo princípio da inviolabilidade da liberdade de consciência, religião e culto [artigo 41º, nº 1, da Lei Fundamental]²⁶⁷.

3. No juízo formulado pesou indiscutivelmente a solução contrária à do nº 4 da base VII da Lei nº 4/71, já acolhida na Portaria nº 1077/80, de 18 de Dezembro (ensino de religião e moral católicas no ensino primário).

Nesta portaria, emanada do Ministério da Educação e Ciência, estabeleceu-se como princípio — oposto à solução que vingou na referida Lei da Liberdade Religiosa — que «no respeito pelo princípio da liberdade de aprender e ensinar, o ensino de religião e moral católicas é ministrado aos alunos cujos pais ou encarregados de educação não tiverem feito *declaração expressa em contrário*» (nº 1). Sucede mesmo que o diploma em apreciação, ao retomar a fórmula concordatária, fala em *pedido de isenção de frequência*, pedido esse que não se diz a quem é formulado, nem se poderá comportar indeferimento no caso concreto, acarretando evidentes riscos de se regressar, por via regulamentar, a um sistema de apreciação individualizada dos pedidos de isenção, como outrora era feito pelo Ministro da Educação Nacional, no âmbito dos Estatutos do Ensino Liceal e Técnico Profissional de 1947 e 1948 (Decretos n.ºs 36 508, de 17 de Setembro de 1947, artigo 343º, nº 2, Decreto nº 37 029, de 25 de Agosto de 1948, artigo 436º).

4. Por todas estas razões, pareceu-me impossível defender outra solução jurídica que não fosse a de considerar que os artigos 2º e 3º do diploma pretendem instituir um regime inovatório em matéria de direitos, liberdades e garantias, o qual se afasta do regime opcional de manifestação expressa actualmente exigido para a assistência às aulas de religião e moral (base VII, nº 4, da Lei nº 4/71, e Despacho Ministerial nº 49/78, de 28 de Julho, in *Diário da República*, 2.ª série, de 17 de Agosto de 1978).

Acresce ainda a intenção confessada pelo legislador de integrar no *curriculum* normal esta disciplina, à qual se vêm a sujeitar todos os estudantes que não venham pedir isenção de frequência. Quer dizer, o regime é, todo ele, claramente inovatório em matéria tão delicada como a da liberdade religiosa, pretendendo o legislador governamental fazer vingar uma solução que suscitara larga polémica em 1970 e acabou por ser mesmo repudiada, na altura da preparação da Lei da Liberdade Religiosa (cf. antecedentes legislativos da base VII da Lei nº 4/71, nomeadamente a solução do primitivo projecto de proposta do Governo nº 6/X e a oposta preconizada no parecer da Câmara Corporativa — cf. Antunes Varela, *Lei da Liberdade Religiosa e Lei de Imprensa*, edição revista e anotada, Coimbra, 1971, pp. 5, 6, 19, 147 a 152)²⁶⁸.

²⁶⁷ Com isto não se nega que a religião católica seja a religião dominante em Portugal, nem que a esmagadora maioria dos portugueses pertença a tal religião, sendo certo que não atingem, provavelmente, as confissões protestantes um número de fiéis superior a 100 000, havendo outras confissões religiosas com um número menor de aderentes. Cf. Luís França, *Comportamento Religioso da População Portuguesa*, Lisboa, 1980, p. 9.

²⁶⁸ De notar que, no *Relatório do Provedor de Justiça* relativo ao ano de 1978, se dá conta da posição do Provedor de não considerar materialmente inconstitucional a manutenção do ensino da religião e moral católicas nas escolas primárias do Estado, precisamente por vigorar um *regime opcional de manifestação expressa que não é «violador da liberdade religiosa, como direito dos cidadãos»* (p. 35). Ponto duvidoso é o de saber se o sistema que agora se pretende instituir não acabará por tornar *confessional* o ensino público, contrariando o nº 3 do artigo 43.º da Constituição (inconstitucionalidade material).

5. Outro problema que se poderá suscitar é o de saber se o artigo 4º do diploma — disposição que sujeita ao regime curricular normal a disciplina de religião e moral católicas — não está afectado por inconstitucionalidade orgânica, por violação da alínea *n*) do artigo 167º da Lei Fundamental. Na verdade, o diploma em apreciação vem introduzir evidente inovação no sistema de ensino, passando a disciplina de religião e moral católicas a ter o tratamento curricular normal das restantes disciplinas, com sujeição ao mesmo regime de faltas, avaliação de conhecimentos, prestação de provas e apoio pedagógico devido a alunos e docentes (artigo 4º, nº 2).

Apesar da pertinência desta questão, não cheguei a convencer-me de que houvesse violação da referida disposição, por não ser perfeitamente seguro que tal inovação possa considerar-se, para efeitos de aplicação da referida alínea *n*), matéria relativa a *bases do sistema do ensino* (veja-se, todavia, a base III, nº 3, da Lei nº 5/73, de 25 de Julho).

6. Em conclusão, votei vencido por considerar que os artigos 2º e 3º do diploma em apreciação violavam a alínea *c*) do artigo 167º da Constituição, tal bastando para não ter de ir mais além e indagar se tal violação não acarretará, eventualmente, também uma inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 41º, nº 1, e 43º, nº 3, da Lei Fundamental. — *Armindo Ribeiro Mendes*.

CONSELHO DA REVOLUÇÃO

RESOLUÇÃO N.º 96/82

Ao abrigo do disposto na alínea *a*) do artigo 146.º e dos n.ºs 3 e 4 do artigo 277.º da Constituição, o Conselho da Revolução, precedendo parecer da Comissão Constitucional e no particular entendimento de que nos artigos 2.º e 3.º do diploma em apreciação se consagra basicamente a solução já constante na base VII, n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 4/71, resolve não se pronunciar pela inconstitucionalidade do decreto registado na Presidência do Conselho de Ministros sob o n.º 338-G/82-MEU, projecto de diploma sobre a leccionação da disciplina de Religião e Moral Católicas em escolas públicas de diversos graus.

Aprovada em Conselho da Revolução em 25 de Maio de 1982.

O Presidente do Conselho da Revolução, *António Ramalho Eanes*.

(Diário da Republica, 1.ª série, n.º 137, de 17 de Junho de 1982.)

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DAS UNIVERSIDADES

DECRETO REGISTRADO SOB O Nº 338 G/82, NO LIVRO DE REGISTO DE DIPLOMAS DA PRESIDÊNCIA DO CONSELHO.

O ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas dos vários graus é entre nós ministrado em obediência à directriz estabelecida no artigo XXI da Concordata assinada entre o Estado Português e a Santa Sé, em 7 de Maio de 1940, e confirmada pelo artigo II do Protocolo Adicional, de 15 de Fevereiro de 1975, que o Decreto nº 187/75, de 4 de Abril, seguidamente aprovou para efeito da sua ratificação.

Não se tendo até hoje procedido à regulamentação adequada do preceito concordatário no que respeita à leccionação da disciplina de Religião e Moral Católicas, julga-se ser este o momento oportuno de preencher a lacuna para se completar, em termos convenientes, a execução do princípio fixado.

A nova regulamentação não pode, obviamente, deixar de tomar na devida conta, além dos princípios fundamentais concordatários, a doutrina da nova Constituição da República Portuguesa, bem como dos mais recentes documentos da Igreja sobre a liberdade religiosa e a educação cristã, e ainda as sugestões facultadas pelo direito comparado, no que se refere ao ensino da moral e religião.

Assumem particular interesse, neste contexto, as proclamações de princípios emanadas da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (considerada fonte subsidiária de certa área do nosso direito pelo próprio texto constitucional: artigo 16º, nº 2), na qual categoricamente se afirma que «aos pais pertence a prioridade do direito de escolherem o género de educação a dar aos filhos».

Interessa, por outro lado, salientar que, reconhecendo de igual modo aos pais «o direito e o dever da educação dos filhos» (artigo 36º, nº 5), a Constituição impõe ao Estado a obrigação de cooperar com os pais na educação dos filhos [artigo 67º, alínea c)], havendo de incluir-se, prioritariamente, no âmbito dessa cooperação a criação das condições necessárias para que os pais possam livremente optar, sem agravamento injustificado de encargos, pelo modelo educativo que mais convenha à formação integral de seus filhos.

Tendo assim presentes os princípios que acabam de ser sucintamente referenciados e considerando que a Concordata com a Santa Sé continua a vigorar, nos termos do nº 2 do artigo 8º da Constituição, como direito interno português:

O governo decreta, nos termos da alínea *a)* do nº 1 do artigo 201º da Constituição, o seguinte:

Artigo 1º — O Estado, tendo em conta o dever de cooperação com os pais na educação dos filhos, bem como os seus deveres gerais em matéria de ensino, garante nas suas escolas o ensino das ciências humanas, morais e religiosas, essenciais à formação integral dos cidadãos.

Art. 2º — 1 — De acordo com a especial representatividade da população católica no País, o Estado ministrará o ensino da religião e moral católicas nas escolas públicas elementares, médias e complementares aos alunos cujos pais, ou quem suas vezes fizer, não tiverem pedido isenção.

2 — Sendo maiores, compete aos próprios alunos fazer o pedido de isenção.

Art. 3º — 1 — O pedido de isenção, seja dos pais ou encarregados de educação, seja dos alunos maiores, será formulado no boletim de matrícula ou no boletim de inscrição nas disciplinas que integram o núcleo do ano curricular em que seja ministrado o ensino da religião e moral católicas.

2 — O boletim de matrícula e o boletim de inscrição destinados a recolher o pedido de isenção obedecerão ao modelo aprovado por despacho do Ministro da Educação e das Universidades.

Art. 4º — 1 — A disciplina de Religião e Moral Católicas faz parte do curriculum escolar normal em todas as escolas públicas elementares, médias ou complementares, dependentes ou não do Ministério da Educação e das Universidades.

2 — As aulas da disciplina de Religião e Moral estão sujeitas ao regime aplicável às restantes disciplinas curriculares, nomeadamente no que se refere às condições gerais de matrícula, regime de faltas, avaliação de conhecimentos, prestação de provas e apoio pedagógico devido a alunos e docentes.

Art. 5º — 1 — A orientação doutrinária e pedagógica do ensino da religião e moral católicas é da exclusiva responsabilidade da Igreja católica.

2 — A elaboração e modificação dos programas da disciplina competem ao episcopado, que os enviará ao Ministério da Educação e das Universidades antes da sua entrada em vigor, para conhecimento oficial e publicação conjunta com os programas das restantes disciplinas.

Art. 6º A aprovação dos manuais de ensino da disciplina, bem como de outros instrumentos auxiliares de trabalho, destinados a alunos ou professores, compete ao episcopado, que promoverá a sua edição ou divulgação, depois de dar conhecimento ao Ministério da Educação e das Universidades.

Art. 7º — 1 — Os professores de Religião e Moral Católicas fazem parte do corpo docente dos estabelecimentos de ensino em que prestam serviço, gozando do estatuto legal correspondente à categoria a que pertençam.

2 — Os professores de Religião e Moral Católicas serão contratados mediante proposta da autoridade eclesiástica competente, com as habilitações legais requeridas.

Art. 8º Nas actuais escolas de ensino médio que venham a ser convertidas em escolas de ensino superior destinadas à preparação e formação de docentes para os quadros da educação pré-escolar e do ensino básico continuará a ser obrigatório o ensino da religião e moral católicas, nos termos constantes do presente diploma.

Art. 9º As dúvidas suscitadas na execução deste decreto-lei serão resolvidas por despacho do Ministro da Educação e das Universidades, que previamente ouvirá o episcopado nas matérias pertinentes.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros.

ÍNDICE

Parecer nº 8/82 da Comissão Constitucional — *Ministério Público – Funções do Ministério Público — Representação do Estado em juízo*

Resolução nº 57/82 do Conselho da Revolução.

Decreto-Lei nº 608/76, de 24 de Julho — *Autoriza as instituições de crédito que tenham concedido créditos a empresas, com aval do Estado, por intermédio do IAPMEI, a representar o Estado na defesa dos seus interesses.*

Parecer nº 9/82 da Comissão Constitucional — *Assistência judiciária em processo penal — Depósito de multas como condição de admissibilidade de recurso — Direito de acesso aos tribunais.*

Resolução nº 56/82 do Conselho da Revolução.

Artigo 189º, nº 1, e artigo 192º, nº 2, do Código das Custas Judiciais — *Condicionam a admissibilidade de certos recursos em processo penal ao depósito de multas devidas pelo recorrente.*

Parecer nº 10/82 da Comissão Constitucional — *Requisitos do pedido de declaração de constitucionalidade de normas ao Conselho da Revolução — Individualização das normas que se têm por inconstitucionais — Arquivamento do pedido.*

Resolução nº 58/82 do Conselho da Revolução.

Parecer nº 11/82 da Comissão Constitucional — *Soberania popular — Natureza jurídica das regiões autónomas — Colégio eleitoral regional — Unicidade da cidadania — Unidade do Estado — Princípio da igualdade — Unicidade do recenseamento eleitoral — Princípio da representação proporcional — Restrições à elegibilidade para a assembleia regional*

Resolução nº 68/82 do Conselho da Revolução.

Artigos 3º, 4º, 6º, 12º, 13º, 176º, 193º e 195º do Decreto-Lei nº 267/80, de 8 de Agosto, que regulamenta a eleição da assembleia regional dos Açores — *Capacidade eleitoral activam e passiva, círculos eleitorais, recenseamento de não residentes.*

Parecer nº 12/82 da Comissão Constitucional — *Direito à contratação colectiva — Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Regime e âmbito da função pública — Não inconstitucionalidade orgânica de normas não inovadora.*

Resolução nº 64/82 do Conselho da Revolução.

Decreto-Lei nº 110-A/81, de 14 de Maio — *Altera a tabela de vencimentos, gratificações e pensões dos funcionários e agentes da Administração Pública, da administração central e local e dos institutos públicos, e regulamenta a prestação de trabalho extraordinário e o regime de acumulações desses funcionários e agentes*

Parecer nº 13/82 da Comissão Constitucional — *Fiscalização da constitucionalidade de normas particulares e concretas — Reserva de competência dos tribunais — Direito de recurso contencioso dos actos administrativos — Limites constitucionais à*

admissibilidade de leis individuais — Princípio da igualdade — Restrições aos direitos fundamentais.

Resolução nº 63/82 do Conselho da Revolução.

Decreto-Lei nº 554/80, de 25 de Novembro — *Faz caducar os arrendamentos e terminar de direito as ocupações de dois prédios sitos em Lisboa que o Estado cedeu a título definitivo à Ordem das Irmãs Franciscanas Clarissas do Desagravo de Lisboa*¹⁸¹

Parecer nº 14/82 da Comissão Constitucional — *Retroactividade das leis fiscais — Princípio do Estado de direito democrático — Legalidade tributária — Protecção da confiança dos cidadãos*

Resolução nº 91/82 do Conselho da Revolução.

Artigo 29º, nº 1, do Decreto-Lei nº 75-A/78, de 26 de Abril — *Cria adicionais a várias contribuições e impostos.*

Parecer nº 15/82 da Comissão Constitucional — *Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Definição dos sectores de propriedade dos meios de produção — Princípios cooperativos — Livre constituição e funcionamento das cooperativas — Princípio da representatividade — Princípio «um homem, um voto».*

Resolução nº 82/82 do Conselho da Revolução.

Decreto registado sob o nº 165-G/82, da Presidência do Conselho de Ministros — *Aprova o regime jurídico das cooperativas agrícolas*

Parecer nº 16/82 da Comissão Constitucional — *Leis gerais da República — Competência regulamentar das regiões autónomas.*

Resolução nº 93/82 do Conselho da Revolução.

Despacho do secretário regional da educação e cultura da região autónoma da Madeira de 3 de Julho de 1981 — *Regula o concurso para o preenchimento de vagas supervenientes no ano escolar de 1981-1982.*

Parecer nº 17/82 da Comissão Constitucional — *Reserva de competência legislativa da Assembleia da República — Regime dos direitos, liberdades e garantias — Bases do sistema de ensino — Não inconstitucionalidade orgânica de normas não inovadoras — Não confessionalidade do ensino — Separação entre as Igrejas e o Estado — Liberdade religiosa — Princípio da igualdade.*

Resolução nº 96/82 do Conselho da Revolução.

Decreto registado sob o nº 338-G/82, do Ministério da Educação e Universidades — *Regulamenta o ensino da religião e moral católicos nas escolas públicas.*