

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS EM 2002

Por JORGE MIRANDA *

SUMÁRIO

1. VOLUME DAS DECISÕES.—2. AS PRINCIPAIS DECISÕES.—3. PRISÃO PREVENTIVA, ABSOLVIÇÃO, DIREITO A INDEMNIZAÇÃO, SUSCITAÇÃO DA QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.—4. FALÊNCIA E INIBIÇÕES SOBRE O FALIDO.—5. NOTAS OFICIOSAS NA MADEIRA E LIBERDADE EDITORIAL DOS ÓRGÃOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.—6. ÓRGÃOS DE GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA DA TELEVISÃO PÚBLICA.—7. ASSISTÊNCIA MATERIAL NO DESEMPREGO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.—8. PERDA DE NACIONALIDADE, ESTATUTO DA APOSENTAÇÃO, EQUIPARAÇÃO DE ESTRANGEIROS.—9. SUJEIÇÃO DOS TRABALHADORES A EXAME DE SAÚDE OBRIGATÓRIO.—10. RENDIMENTO MÍNIMO GARANTIDO, NÃO RETROCESSO SOCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.—11. UM CASO DE RECURSO DE DELIBERAÇÕES DE ÓRGÃOS DE PARTIDOS.—12. DEMISSÃO DO GOVERNO E PROCESSO LEGISLATIVO PARLAMENTAR.—13. GOVERNOS DE GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA SAÚDE.—14. MUNDANÇA NA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL.

1. VOLUME DAS DECISÕES

1. O Tribunal Constitucional emitiu em 2002 o seguinte número de decisões, distribuídas pelos diversos tipos de competências que lhe são conferidas:

Fiscalização concreta da constitucionalidade

| | |
|--|-----|
| — Decisões sobre reclamações a respeito da admissibilidade de recursos | 67 |
| — Decisões sobre recursos: | |
| • decisões processuais | 170 |
| • decisões de mérito | 190 |
| • outras | 4 |

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Fiscalização abstracta

| | |
|---|----|
| — Decisões em fiscalização preventiva | 6 |
| — Decisões em fiscalização sucessiva | 25 |
| — Decisões em fiscalização de inconstitucionalidade por omissão | 1 |

Outras competências

| | |
|---|----|
| — Sobre partidos políticos e coligações de partidos | 8 |
| — Sobre finanças partidárias | 4 |
| — Sobre recursos de decisões de órgãos de partidos . | 3 |
| — De contencioso eleitoral | 32 |
| — Sobre declarações de património e rendimentos de titulares de órgãos do poder | 1 |

No conjunto, foram 511 acórdãos, passando a ser de 21.498 o número de decisões do Tribunal Constitucional desde a sua entrada em funcionamento em 1983.

De registar um decréscimo do número de recursos objecto de decisão final, decerto ligado às modificações processuais introduzidas em 1998. E de registar, em contrapartida, em confronto com 2001, um aumento significativo (porventura, só conjuntural e episódico) das decisões de fiscalização abstracta, preventiva e sucessiva (6 contra 1 em 2001 e 25 contra 2, respectivamente).

2. Quanto à inconstitucionalidade por omissão, apesar de ter havido um só processo findo, pelo menos pode afirmar-se que continua viva a sua fiscalização.

Ao mesmo tempo, mantém-se sensivelmente o mesmo o volume de decisões emitidas fora do contencioso de normas jurídicas, sejam de Direito eleitoral sejam de Direito dos partidos.

2. AS PRINCIPAIS DECISÕES

Como sempre, na actividade do Tribunal Constitucional são, em proporção muito mais que nas outras áreas, os acórdãos emitidos sobre questões respeitantes a direitos fundamentais e a direitos derivados.

Entre eles refiram-se:

- Acórdão n° 62/2002, de 6 de Fevereiro, e Acórdão n° 509/2002, de 19 de Dezembro (rendimento mínimo garantido).
- Acórdão n° 72/2002, de 20 de Fevereiro (perda da cidadania portuguesa, estatuto de aposentação, equiparação de direitos dos estrangeiros).

- Acórdão n.º 116/2002, de 13 de Março (prisão preventiva e absolvição, indemnização, regime da fiscalização concreta).
- Acórdão n.º 123/2002, de 14 de Março (contratação colectiva, pensões de reforma).
- Acórdão n.º 137/2002, de 3 de Abril (garantias de processo penal).
- Acórdão n.º 169/2002, de 17 de Abril (aplicação de lei penal no tempo, lei penal que transforma um crime público em semipúblico).
- Acórdão n.º 177/2002, de 23 de Abril (penhora de prestações periódicas pagas a título de aposentação, segurança social, dignidade da pessoa humana).
- Acórdão n.º 192/2002, de 8 de Maio (buscas domiciliárias, inviolabilidade do domicílio, garantias de processo penal).
- Acórdão n.º 242/2002, de 29 de Maio (notas oficiosas, liberdade de expressão).
- Acórdão n.º 254/2002, de 11 de Junho (serviço público de televisão).
- Acórdão n.º 275/2002, de 19 de Junho (uniões de facto, indemnização por danos não patrimoniais, princípio da igualdade).
- Acórdão n.º 291/2002, de 3 de Julho (intervenção do Ministério Público em processo penal).
- Acórdão n.º 313/2002, de 3 de Julho (prescrição do procedimento criminal, competência do Tribunal Constitucional).
- Acórdão n.º 345/2002, de 11 de Julho (estatuto de educadores de infância e dos professores do ensino básico e secundário, acesso dos estrangeiros).
- Acórdão n.º 368/2002, de 25 de Setembro (direito e dever de protecção da saúde, intimidade da vida privada, bases de dados, participação das organizações de trabalhadores).
- Acórdão n.º 414/2002, de 10 de Outubro (falências, restrições ou inibições sobre o falido, funcionamento do mercado).
- Acórdão n.º 433/2002, de 22 de Outubro (prova gravada, garantias de processo penal).
- Acórdão n.º 437/2002, de 23 de Outubro (processo de falência, garantia de defesa).
- Acórdão n.º 439/2002, de 23 de Outubro (presunção de inocência, garantias de processo penal).
- Acórdão n.º 449/2002, de 29 de Outubro (aplicação da lei penal no tempo, contumácia).
- Acórdão n.º 474/2002, de 19 de Novembro (assistência material no desemprego aos trabalhadores da função pública, inconstitucionalidade por omissão).
- Acórdão n.º 483/2002, de 20 de Novembro (crime de propagação de doença contagiosa agravado pelo resultado, prescrição do procedimento criminal, princípio da legalidade).

- Acórdão nº 491/2002, de 26 de Novembro (sociedades dominantes, aquisição de acções ou de quotas, propriedade privada, princípio da igualdade).
 - Acórdão nº 578/2002 de 18 de Dezembro (defesa pelo próprio em processo penal, exigência de advogado).
3. No domínio da organização económica e financeira, merecem ser citados:
- Acórdão nº 110/2002, de 5 de Março (aplicação de lei constitucional no tempo, retroactividade da lei tributária).
 - Acórdão nº 115/2002, de 12 de Março (taxas e impostos, emolumentos).
 - Acórdão nº 140/2002, de 9 de Abril (Tribunal de Contas, tipo de fiscalização, entidades sujeitas à fiscalização).
 - Acórdão nº 332/2002, de 10 de Julho (reforma agrária).
 - Acórdão nº 362/2002, de 17 de Setembro (privilégios da Fazenda Nacional, registo predial).
4. No âmbito da organização do poder político, mencionem-se:
- Acórdão nº 1/2002, de 10 de Janeiro (criação de municípios).
 - Acórdão nº 36/2002, de 30 de Janeiro, e acórdão nº 65/2002 (Governos de gestão).
 - Acórdão nº 73/2002, de 20 de Fevereiro (funcionários judiciais, Conselho dos Oficiais de Justiça).
 - Acórdão nº 168/2002, de 17 de Abril (impostos, reserva de competência legislativa parlamentar).
 - Acórdão nº 225/2002, de 28 de Maio (representação do Ministério Público no Supremo Tribunal Militar, subsistência dos tribunais militares).
 - Acórdão nº 421/2002, de 15 de Outubro (recursos de decisões de órgãos de partidos políticos).
 - Acórdão nº 473/2002, de 19 de Novembro (interesse específico regional, touradas nos Açores).
5. Na área da organização e da actividade administrativas oferecem interesse:
- Acórdão nº 23/2002, de 10 de Janeiro (regime das forças de segurança).
 - Acórdão nº 33/2002, de 22 de Janeiro (processo disciplinar militar, princípio da imparcialidade da Administração).
 - Acórdão nº 141/2002, de 9 de Abril (remunerações pelo exercício de funções em órgãos de soberania).

- Acórdão n° 151/2002, de 17 de Abril (suspensão de eficácia de actos administrativos, acção para o reconhecimento de um direito).
- Acórdão n° 207/2002, de 21 de Maio (contencioso administrativo militar).

6. Finalmente, quanto à própria fiscalização da constitucionalidade:

- Acórdão n° 94/2002, de 5 de Março (decisão de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Contas).
- Acórdão n° 193/2002, de 8 de Maio (aplicação da Constituição no tempo, momento de decisão na fiscalização concreta).
- Acórdão n° 419/2002, de 15 de Outubro (conflitos de jurisprudência, recurso para o Plenário).

3. PRISÃO PREVENTIVA, ABSOLVIÇÃO, DIREITO A INDEMNIZAÇÃO, SUSCITAÇÃO DA QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

7. Certa pessoa intentou uma acção de condenação contra o Estado, com o fim de ser ressarcida dos danos resultantes da situação de prisão preventiva (por mais de dois anos) que tinha sofrido no âmbito de processo criminal, em que veio a ser absolvida, por decisão com trânsito em julgado.

A acção foi julgada improcedente pelo tribunal de comarca, em que se concluiu não ter ocorrido o erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de que dependia a aplicação da prisão preventiva, nem ter sido esta ilegal. E, como não tivesse sido dado provimento a recurso desta sentença, primeiro, para o Tribunal da Relação e depois para o Supremo Tribunal de Justiça, acabou o problema por chegar ao Tribunal Constitucional.

Aqui, porém, foi suscitada a questão prévia do não conhecimento do recurso interposto, por a recorrente não ter suscitado a questão de inconstitucionalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal que tinha proferido a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer (art. 72º, n° 2 da Lei do Tribunal Constitucional). E essa questão prévia foi atendida pelo acórdão n° 116/2002, de 13 de Março¹, votado em plenário, com quatro posições discordantes.

8. Segundo o acórdão, a recorrente, nas suas alegações perante o tribunal recorrido, teria afirmado estar preenchida, no caso concreto, a hipótese normativa do art. 225º do Código de Processo Penal; e que *a contrario*, a interpretação no sentido de não ocorrerem todos os pressupostos de aplicação desse art. 225º (num dos seus números não precisado) era des-

¹ *Diário da República*, 2ª série, n° 106, de 8 de Maio de 2002.

conforme com a Constituição. Ora, daí apenas poderia concluir-se a necessidade constitucional de uma indemnização e, mesmo quando a recorrente se referia a uma interpretação, não indicava o sentido normativo em causa.

Tal forma de referir a inconstitucionalidade de uma «interpretação» seria insuficiente para o tribunal *a quo* se aperceber de qual o exacto sentido normativo questionado na sua conformidade constitucional e, muito menos, corresponderia à exigência decorrente da jurisprudência do Tribunal Constitucional, de que esse sentido fosse enunciado de forma a que, se viesse a ser julgado inconstitucional, o Tribunal o pudesse apresentar na sua decisão em termos inequívocos tanto para os destinatários da decisão como para os operadores jurídicos em geral.

Comportando o art. 225º do Código de Processo Penal mais do que um preceito, com vários requisitos nos seus segmentos normativos, e podendo revestir-se de várias dimensões ou sentido interpretativos, susceptíveis de suscitar questões e apreciações diversas, a imputação de inconstitucionalidade apenas àquele art. 225º implicava não ter a recorrente cumprido devidamente o ónus de suscitação da inconstitucionalidade durante o processo, pelo que o Tribunal Constitucional não podia tomar conhecimento do recurso.

9. Em longa declaração de voto (da juíza Fernanda Palma, a que aderiram os demais juízes minoritários) contrapuseram-se várias razões à linha vencedora — razões, a nosso ver, inteiramente satisfatórias e formuladas em termos muito felizes.

Vale a pena transcrever —pela importância da matéria— o essencial desta declaração de voto quer no respeitante à questão prévia, quer no tocante à questão de fundo:

«A questão suscitada pela recorrente desde as alegações para o Tribunal da Relação do Porto manifesta uma dupla dimensão: a dimensão, efectivamente normativa, segundo a qual violaria a Constituição uma interpretação do artigo 225º do Código de Processo Penal que restringisse os casos susceptíveis de gerar indemnização às hipóteses de prisão formalmente ilícita e a dimensão, meramente subsuntiva, nos termos da qual o caso em apreço seria ainda um caso de prisão injustificada e manifestamente ilegal embora não tenha sido apreciado como tal pelo tribunal *a quo*.

»As duas dimensões surgem intrinsecamente conexionadas na argumentação da recorrente, mas a dimensão meramente subsuntiva, em que a recorrente apela a uma errónea aplicação pelo tribunal recorrido do artigo 225º do Código de Processo Penal, é sempre apoiada numa interpretação do preceito com um âmbito normativo diverso daquele que foi reconhecido pelo tribunal recorrido.

»O reconhecimento dessa dimensão normativa, que segundo a recorrente está ínsita no próprio artigo 225º do Código de Processo Penal, pressupõe uma verdadeira questão de constitucionalidade: a de saber se decorre obrigatoriamente da Constituição a interpretação daquele preceito legal, segundo a qual a injustificação da prisão preventiva seria necessariamente demonstrada por uma ulterior absolvição do arguido, compatível com a formal licitude da prisão preventiva.

»Assim, para a recorrente, duas alternativas se colocam relativamente ao artigo 225º do Código de Processo Penal: a de ser inconstitucional a interpretação levada a cabo pelo tribunal *a quo* e a da inconstitucionalidade *tout court* do artigo 225º, na medida em que a sua letra não seja susceptível de englobar situações em que a questão decisiva seja a da absolvição do arguido.

»Já não integram, porém, um verdadeiro plano de constitucionalidade normativa, mas apenas um problema de correcta aplicação da lei ao caso, os argumentos apresentados pela recorrente meramente orientados, na base de factos, para a comprovação de que a prisão preventiva teria sido ilegal ou injustificada, no momento da sua decretação ou manutenção.

»Todavia, este último plano é secundário na argumentação da recorrente, pois o que a leva desde as alegações para o Tribunal da Relação a discordar da decisão recorrida não é a possível relevância de factos não considerados pelo tribunal, mas uma objecção sobre os conceitos de prisão manifestamente ilegal e de prisão injustificada pressupostos pela decisão recorrida, bem como sobre os conceitos de prejuízos anómalos e de particular grávidade.

(...)

»O objecto do recurso de constitucionalidade é, portanto, descritível como a interpretação do artigo 225º do Código de Processo Penal que considera não injustificada ou manifestamente ilegal, *ipso facto*, a prisão preventiva daquele que venha a ser absolvido no julgamento. Será, por via desta compreensão, uma certa interpretação normativa do que seja prisão preventiva manifestamente ilegal e injustificada o próprio objecto do recurso. Só dessa questão poderia o Tribunal Constitucional tomar conhecimento, não podendo já controlar a correcta aplicação do Direito ao caso segundo a interpretação perfilhada pelo tribunal recorrido.

(...)».

E mais adiante:

«(...) a Constituição não pode limitar o legislador ordinário quanto ao que ele venha a entender por prisão preventiva manifestamente ilegal e injustificada, na medida em que tais qualificativos dependem dos pressupostos legais da prisão preventiva que são definidos, com alguma amplitude, pelo legislador ordinário (...).

»É já, porém, uma opção constitucional indiscutível a que se relaciona com a resposta à questão de saber se o artigo 225º do Código de Processo Penal seria inconstitucional por não contemplar todos os casos possíveis em que o arguido venha a ser absolvido (da injustificabilidade da prisão preventiva constatada *a posteriori*) restringindo, por isso, as hipóteses de indemnização a certas situações determinadas segundo critérios *ex ante*, independentemente da futura absolvição do arguido.

(...)

»A questão (...) dilucidar é, todavia, a de saber se os danos pelo risco de uma inutilidade da prisão preventiva revelada *ex post* não devem ser suportados pelo Estado em vez de onerarem, exclusivamente, o arguido. Tal questão não é apenas atinente ao regime dos pressupostos da prisão preventiva e à sua legitimidade, mas antes um problema de justiça no relacionamento entre o Estado e os cidadãos.

»Estamos, sem dúvida, perante um problema de ponderação de valores em que se questiona em que medida e com que consequências é que a privação da liberdade (em prisão preventiva) de quem veio a ser absolvido é justificada pelo interesse geral em realizar a justiça e prevenir a criminalidade. Num outro modo de abordagem, a pergunta fundamental será a de saber se é legítimo exigir-se, em absoluto e sem condições, a cada cidadão o sacrifício da sua liberdade em nome da necessidade de realizar a justiça penal, quando tal cidadão venha a ser absolvido.

»Ora, à colocação da questão neste ponto extremo terá que se responder negativamente, isto é, pela não exigência, sem limites, de um tal dever, pelo menos em todos os casos em que a pessoa em questão não tenha dado causa a uma suspeita sobre si própria, mas surja como vítima de uma inexorável lógica investigatória.

(...)

»Se o agente não foi, ele mesmo, fonte do risco da aparência de indícios da prática de um facto criminoso não poderá recair sobre si o ónus de suportar todos os custos da privação da liberdade sem qualquer posterior reparação.

(...)

»Tal contrapartida de uma ponderação de interesses que exige um dever de solidariedade manifesta-se na ordem jurídica como princípio geral, tanto pela exigência de reparação de danos como pelas limitações da própria justificação pelo estado de necessidade aos casos em que seja razoável exigir do terceiro inocente o sacrifício dos seus interesses (artigo 34º do Código Penal).

»Esta ponderação não pode deixar de ter raiz constitucional e inserir-se numa ordem constitucional de valores. Com efeito, se a Constituição admite em certos casos a sobreposição do interesse público ao individual, também tal princípio tem como geral contrapar-

tida a ressarcibilidade da lesão dos interesses e direitos individuais. Assim acontece, de modo muito claro, na expropriação por utilidade pública (artigo 22º, nº 2, da Constituição) e se revela, igualmente, no âmbito da responsabilidade por actos lícitos das entidades públicas (artigo 62º, nº 2, e 22º, respectivamente, da Constituição). Manifestações deste princípio surgem, aliás, na jurisprudência dos tribunais superiores relativamente à própria função jurisdicional (...).

»Tal princípio de reparação das lesões dos direitos individuais sacrificados num conflito de interesses em que o agente sacrificado não provocou a situação de conflito terá de valer inteiramente, por igualdade ou maioria de razão, quando o interesse sacrificado é o direito à liberdade.

(...)

»Mesmo a mais perfeita justificabilidade da prisão preventiva numa perspectiva *ex ante* não pode, em nome do carácter absoluto de uma necessidade processual, sobrepor-se ao direito do arguido —que não deu causa a essa situação por qualquer comportamento doloso ou negligente— a ser reparado dos prejuízos sofridos nos seus direitos fundamentais.

»Não deve, assim, um juízo provisório sobre a culpabilidade do arguido ser mais valioso do que um juízo definitivo de absolvição justificando, em absoluto, os danos sofridos nos seus direitos.

»Isso limitaria, do ponto de vista das consequências, o valor da presunção de inocência (...).

»Não é, apenas, a interpretação literal do artigo 27º, nº 5, que se equaciona neste problema, mas um conjunto mais amplo de princípios que formam a coerência global do Estado de Direito democrático baseado na dignidade da pessoa humana.

»A esta razão de fundo acresce a da inexplicável desigualdade entre aquele que, sendo condenado, viria a ser compensado pelo período em que cumpriu a prisão preventiva, mesmo em caso de perfeita justificabilidade *ex ante* de tal medida, através do desconto na pena de prisão em que seja condenado, e o arguido absolvido que não obteria qualquer compensação pela privação da liberdade se revelada *ex post* injustificada».

4. FALÊNCIA E INIBIÇÕES SOBRE O FALIDO

10. Segundo o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falências, a declaração de falência priva imediatamente o falido, por si ou no caso de sociedade ou pessoa colectiva, pelos órgãos que o representem, da administração e do poder de disposição dos seus bens presentes e futuros (art. 147º, nº 1). Determina também o encerramento dos livros do falido e implica a inibição para o exercício do comércio,

incluindo a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa (art. 148º, nº 1).

Estas normas foram contestadas em recurso para o Tribunal Constitucional, por ofenderem o art. 18º, nº 2 da Constituição, que só permite as restrições a direitos fundamentais nos casos expressamente previstos na Constituição.

Mas o Tribunal Constitucional, por acórdão nº 414/2002, de 10 de Outubro², não deu provimento ao recurso.

11. O Tribunal reconheceu que alguns direitos —o de livre escolha de profissão e o de propriedade (arts. 47º, nº 1, e 62º, nº 2 da Constituição)— ficavam condicionados ou afectados por aquelas normas. Não a ponto de infracção de quaisquer normas constitucionais.

Assim, quanto ao primeiro desses direitos, o preceito constitucional ressalvava «as restrições legais impostas pelo interesse colectivo»; e aqui tratava-se de medida perfeitamente justificada, atendendo ao seu fim e à incumbência do Estado de «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados» [art. 83º, alínea e) da Constituição] e, em geral, aos objectivos da política agrícola, comercial e industrial (arts. 93º e segs.).

De resto, a preocupação de justa medida do legislador leva-o a admitir a possibilidade de o falido exercer actividades comerciais, quando se verifique a necessidade de angariar os meios indispensáveis de subsistência, desde que não prejudique a liquidação da massa falida, mediante autorização do juiz (art. 148º, nº 3 do Código).

Quanto à privação de poder de administração e disposição, ela corresponderia, na execução universal e colectiva em que se traduzia o processo de falência, à situação em que ficava o executado relativamente aos bens penhorados nas execuções individuais; e seria medida absolutamente necessária para salvaguardar o acervo patrimonial do falido como garantia do pagamento dos credores.

Não poderia ser outra a conclusão.

5. NOTAS OFICIOSAS NA MADEIRA E LIBERDADE EDITORIAL DOS ÓRGÃOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

12. O Provedor de Justiça requereu a declaração de inconstitucionalidade de várias normas de diplomas legislativos da região autónoma da Madeira de 1978 e 1982, respeitantes a notas oficiosas do Governo Regional e a comunicados do presidente da Assembleia Legislativa.

² *Diário da República*, 2ª série, nº 291, de 17 de Dezembro de 2002.

A imposição aos órgãos de comunicação social de tais notas e comunicados envolveria uma restrição ilegítima da liberdade de imprensa (arts. 18º e 38º da Constituição) e, de todo o modo, a matéria cabia na competência reservada da Assembleia da República [arts. 229º, nº 1, alínea *a*) e 167º, alínea *c*) da Constituição, hoje 227º, nº 1, alínea *a*) e 165º, alínea *b*), respectivamente]. Além disso, haveria ilegalidade, por violação de princípio fundamental da lei geral da República relativa a notas oficiais, a qual só permite a sua emissão ao Governo e à Assembleia da República e em circunstâncias bem determinadas.

Notificado para se pronunciar, o presidente da Assembleia Legislativa Regional veio sustentar que a liberdade editorial dos órgãos de comunicação social tinha de se conciliar com o direito à informação dos cidadãos (art. 37º da Constituição) —no qual se fundamentariam as notas oficiosas; que a atribuição de direito de resposta e réplica política aos partidos da Oposição implicava o direito de declaração política por parte do Governo; que, embora não houvesse no diploma a explicitação de circunstâncias justificativas, as notas oficiosas sempre estariam adstritas aos princípios gerais do Direito Constitucional; que a matéria das notas oficiosas não integraria a matéria dos direitos, liberdades e garantias; e que o regime regional não era conflituante com o nacional, mas sim complementar.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 242/2002, de 29 de Maio³, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas impugnadas, embora apenas com fundamento em inconstitucionalidade orgânica.

13. A conformidade da difusão imperativa de notas obrigatórias (inclusive a nível nacional) com a Constituição já tinha sido questionada (como o acórdão recorda). Não estando nela prevista, ao contrário do que ocorria na Constituição —autoritária— de 1933 (art. 21º), faltar-lhe-ia fundamento suficiente (assim, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pág. 229, e Vital Moreira, *O direito de resposta na comunicação social*, Coimbra, 1994, págs. 168 e segs.).

Por nós, em determinadas situações ou emergências —de política externa e defesa nacional mas não de política interna— compreendemos que a lei possa impor tal difusão, contanto que sejam notas de dimensão razoável e não utilizadas para finalidades do contraditório político-partidário. Se assim for, conquanto envolvam uma restrição à liberdade editorial (não à liberdade de expressão dos jornalistas e dos órgãos de comunicação), a obrigatoriedade de publicação poderá estribar-se na prossecução do interesse público a cargo dos órgãos do Estado.

³ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 198, de 28 de Agosto de 2002.

Foi pena que o Tribunal Constitucional não tivesse aproveitado o ensejo para dilucidar este ponto, em vez de se contentar —como, de resto, tem sido sua prática recorrente— por decidir pelo mais imediato e mais fácil: a claríssima infracção pelos diplomas regionais sindicados da reserva de competência da Assembleia da República.

14. Entretanto, um aspecto importante a propósito desta questão, não se dispensou o Tribunal Constitucional de considerar, se bem que não em moldes de nossa total concordância: a delimitação das matérias de interesse específico.

O Tribunal (na linha da sua jurisprudência habitual, limitativa da autonomia) disse que não bastava uma matéria constar do Estatuto; tinha ainda de respeitar, exclusiva ou especialmente, à Região. Mas não. Como sempre temos preconizado, se aquilo se verifica (ou, desde logo, se a matéria consta do art. 228º da Constituição, introduzido em 1997), deve entender-se que se verifica interesse específico.

Tudo está em que a norma estatutária seja conforme com a Constituição, o que não sucede com a comunicação social, tratada toda ela no âmbito dos direitos, liberdades e garantias; e, por isso, só por isso, eram os diplomas regionais em causa, desde logo, inconstitucionais.

6. ÓRGÃOS DE GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA DA TELEVISÃO PÚBLICA

15. Segundo o art. 28º, nº 2, alínea *a*), da Lei nº 31-A/98, de 14 de Julho, o Conselho de Opinião do serviço público de televisão emitia parecer vinculativo sobre a composição do órgão de administração da empresa concessionária, a Radiotelevisão Portuguesa, SA.

Em 2002, pretendeu-se alterar esta norma, passando a competência do conselho de opinião a dar parecer sobre a nomeação e a destituição dos directores de programação e informação. Mas, por recear que, desaparecendo o carácter vinculativo do parecer, desaparecesse a principal ou única salvaguarda da independência do meio em causa —decorrente do art. 38º, nº 6 da Constituição— o Presidente da República exerceu o seu poder de iniciativa de fiscalização preventiva.

Pelo acórdão nº254/2002, de 11 de Junho⁴, o Tribunal Constitucional, num dos mais divididos arestos dos últimos tempos —por 6 votos contra 5— pronunciou-se pela inconstitucionalidade.

16. A questão da independência da televisão perante o poder político —ou, mais especificamente, perante o Governo— tem sido desde 1974

⁴ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 146, de 27 de Junho.

uma das mais discutidas em Portugal. Apesar de o citado preceito constitucional declarar que a estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, bem como assegurar a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião, ainda não se logrou até agora conferir-lhe concretização satisfatória.

Vários órgãos, com dominância de designação parlamentar, têm sido sucessivamente criados, ao longo da vigência da Constituição os conselhos de informação, no texto originário; o Conselho de Comunicação Social, após a revisão constitucional de 1982; a Alta Autoridade para a Comunicação Social, após a de 1989. Por outro lado, por lei ordinária (primeiro de 1992, depois de 1998) viria a ser instituído um Conselho de Opinião, formado por pessoas designadas pela Assembleia da República, pelo Governo, pelas Regiões Autónomas, pelos trabalhadores da empresa e por associações representativas da sociedade civil.

A Alta Autoridade não recebia senão o poder de intervir na nomeação e na exoneração dos directores dos órgãos de comunicação públicos, nos termos da lei. Curiosamente, mais do que isso, a Lei n° 31-A/98, de 14 de Julho, conferia ao Conselho de Opinião da RTP o já referido poder de emitir parecer vinculativo sobre os titulares dos órgãos de administração da empresa.

De todo o modo, fosse como fosse, o Tribunal Constitucional reconheceu que, eliminando essa competência do Conselho de Opinião, ficava comprometido o cumprimento da norma constitucional, por serem manifestamente inadequados ou insuficientes os outros mecanismos de controlo existentes. Não é que não pudesse haver diferente mecanismo susceptível de conduzir ao mesmo objectivo; mas nenhum era agora decretado.

Os juízes vencidos contestaram este raciocínio, achando a independência da RTP já garantida pelo próprio modelo de organização como sociedade anónima e sem tutela administrativa, pela intervenção da Alta Autoridade; e pela ampla liberdade de que gozavam os directores de programa.

O art. 38°, n° 6 operaria em múltiplos níveis, sem que dele se pudesse retirar corolários precisos e muito determinados, e tudo quanto conduzisse a estabelecer e a alargar a distância entre o sector público de comunicação social, no tocante aos conteúdos difundidos, e os poderes públicos e respectivos titulares seria já uma realização da directiva constitucional. Se o art. 39°, n° 5, quanto à Alta Autoridade nem sequer estabelecia a exigência de uma intervenção juridicamente condicionadora dos responsáveis directos pelos conteúdos, muito menos tal exigência poderia extrair-se do art. 38°, n° 6 (juiz Cardoso da Costa).

17. Mais uma vez o problema em foco era um problema de não retorno, de não retorno da margem de concretização alcançada por certo

preceito constitucional. Poderia o legislador voltar atrás nos instrumentos de salvaguarda da independência dos meios de comunicação do sector público que tivesse introduzido no sistema?

Nem o argumento tirado dos poderes da Alta Autoridade se nos afigura proceder, uma vez que, se a independência ficasse garantida através do art. 39º, nº 5, então seria redundante o art. 38º, nº 6. Porém, como para todos os preceitos jurídicos deve procurar-se o máximo sentido útil —com vista à realização da Constituição como um todo— o art. 38º, nº 6 vale por si e, como tal, requer a sua própria efectivação legislativa e administrativa⁵.

7. ASSISTÊNCIA MATERIAL NO DESEMPREGO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

18. A Constituição portuguesa considera trabalhadores para efeito quer de direitos, liberdades e garantias (arts. 53º e segs.), quer de direitos económicos, sociais e culturais (arts. 63º, 68º, 70º, 71º) todos aqueles que prestam trabalho subordinado, seja de carácter privado, seja de carácter público. Aí se inclui, portanto, a função pública, apesar de ter um regime específico [arts. 165º, nº 1, alínea t), 269º, 270º e 271º).

Um desses direitos fundamentais é o direito à assistência material, quando os trabalhadores se encontrem involuntariamente desempregados [art. 59º, alínea e)], o qual deve ser conjugado com a incumbência do Estado de organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social capaz de proteger os cidadãos no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 63º, nº 3). E, embora não sejam pequenos os problemas que ele suscita quer no plano económico-financeiro, quer no estritamente jurídico, no limite a prestação deve aproximar-se do salário mínimo, de forma a garantir uma existência condigna [art. 59º, nº 1, alínea a), e nº 2, alínea a)].

Norma não exequível por si mesma, a norma consagradora desse direito a assistência material carece de concretização legislativa e, se esta não se verificar, no todo ou em parte, determina inconstitucionalidade por omissão, sujeita a controlo jurídico (art. 283º).

Ora, se relativamente aos trabalhadores vinculados pelo contrato individual de trabalho de Direito privado, existe lei concretizadora, já relativa-

⁵ Posteriormente, pela Lei nº 18-A/2002, de 18 de Julho, a Assembleia da República, por um lado, retirou ao Conselho de Opinião o poder de emitir o parecer vinculativo alvo da decisão do Tribunal, mas, por outro lado, conferiu à Alta Autoridade idêntico poder relativamente aos directores de programas e de informação do operador público de televisão.

Este diploma não foi submetido a fiscalização preventiva.

mente aos funcionários e agentes da Administração pública falta qualquer lei. E, por isso, o Provedor de Justiça, o *Ombudsman* português (um dos órgãos, a par do Presidente da República, com poder de iniciativa daquela fiscalização), veio requerer ao Tribunal Constitucional a verificação da omissão.

O acórdão nº 474/2002, de 19 de Novembro⁶, deu provimento ao pedido do Provedor.

19. Começando por recordar a orientação doutrinal e jurisprudencial pacífica sobre a fiscalização, o Tribunal nota que, com ela não se pretende uma apreciação dos resultados globais de aplicação da Constituição, mas apenas a apreciação de uma concreta e específica situação, necessariamente demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada a que o legislador não confere exequibilidade.

A disposição constitucional em que se funda a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem de permitir determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, sem que o Tribunal se pronuncie sobre opções políticas eventualmente diversas (porque, quando as possibilidades deixadas pela Constituição ao legislador ordinário são praticamente ilimitadas, o Tribunal não pode, por critérios jurídicos, apurar o incumprimento do dever de legislar).

Tal seria o caso da norma respeitante ao direito à assistência material no desemprego, concreta e específica imposição legiferante, com grau de precisão suficientemente densificado, sem prejuízo de larga margem conformadora do legislador ordinário: este, se não poderia deixar de prever a existência de uma prestação social aos que se encontrassem involuntariamente no desemprego, poderia optar entre diferentes formas organizatórias e entre distintos critérios de fixação do montante dessa prestação.

Daí descendo ao exames das situações mencionadas pelo Provedor de Justiça e ao exame da legislação pertinente, o Tribunal concluiu que, efectivamente, um caso avultava em que os trabalhadores da Administração pública podiam ser colocados em desemprego involuntário, sem beneficiarem de qualquer prestação específica para lhe fazer frente. Seria a situação do pessoal cuja situação jurídica se tivesse constituído por contrato administrativo de provimento. Donde, pois, uma omissão parcial, cuja relevância —até pelo decurso do tempo desde a feitura da norma constitucional— exigia um juízo de inconstitucionalidade.

20. A situação assim levada ao Tribunal e a decisão tomada são bem elucidativas do bem fundado da tese de que a violação do princípio da igualdade deve ser encarada com soluções adequadas à realidade constitu-

⁶ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 292, de 18 de Dezembro de 2002.

cional e à luz ainda de um princípio da protecção de confiança dos destinatários das normas.

Pois, quando já haja algum cumprimento de norma constitucional, em vez de declarar a inconstitucionalidade dessa norma, justifica-se muito mais procurar a concretização daquilo que falta —se possível, através de sentença aditiva; senão através do reconhecimento de omissão, utilizando, para tanto, como agora se fez, os mecanismos de fiscalização do art. 283º.

Dir-se-á que estes mecanismos são platónicos, porque a verificação da existência de omissão apenas autoriza o Tribunal a dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente (art. 283º, nº 2 da Constituição). Não são tão platónicos, como pode supor-se, porque a experiência portuguesa mostra que quase sempre, de seguida, o legislador se tem sentido adstrito, por força desse verdadeiro impulso legiferante, a corrigir a sua falta.

Problema diverso vem a ser o da escassez de pedidos de fiscalização. Mas esses têm que ver com os critérios dos órgãos de iniciativa.

8. PERDA DE NACIONALIDADE, ESTATUTO DA APOSENTAÇÃO, EQUIPARAÇÃO DE ESTRANGEIROS

21. O Provedor de Justiça requereu a declaração de inconstitucionalidade da norma do art. 82º, nº 1, alínea *d*) do Estatuto da Aposentação, por esta erigir a cidadania portuguesa em condição *sine qua non* para constituição ou manutenção da situação jurídica de aposentado, contrariando o princípio geral da equiparação de direitos com os portugueses de estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal declarado no art. 15º da Constituição.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 72/2002, de 20 de Fevereiro⁷, decidiu, por unanimidade, dar provimento ao pedido. Aplaudimos a decisão.

22. O acórdão parte de uma ideia irrecusável: que o direito à aposentação é uma manifestação do direito à segurança social reconhecido a «*todos*» no artigo 63º da Constituição. Radicado no princípio da dignidade da pessoa humana, insito nos artigos 1º e 2º da mesma Constituição, este direito à segurança social visa assegurar, designadamente, àqueles que terminaram a sua vida laboral activa, uma existência humanamente condigna.

O direito à aposentação é, de algum modo, o direito à segurança social dos funcionários e agentes da Administração Pública. E, nesta perspectiva, deixa de ser decisiva a circunstância de a situação jurídica dos aposentados incluir elementos do estatuto da função pública, para assumirem maior relevância outras considerações.

⁷ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 62, de 24 de Março de 2002.

Vale por dizer que o fundamento da diferença de tratamento entre nacionais e não nacionais não é material e racionalmente justificado, à face do art. 15°. Por outro lado, embora as pensões dos aposentados da função pública sejam em larga medida suportadas pelo Estado, certo é que, ao longo de toda a sua carreira no activo, o funcionário ou agente vai contribuindo com o pagamento de quotas para a Caixa Geral de Aposentações, para vir a auferir, na situação de aposentado, a sua pensão de aposentação.

Ora, seria injusto que esse funcionário ou agente, tendo participado para o seu sub-sistema da segurança social da função pública durante todo o tempo em que exerceu funções, perdesse, apenas por ter deixado de ser português, os correspondentes direitos, em particular, o direito à pensão, núcleo essencial desses direitos, cuja usufruição representa, na maioria dos casos, o meio principal de assegurar ao aposentado uma existência humanamente condigna.

9. SUJEIÇÃO DOS TRABALHADORES A EXAME DE SAÚDE OBRIGATÓRIO

23. O Procurador-Geral da República solicitou a declaração de inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n° 26/94, de 1 de Fevereiro (com as alterações introduzidas pela Lei n° 7/95, de 29 de Março, que impõem exames de saúde aos trabalhadores, organizados pelas entidades patronais, ficando as observações clínicas relativas aos exames anotadas em fichas próprias. Tais normas, para além de outros vícios, instituiriam relevantes restrições ao núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada, criariam um mecanismo coercivo e permitiriam a criação de bases de dados sem fiscalização.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão n° 368/2002, de 25 de Setembro⁸, não deu provimento ao pedido, na base de uma longa e bem articulada linha argumentativa.

A matéria é de extremo melindre, como ressalta do resumo que a seguir vamos fazer. Há zonas de fronteira, que só não serão ultrapassadas para o lado da inconstitucionalidade, se for possível —contra quaisquer factores de constrangimento e de desigualdade de facto nas relações de trabalho— manter uma interpretação restritiva e razoável como a adoptada pelo Tribunal.

24. Segundo o acórdão, a submissão juridicamente obrigatória a exames ou testes clínicos —destinados a recolher dados relativos à saúde, os quais integram necessariamente dados relativos à vida privada— poderia,

⁸ *Diário da República*, 2ª série, n° 247, de 25 de Outubro de 2002.

em certos casos e condições, ser tida como admissível, tendo em conta a necessidade de harmonização do direito à intimidade da vida privada com outros direitos ou interesses legítimos constitucionalmente reconhecidos (v.g., a protecção da saúde pública ou a realização da justiça).

No âmbito das relações laborais, o direito à protecção da saúde, a todos reconhecido no artigo 64º, nº 1 da Constituição, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não poderiam deixar de credenciar suficientemente a obrigação para o trabalhador se sujeitar, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar que ele não representaria um risco para terceiros: por exemplo, para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público pudessem vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma actividade perigosa; ou para evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros, propiciadas pelo exercício da actividade profissional do trabalhador.

Impor-se-ia, sim, que a obrigatoriedade dessa sujeição se não revelasse, pela natureza e finalidade do exame de saúde, como abusiva, discriminatória ou arbitrária.

Nesta conformidade, e recorrendo ao preceituado nas disposições combinadas dos arts. 59º, nº 1, alínea c), e 64º, nº 1 da Constituição, e ainda do art. 59º, nº 2, alínea c) da mesma Lei Fundamental, a obrigatoriedade de sujeição a exame médico poderia radicar-se na própria necessidade de verificar —no caso de trabalhadores mais débeis, designadamente as «mulheres durante a gravidez e após o parto», bem como os «menores», os «diminuídos» e os que «desempenhem actividades particularmente violentas ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas»— que a prestação de trabalho decorria sem risco para o próprio trabalhador (pois a protecção do trabalhador e a eliminação das nocivas sequelas sociais da sua des-protecção constituem historicamente o próprio cerne da razão de ser da existência de uma legislação do trabalho baseada em disposições imperativas que conferem aos trabalhadores direitos e regalias a que eles não podem renunciar).

Tendo em conta as indiscutíveis e significativas repercussões sociais das doenças profissionais e dos acidentes de trabalho —podendo estes ser inclusivamente provocados pela inadequação ao posto de trabalho, em função do estado de saúde do trabalhador— não repugnaria igualmente admitir que o legislador, com base nos arts. 59º, nº 1, alínea c), e 64º, nº 1, impusesse a realização de um exame de saúde com carácter periódico. E isto até porque, devendo a entidade patronal propiciar ao trabalhador a efectivação de um tal exame, se o trabalhador pudesse livremente a ele se eximir, não ficaria assegurado que uma tal renúncia se não ficasse a dever a sugestão, influência ou pressão da própria entidade patronal.

O que seria de exigir é que esse exame se contivesse no estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação de alterações na saúde do trabalhador causadas pelo exercício da sua actividade profissional e à determinação da aptidão ou inaptidão física ou psíquica do trabalhador para o exercício das funções à correspondente categoria profissional, para defesa da sua própria saúde. Ou seja, o exame de saúde obrigatório teria de se adequar, com precisão, ao fim prosseguido.

Tão pouco seria possível entender que o diploma em apreço permitia que se criasse um banco de dados sobre o estado de saúde dos trabalhadores no âmbito da própria empresa empregadora, em violação do preceituado no art. 35º da Constituição, em face das modificações legislativas entretanto produzidas.

Finalmente, ainda conforme o acórdão, não haveria ofensa à liberdade de escolha de profissão, visto que a inaptidão da trabalhador para o exercício de certa profissão ou género de trabalho por motivos relacionados com a própria saúde física ou psíquica se integraria necessariamente nas restrições admissíveis, à luz do art. 47º da Constituição, por serem «inerentes à sua própria capacidade».

Logo, tal restrição se apresentaria como desproporcionada, tendo em conta a referida interpretação jurisprudencial.

Nem se tornaria exigível qualquer meio específico de impugnação do acto médico em causa, na medida em que o parecer do médico não era vinculativo para a entidade patronal, o que significava que a afectação de eventuais direitos ou interesses dos trabalhadores sempre resultaria de actos jurídicos praticados pela mesma entidade; e relativamente a estes actos praticados pela entidade patronal, o trabalhador teria todos os direitos de defesa que a legislação do trabalho lhe garante.

10. RENDIMENTO MÍNIMO GARANTIDO, NÃO RETROCESSO SOCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

25. A Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, tinha criado uma prestação não contributiva de segurança social, designada por rendimento mínimo garantido, a que teriam acesso os indivíduos maiores de 18 anos sem rendimentos próprios ou do agregado familiar superiores aos por ela definidos.

Visando revogar esta lei, a Assembleia da República aprovaria um novo diploma, em que o agora chamado rendimento social de inserção passaria a ser atribuído, doravante, a partir dos 25 anos.

Recebido o novo diploma para promulgação, o Presidente da República submeteu-o à fiscalização preventiva de constitucionalidade, por ter dúvidas sobre se tal restrição objectiva da titularidade do direito em causa seria constitucionalmente fundada e feita com observância das normas e

princípios constitucionais. E tanto mais quanto, tendo a Lei nº 50/88, de 19 de Abril, e legislação complementar (que regulava o subsídio de inserção de jovens na vida activa), sido revogada pela legislação instituidora do rendimento mínimo garantido, e não tendo sido reprimada, nem substituída por qualquer compensação afim, se verificaria neste domínio, uma desprotecção objectiva da generalidade das pessoas de idade inferior a 25 anos, constituindo, objectivamente, para essa faixa etária, uma regressão na protecção social correspondente aos tempos anteriores a 1988

O rendimento mínimo garantido ou o rendimento social de inserção constituiria uma concretização do direito de todos os cidadãos à segurança social, com a correspondente incumbência do Estado de organizar um sistema destinado a protegê-los em quaisquer situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 63º, nº 3 da Constituição). Ora, quando, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado fosse realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixaria de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos.

O Estado não poderia afectar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados como o princípio da confiança (próprio do Estado de Direito) ou, mais especificamente, no caso, o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais.

O Tribunal Constitucional, pelo seu acórdão nº 509/92, de 19 de Dezembro, daria razão ao Presidente da República, embora com fundamentos diversos daqueles que ele, assim, havia invocado.

26. O acórdão começa por analisar a problemática da proibição de retrocesso —a qual se coloca tanto perante direitos sociais como perante liberdades fundamentais— convergindo com a doutrina na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implicaria certas distinções.

Aí, por exemplo, onde a Constituição contivesse uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que fosse possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. acórdão nº 474/2002), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção atingido seria necessariamente mínima, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão —como aconteceu no caso tratado no acórdão nº 39/84 (sobre serviço nacional de saúde). Noutras circunstâncias, porém,

a proibição do retrocesso social apenas poderia funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática inculcaria a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

O Tribunal já tivera, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no acórdão nº 101/92, parecia ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos. Mas, no caso vertente, seria de excluir uma alteração redutora do direito violadora do princípio da protecção da confiança, porquanto o artigo 39º do diploma em apreço procede a uma expressa ressalva dos direitos adquiridos.

Por outro lado, não haveria uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, apenas uma reformulação do seu âmbito de aplicação. Um certo grupo de cidadãos ficaria dele excluído para o futuro; todavia, nessa perspectiva, só se poderia falar, em bom rigor, em violação da proibição do retrocesso social pressupondo-se, desde logo, que uma tal exclusão colidiria com o conteúdo mínimo desse direito.

Ora, o legislador não estará impedido de proceder a uma distinção em razão da idade, se esta pudesse ser tida como factor relevante para a adopção de instrumentos jurídicos alternativos ao rendimento social de inserção, sublinhando-se aí certos e determinados objectivos específicos que se visasse atingir relativamente ao grupo social dos jovens entre os 18 e os 25 anos. E parecia razoável admitir que, relativamente aos jovens, se procurasse dar inteira prioridade à sua preparação para uma plena integração na vida social, dando particular ênfase à formação profissional, à aprendizagem e ao estabelecimento de condições para um primeiro emprego —conforme prescreve o art. 70º da Constituição, o qual constituiria credencial constitucional bastante para que lhes fosse aplicável um regime que traduza, nesse domínio, uma discriminação positiva.

Já não seria possível é discriminar os jovens negativamente, excluindo-os da titularidade do rendimento social de inserção e não prevendo instrumentos suficientes de natureza alternativa.

A questão decisiva seria, afinal, a de saber se existe uma garantia constitucional a um mínimo de existência condigna, numa dupla vertente negativa e positiva.

A dimensão negativa consistiria no direito a não ser privado do que se considere essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna. A dimensão positiva no direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de

prestações, em nome do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição).

O legislador, por certo, gozaria da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Pressuposto seria que as suas escolhas assegurassem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos.

Considerando, todavia, os instrumentos actualmente existentes no Direito português destinados especificamente a promover a integração dos jovens na vida activa ou a sua formação profissional, verificava-se que nenhum deles lhes conferia qualquer direito em situação de carência, ou lhes assegurava a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos. E, sendo assim, importaria concluir que a norma atingia o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana. Donde, a sua inconstitucionalidade.

27. Contra a decisão votaram cinco dos juízes, com razões complementares:

- Afastada ou desvalorizada a argumentação aduzida pelo Presidente da República, teria vindo o Tribunal a detectar um vício exterior ao diploma (a falta de normas a garantir aos menores de 25 anos o direito a uma existência condigna), convertendo uma eventual inconstitucionalidade por omissão em inconstitucionalidade por acção (juiz Pamplona de Oliveira).
- Não teria ficado demonstrada a ausência de instrumentos alternativos dotados de um mínimo de eficácia jurídica (juíza Maria dos Prazeres Beleza e juiz Bravo Serra).
- O direito a exigir do Estado uma prestação positiva para salvaguardar a dignidade humana seria, por natureza, diferente de pessoa para pessoa e de idade para idade; e os menores de 25 anos tenderiam a estar integrados em famílias e as suas necessidades seriam, essencialmente, as de inserção na comunidade de emprego (juiz Benjamin Rodrigues).
- Seria problemático passar de um dever do Estado de promover condições para a realização de um limiar mínimo de existência condigna para um direito com identidade e consistência bastantes; seriam muito residuais as situações não abrangidas pelo novo diploma; mas, ainda que ocorresse omissão, não deveria ir-se além do correspondente juízo que, para tanto, careceria de processo próprio (juiz Cardoso da Costa).

28. Que dizer deste acórdão?

Concordando com a decisão, por nós tenderíamos a emprestar-lhe maior força argumentativa com elementos, de resto, que no itinerário seguido pelo Tribunal. No entanto, compreendemos que o acórdão, na procura de um mínimo denominador comum que permitisse fazer vencimento, tivesse realçado como fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

O Tribunal, mais de uma vez, já havia extraído daquela ideia consequências importantes no domínio da habitação, dos salários e das pensões (conforme referimos em anteriores crónica de jurisprudência). Todavia, porque agora estava em causa não tanto a dimensão negativa quanto a dimensão positiva do direito a um mínimo de existência, mais consistente e incisivo seria apelar também para o princípio do não retorno de concretização ou de não retrocesso de direitos sociais. Mas se assim ficaria reforçada a conclusão de inconstitucionalidade, em contrapartida, ela poderia não ser sufragada pela maioria dos juízes.

O percurso que preferiríamos que tivesse sido seguido não deixaria de arrancar do princípio da dignidade da pessoa humana. Simplesmente, por o direito a um rendimento mínimo garantido poder configurar-se como direito fundamental, ele beneficiaria do regime dos direitos fundamentais e, portanto, ficaria defendido de orientações como aquela que, em parte, o novo diploma vinha introduzir.

29. A República Portuguesa baseia-se na dignidade da pessoa humana e empenha-se na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º da Constituição e art. 1º da Declaração Universal, critério de interpretação e integração das suas normas segundo o art. 16º, nº 2). Eis a fonte de todos os direitos fundamentais.

Essa dignidade é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege; é a pessoa com mais ou com menos de 25 anos de idade.

Daí, designadamente não só a inviolabilidade da vida humana, inclusive contra a pena de morte (art. 24º) como as garantias especiais dos salários (art. 59º, nº 3), a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (art. 63º, nº 3), o direito a habitação que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar (art. 65º, nº 1), a especial protecção das crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar e normal (art. 69º, nº 2), a realização plena das pessoas com deficiência (art. 71º, nº 1), etc.

30. Por outro lado, os direitos constantes da Constituição não excluem quaisquer outros constantes da lei e das regras aplicáveis de Direito

internacional (art. 16º, nº 1) e esta prescrição vale também no concernente aos direitos económicos, sociais e culturais.

Poderia supor-se que não, por os direitos sociais inculcarem intervenções do Estado, compressivas ou potencialmente compressivas dos direitos de liberdade. Ora, apenas faria sentido aumentar a liberdade para além da Constituição (e da lei), não outros interesses e aspirações; só faria sentido procurar cada vez maior limitação do poder público, não estimular maior acção desse mesmo poder.

Não seguimos tal opinião. Em nosso entender, os direitos económicos, sociais e culturais (ou os direitos que neles se compreendam) podem e devem ser dilatados ou acrescentados para além dos que se encontrem declarados em certo momento histórico —precisamente à medida que a solidariedade, a promoção das pessoas, a consciência da necessidade de correcção de desigualdades (como se queira) vão crescendo e penetrando na vida jurídica. E porque esses direitos (ou grande parte deles) emergem como instrumentais em relação aos direitos, liberdades e garantias, não há então que temer pela liberdade: desde que não se perca, em nenhum caso, o ponto firme representado pelos direitos, liberdades e garantias assegurados pela Constituição, quanto mais solidariedade mais segurança, e quanto mais condições de liberdade mais adesão à liberdade.

Dois exemplos bastam para o comprovar. O art. 74º, nº 2, alínea *a*), da Constituição incumbe o Estado de assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito; ora, não só a duração do ensino básico tem sido alargada ao longo da vigência da Constituição como não poderia considerar-se inconstitucional a obrigatoriedade do ensino secundário ou da educação pré-escolar. E o mesmo se diga, justamente, do rendimento mínimo garantido criado pela Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho.

31. Os direitos económicos, sociais e culturais carecem, todos ou quase todos, de normas legais concretizadoras ou conformadoras para atingirem as situações da vida. Verifica-se uma integração dinâmica das normas constitucionais e das normas legais, de tal sorte que os direitos sociais só se tornam plenamente actuantes através de direitos derivados a prestações.

Logo, não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.

Não se visa com isto revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias institucionais. Essas normas continuam modificáveis como quaisquer outras normas ordinárias, sujeitas a controlo da

constitucionalidade e susceptíveis de caducidade em caso de revisão constitucional (sem prejuízo de limites materiais). Nem sequer vêm a prevalecer sobre outras normas ordinárias; como tais, nenhuma consistência específica adquirem.

Do que se trata é de, na vigência das mesmas normas constitucionais, impedir a abrogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema. O legislador, de acordo com os seus critérios e as legítimas opções provenientes do eleitorado, pode adoptar tempos, modos e conteúdos de concretização; nem poderia deixar de assim ser por força da regra da alternância democrática (arts. 10º, nº 1, 114º, etc.). Nada obriga, por exemplo, a que o serviço nacional de saúde (art. 64º) ou o sistema de ensino (arts. 74º, 75º e 76º) tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas. O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço, tal sistema ou tal rendimento.

Naturalmente, a médio ou a longo prazo, o não retrocesso social não se garante tanto através de medidas jurídicas quanto através da sua sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico colectivo. Mas muito menos pode alegar-se uma menor sedimentação para negar ou subverter na prática qualquer direito e retirar efectividade a qualquer norma ou instituto constitucional.

São coisas diferentes a dependência dos direitos sociais da realidade constitucional e a dependência de normas jurídicas. Só se consegue promover a efectivação dos direitos mediante a criação ou a restauração das indispensáveis condições económicas, administrativas e políticas; ela postula, porém, sempre a subsistência das normas legais concretizadoras —sejam elas quais forem— dimanadas para cumprimento da Constituição.

32. Objectar-se-á que direito a um rendimento mínimo garantido não se acha nessas condições, por se tratar de um direito criado por lei e não pela Constituição (ou directamente pela Constituição).

Não é bem assim. Independentemente de, pelo contrário, se elevar a protecção contra todas as situações de falta de meios de subsistência (art. 63º, nº 3 da Constituição) a direito fundamental como elemento do direito à segurança social (art. 63º, nº 1) e de com ele se identificar o direito a um rendimento mínimo, não vemos motivo para não aplicar o princípio do não retorno a direitos criados por lei ao abrigo de cláusula aberta (do citado art. 16º, nº 1).

Porque estamos diante de um direito fundamental, por reflectir o sentido próprio da Constituição material, e como a sua formulação representa mais um patamar na realização desta, torna-se difícil ou inadmissível que ele possa vir a ser suprimido, salvo revisão constitucional ou, porventura, situação excepcional (não verificada, evidentemente, neste caso).

Claro está, ainda, o diploma de 2002 não vinha suprimir o rendimento mínimo garantido, apenas lhe fixava novo regime —o que era perfeitamente conforme com os princípios constitucionais. Mas a exclusão do seu âmbito de toda uma categoria de cidadãos não deixava de ser um retrocesso — um retrocesso parcial e não tanto uma discriminação contra os menores de 25 anos, ao invés do que pretendia o Presidente da República no seu requerimento ao Tribunal Constitucional.

33. Da exclusão de entre os beneficiários do rendimento mínimo de certas pessoas resultava uma omissão; esse o resultado do retrocesso verificado. Isso não significava que o processo de fiscalização em curso no Tribunal Constitucional viesse a convolar-se em processo de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, como sugeriram alguns dos juízes minoritários.

A omissão é consequente, não é antecedente. A omissão não surge por si mesma, não era perguntado ao Tribunal Constitucional se certa norma constitucional não exequível por si mesma —a respeitante à segurança social— estava ou não a ser concretizada. O que se lhe perguntava era se de certa e determinada decisão legislativa decorria ou não uma omissão; e essa indagação situava-se (como bem entendeu o acórdão) no âmbito da inconstitucionalidade por acção.

Seja como for, não é a primeira vez que se regista na nossa jurisprudência constitucional interpenetração ou interdependência da inconstitucionalidade or acção e inconstitucionalidade por omissão, enfrentada nem sempre da mesma forma, embora quase sempre com soluções constitucionalmente adequadas e atentas às realidades fácticas subjacentes.

11. UM CASO DE RECURSO DE DELIBERAÇÕES DE ÓRGÃOS DE PARTIDOS

34. A revisão constitucional de 1997 aditou às competências do Tribunal Constitucional a de julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis [nova alínea *b*) do art. 223º, nº 2 da Constituição].

E, não tendo até agora sido actualizada a lei dos partidos (que remonta a 1974, logo após a revolução e ainda antes da Constituição), viria a ser a Lei do Tribunal Constitucional (modificada para o efeito em 1998) a regulamentar a matéria, considerando recorríveis as decisões punitivas tomadas em processo disciplinar, as deliberações que afectem, directa e pessoalmente, os direitos de participação dos militantes e as que violem gravemente as regras essenciais relativas à competência ou ao funcionamento democrático do partido (art. 103º-D).

O fundamento do recurso há-de ser a violação de lei ou de regra estatutária, nos dois primeiros casos, ou, no terceiro caso, a violação de regras es-

senciais (devido entender-se as constitucionais dos arts. 51º e 113º). O processo é também regulado pela lei do Tribunal Constitucional (art. 103º-C).

35. Ao abrigo da Constituição e da lei, três militantes do Partido Comunista Português intentaram acção de impugnação e deduziram pedido de suspensão de eficácia relativamente a medidas sancionatórias contra eles decretadas pelo órgão do partido.

O Tribunal Constitucional não conheceu desses pedidos, por não terem sido esgotados todos os meios de impugnação previstos nos estatutos para apreciação da validade e da regularidade das decisões punitivas. Assim decidiu pelo acórdão nº 361/2002, de 21 de Agosto, e, em recurso deste, pelo acórdão nº 421/2002, de 15 de Outubro⁹.

12. DEMISSÃO DO GOVERNO E PROCESSO LEGISLATIVO PARLAMENTAR

36. Na sequência dos resultados de eleições locais, o 14º Governo Constitucional apresentou a sua demissão ao Presidente da República, o qual a aceitou.

O decreto do Presidente teve a data de 17 de Dezembro de 2001, mas a edição do jornal oficial (*Diário da República*) em que foi publicado só foi distribuída em 26. E poderia perguntar-se então a partir de que data se tornara efectiva a demissão —o que não era (nem é) irrelevante, em virtude de a Constituição prescrever a caducidade das propostas de lei dos Governos demitidos (art. 167º, nº 6).

Foi essa questão que o próprio Presidente da República submeteu ao Tribunal Constitucional, em fiscalização preventiva, a propósito de determinado diploma aprovado pelo Parlamento em 20 daquele mês —quer dizer, entre a data do decreto presidencial e a da distribuição do jornal oficial.

O Tribunal Constitucional, pelo acórdão nº 36/2002, de 30 de Janeiro¹⁰, pronunciou-se pela inconstitucionalidade.

37. Sempre se tem entendido (ainda antes de 1976) que os actos do Presidente da República de carácter decisório tomam a forma de decreto e a Constituição estatui que eles são publicados no jornal oficial, sob pena de ineficácia [art. 119º, nº 1, alínea *d*), e nº 2]. Do mesmo passo, o Tribunal Constitucional —na esteira da doutrina maioritária— tem preferido a data da distribuição à data nominalmente constante do *Diário da República*.

⁹ *Diário da República*, 2ª série, nº 302, de 31 de Dezembro de 2002.

¹⁰ *Diário da República*, 1ª série-A, nº 45, de 22 de Fevereiro de 2002.

Todavia, no presente acórdão, depois de distinguir actos normativos e actos não normativos, o Tribunal considerou que estes —em particular, actos praticados pelo Presidente da República nas relações com outros órgãos— não poderiam deixar de ter eficácia reportada até ao momento anterior ao da sua publicação.

Ao aceitar a demissão do Governo, o Presidente da República teria logo feito uma opção política determinante para a vida do País, reconhecendo, ao menos implicitamente, a necessidade de novas soluções governativas. A data de assinatura seria ainda uma escolha e um sinal de que ele pretendia que a demissão do Governo produzisse efeitos imediatos.

Nem deveria invocar-se a imponderação da «exterioridade» da Assembleia da República (autora da norma sujeita a controlo), configurada como um «terceiro», por dois motivos: 1º) porque a decisão presidencial só indirectamente afectaria acto da Assembleia; 2º) porque não se justificaria estender até aqui os imperativos de segurança jurídica que exigem a cognoscibilidade do Direito —pelo contrário, a solidariedade institucional e a lealdade política entre órgãos de soberania dispensariam modos de relacionamento sem publicação através do *Diário da República*. Donde a inconstitucionalidade dos diplomas da Assembleia aprovados depois do acto presidencial.

38. Foram aditadas três declarações de voto divergentes.

Haveria que ressaltar o conhecimento oficial do acto do Presidente da República pelo Parlamento e pelo Governo, através de um meio de comunicação oficial, e não através da comunicação social. Embora o acto de demissão não fosse um acto normativo, ele desencadearia, enquanto acto-condição e acto-pressuposto consequências normativas por via de redução das competências do Governo e da caducidade das suas propostas de lei. Uma coisa é a deslegitimação política do Governo no momento em que ocorrem os actos previstos no art. 195º da Constituição, outra coisa a produção dos seus efeitos jurídicos (juíza Maria dos Prazeres Beleza).

Os decretos do Presidente da República constam do elenco de actos sujeitos a publicação no jornal oficial e a relevância jurídica da data de distribuição valeria, logicamente, para todos esses actos. A não ser assim, verificar-se-ia uma restrição retroactiva do poder do Parlamento de aprovação de propostas de lei do Governo (juiz José de Sousa e Brito).

Estando em causa um acto de comunicação de um órgão de soberania e acto de eficácia externa, a produção dos seus efeitos havia de depender do seu conhecimento pelos outros órgãos de soberania. A aceitar-se a noção de notoriedade pública da demissão, até se prescindiria do decreto presidencial; e, de resto, se era público e notório que o Presidente havia aceite a demissão do Governo, não era público e notório que tivesse assinado o decreto em 17 de Dezembro (juíza Maria Helena Brito).

39. Parecem-nos mais convincentes os argumentos aduzidos nos votos de vencido.

Por um lado, porque não descortinamos nenhuma base para distinguir, no tocante à publicação, entre categorias de actos jurídico-públicos. A segurança jurídica —tomada em sentido objectivo, e não só subjectivo— importa tanto para actos normativos como para actos políticos.

Em contrapartida, sim, deve distinguir-se entre efeitos puramente políticos e efeitos estritamente jurídicos do acto do Presidente. O que estava em causa não era a quebra da relação institucional Presidente da República-Governo, registada com a aceitação do pedido de demissão do Primeiro-Ministro. O que estava em causa era o decurso normal de um procedimento parlamentar, que —também por razões de economia jurídica— só poderia ser afectado pelo acto jurídico do Presidente indissociável da publicação.

13. GOVERNOS DE GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA SAÚDE

40. Aceite o pedido de demissão do Governo em Dezembro de 2001 o Presidente da República, por verificar que não havia a possibilidade de novas soluções governativas com a composição existente do Parlamento decretou a sua dissolução. Mas, naturalmente, até à abertura da Câmara a sair das eleições, o Governo continuaria em funções, limitado à prática dos «actos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos» (art. 186º, nº 5 da Constituição).

Em Janeiro seguinte, o Governo aprovou um diploma relativo à administração da saúde, com duas alterações principais no confronto do regime jurídico procedente: redução da participação de médicos e enfermeiros na escolha dos directores técnicos dos hospitais e dos centros de saúde e sujeição, doravante, da contratação de bens e serviços, nesses estabelecimentos, às regras de Direito privado em vez de sujeição às regras da Administração pública.

Recebido pelo Presidente da República, este submeteu-o a fiscalização preventiva por estimar serem significativas tais alterações, ainda que o Governo (chamado a pronunciar-se, no processo contraditório próprio de fiscalização abstracta) as viesse justificar pôr razões de ordem financeira.

Pelo acórdão nº 65/2002, de 8 de Fevereiro¹¹, o Tribunal Constitucional decidiu pela não inconstitucionalidade do diploma governamental.

41. Não era a primeira vez que o Tribunal se debruçava sobre a questão dos poderes de Governo demitido. Já o fizera nos acórdãos nºs 56/84,

¹¹ *Diário da República*, 2ª série, nº 51, de 1 de Março de 2002.

142/85, 427/87, 2/88 e 111/88, em ocasiões semelhantes, apontando os seguintes critérios:

- a) Que «gestão dos negócios públicos» não equivale a mera gestão corrente ou de manutenção do funcionamento da administração.
- b) Que gestão dos negócios públicos não se reduz à prática de actos administrativos; pode abranger actos de todas as competências do Governo, incluindo as políticas e as legislativas.
- c) Que estrita necessidade implica inadiabilidade (ou urgência) à luz do interesse público —até porque um Governo demitido pode arrastar a sua existência por um tempo mais ou menos longo.
- d) Que estrita necessidade implica também proporcionalidade, ou seja, que o acto a praticar esteja em relação directa e adequada com o problema a resolver.
- e) Que, por isso, os actos —designadamente, os políticos e os legislativos— devem ser fundamentados.

A relativa novidade do acórdão consiste na afirmação de que, não lhe cabendo um controlo de natureza política ou técnica, não podia o Tribunal Constitucional ir além da apreciação de uma eventual incongruência ou falta de procedência dos fundamentos, aferido pela desadequação entre os fins enunciados e as medidas propostas. Somente nos casos em que houvesse vinculação jurídica a um objectivo ou a um meio, poderia ser de modo diverso.

42. O Tribunal considerou justificado o diploma, por ele se orientar para a eliminação de constrangimentos a uma gestão de tipo empresarial e por representar o compromisso assumido, em nome da consolidação das finanças públicas, no Programa de Estabilidade e Crescimento para 2002-2003 apresentado à União Europeia.

Não restariam dúvidas nem acerca da vinculação internacional deste Programa, nem sobre o peso que as medidas previstas no diploma haviam tido na elaboração do orçamento de Estado para 2002. A mudança no sistema de designação dos directores técnicos dos hospitais e dos centros de saúde estava também ligada à necessidade de corrigir gastos excessivos e desperdícios.

O Tribunal não podia asseverar que as medidas legislativas propostas não fossem as mais apropriadas. Apenas podia reconhecer que elas se continham dentro dos parâmetros mínimos definidos pelo princípio da proporcionalidade.

Mas esta retórica argumentativa seria contestada em duas declarações de voto de vencido (dos juízes Guilherme da Fonseca e Maria Fernanda Palma), por traduzir uma visão restritiva dos poderes de controlo ou de

cognição do Tribunal, dando por demonstradas (*ex ante*) relações de causalidade entre verdadeiras opções de fundo e os resultados de interesse público pretendidos.

43. Julgamos que a razão estava do lado dos juízes minoritários.

Que um «Governo de gestão» possa praticar actos legislativos é opinião que há muito sustentamos. Não é a natureza das competências que conta, mas sim o alcance político dos actos em concreto (cfr. «A competência do Governo», in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, III, Lisboa, 1979, pág. 651). Contudo, a prática destes actos não pode ser colocada ao mesmo nível da dos actos administrativos e até da dos actos políticos: pelas implicações a médio ou a longo prazo que eles possuem, um Governo demitido deve ser aqui mais prudente e parcimonioso.

A própria fórmula constitucional («o Governo deve limitar-se aos actos estritamente necessários para a gestão dos negócios públicos») indicia um juízo positivo, e não apenas negativo, a cargo dos órgãos de controlo. Não basta indagar de qualquer eventual inadequação das medidas legislativas, há que encontrar um fundamento material suficiente (para empregar expressão habitualmente usada pelo Tribunal Constitucional ao cuidar do princípio da igualdade e da não discriminação). A situação excepcional em que se encontra um Governo nessas condições (tal como, simetricamente, um Governo antes da apreciação parlamentar do seu programa) exige uma mais apertada fiscalização dos seus actos.

O acórdão em apreço revela ainda (como notou a juíza Maria Fernanda Palma) alguma discrepância com o acórdão nº 36/2002 há pouco analisado. Por um lado, o Tribunal impõe uma fronteira rígida para a validade de leis aprovadas, antes da publicação do decreto de demissão do Governo, por uma Assembleia da República em funcionamento normal. Em contrapartida, admite que um Governo demitido e já com a Assembleia dissolvida, possa introduzir alterações legislativas da importância das que foram adoptadas.

Restaria, finalmente, perguntar se, independentemente das vicissitudes dos órgãos, o diploma não estaria ferido de inconstitucionalidade substantiva, por afectar ou enfraquecer o princípio da gestão participada no serviço nacional de saúde (arts. 2º e 64º, nº 4 da Constituição).

14. MUDANÇA NA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

44. Com vista a assegurar um objectivo de continuidade, a Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro, na sequência da Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, estipulou que no fim da primeira metade do mandato dos juízes designados na primeira eleição, e na primeira cooptação re-

alizada após a entrada em vigor daquela Lei Constitucional, se procederia a sorteio para determinar a cessação do mandato de quatro dos juízes eleitos e de um dos juízes cooptados.

Esta regra foi cumprida, embora não totalmente em 2002. Como em 2001 tinham renunciado aos cargos e não haviam ainda sido substituídos dois dos juízes eleitos, Messias Bento e Vítor Nunes de Almeida, entendeu-se que o sorteio apenas haveria de abranger dois outros juízes e, efectuado ele, viriam a cessar funções José de Sousa e Brito e Guilherme da Fonseca. Quanto ao juiz cooptado, não chegou a fazer-se o sorteio, por um desses juízes —por sinal, o presidente do Tribunal, Cardoso da Costa— ter também renunciado.

Em Dezembro de 2002, a Assembleia da República elegeu, pois, quatro novos juízes, dois propostos pelo Partido Social-Democrata, Carlos Pamplona de Oliveira e Benjamim Rodrigues, e dois outros indicados pelo Partido Socialista, Mário Torres e Gil Galvão. Desses quatro, três eram juízes de carreira.

Quanto à substituição do juiz cooptado, ela ficou adiada para 2003.