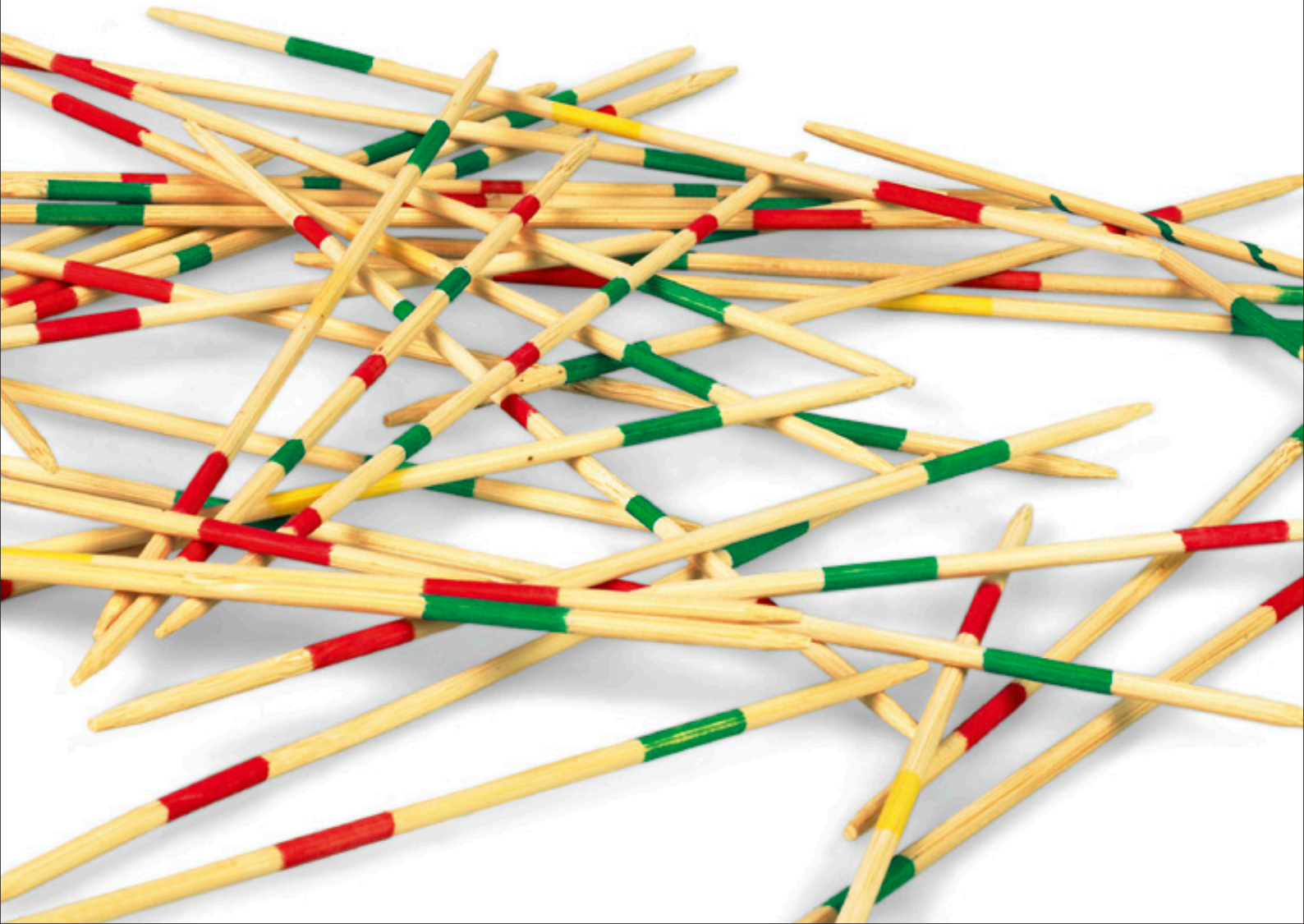
FUNDAÇÃO
FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS

A Constituição Revista



Título: A Constituição Revista
Conselho Editorial: José A Tavares
Miguel Poiares Maduro
Nuno Garoupa
Pedro Magalhães
Revisão: Beatriz Luiz Gomes
Design: Inês Sena
Produção: Guidesign
ISBN: 978-989-8424-28-0

As opiniões expressas neste e-book são da exclusiva responsabilidade dos seus autores e não vinculam a Fundação Francisco Manuel dos Santos. A autorização para reprodução total ou parcial do texto deve ser solicitada aos autores e editor.

© Fundação Francisco Manuel dos Santos
Abril 2011

FUNDAÇÃO
FRANCISCO MANUEL DOS SANTOS

Rua Tierno Galvan, Torre 3, 9.º J
1070-274 Lisboa
Portugal
Telefone: 21 381 84 47
ffms@ffms.pt
www.ffms.pt

A Constituição Revista
Um e-book da Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS)

António Barreto

A FFMS (Fundação Francisco Manuel dos Santos) tem, como um dos objectivos prioritários, o fomento da discussão aberta e do debate público. Várias iniciativas reflectem essa política. São os casos, por exemplo, da PORDATA (Base de Dados Portugal Contemporâneo) e dos "Ensaios da Fundação". O debate público é para nós um instrumento de formação de opiniões livres, tão importante quanto os estudos e os projectos em curso.

Estas razões levaram-nos a idealizar um livro electrónico, e-book, sobre a Revisão Constitucional. Não se pretende promover uma discussão inter-partidária. Como também não desejamos estimular um debate que procure substituir-se ao Parlamento ou aos partidos políticos. Este e-book "A Constituição revista", publicado a 2 de Abril de 2011, data do 35.º aniversário de aprovação da Constituição da República Portuguesa, foi idealizado para acompanhar o debate parlamentar que ocorria ao mesmo tempo na Assembleia da República. Esta, com efeito, teve poderes constituintes durante a legislatura de 2009/13, entretanto interrompida em Março de 2011. Em consequência, a comissão de revisão cessou as suas funções. É provável que a Assembleia resultante das eleições antecipadas de 2011 volte a assumir as suas competências de revisão. Se assim for, estas últimas eleições serão certamente uma oportunidade ideal para os partidos políticos exprimirem as suas opiniões e informarem os eleitores das suas intenções. Nessa medida, a FFMS entendeu tornar público este e-Book no momento em que se inicia a campanha eleitoral.

A Fundação não é protagonista deste debate, nem tem uma posição própria sobre a sua oportunidade. Mas é nossa convicção que a Constituição pertence a todos os cidadãos e que estes devem ter a possibilidade de formar e exprimir uma opinião.

A coordenação deste livro electrónico ficou ao cuidado do Professor Nuno Garoupa, o qual, com os Professores Miguel Maduro, Pedro Magalhães e José A. Tavares, formam o respectivo Conselho Editorial.

A Constituição Revista
Um e-book da Fundação Francisco Manuel dos Santos (FFMS)

José A. Tavares Miguel Poiares Maduro Nuno Garoupa Pedro Magalhães

A FFMS tem vindo a desenvolver um conjunto de iniciativas integradas num projecto de trabalho sobre a Justiça e o Direito que se reflecte na produção de estudos, prospectivos ou retrospectivos, com o que se pretende consolidar uma forma diferente de olhar a Justiça. Nesse contexto, surge a iniciativa de um "e-Book" sobre a Constituição da República.

"**Constituição Revista**" é um sítio de encontro de autores com pontos de vista distintos, opiniões diversas, múltiplas experiências e preocupações diferentes. Encontram-se aqui, com uma perspectiva multidisciplinar, a fim de discutir ideias e propostas. Juristas, economistas, politólogos e sociólogos escrevem sobre a Constituição da República numa linguagem simples e para um público alargado. Cada autor escreve um texto curto sobre uma questão concreta da Constituição: rever ou não, acrescentar, eliminar e mudar são as palavras-chave dos autores, todos eles reconhecidos especialistas na sua área do saber. Ao mesmo tempo, "**Constituição Revista**", examina e reflecte sobre todo o texto constitucional de forma a entender os debates mais importantes. Apresenta pois uma visão diferente, abrangente, eventualmente polémica, da Constituição da República, com a qualidade e o rigor reconhecidos aos documentos produzidos pela FFMS.

A FFMS tem como objectivo primordial informar e fomentar o debate público. "**Constituição Revista**" desenvolve-se no modelo de um "e-book" para facilitar esse debate. Desde logo por estar disponível online gratuitamente a todos os leitores interessados, de forma a enriquecer a troca de ideias e a estimular a participação da sociedade na reflexão sobre a Constituição da República hoje e no futuro.

Índice temático

Princípios Fundamentais e Direitos, liberdades e garantias

13 A Constituição dos Princípios fundamentais e dos Direitos, Liberdades e Garantias: Actualizar e Reduzir a Complexidade
David Duarte

19 Revisão Constitucional: Ideologia & *Vouchers* Políticos
Guilherme Vasconcelos Vilaça

23 Recuperar o Estado e a Política
Luís de Sousa

Direitos e deveres económicos, sociais e culturais e Organização Económica

33 Direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Art. 58.º a 79.º) e Organização económica (Art. 80.º a 107.º)
Francisco José Veiga

37 Breve Comentário à Constituição da República Portuguesa
Pedro Pita Barros

43 A constituição (económica) revista
Maria Eduarda Gonçalves

49 Despesas (e Receitas)
José A. Tavares

55 Revisão Constitucional
Luís Campos e Cunha

Organização do poder político

65 Parte III da Constituição da República: Semipresidencialismo "on probation"?
Carlos Blanco de Morais

73 Constituição e Sistema Político-Eleitoral
André Freire

81 Organização Política
Marina Costa Lobo

87 O problema da "intriga" no sistema de governo da Constituição
Pedro Lomba

95 Os Actos Normativos
Tiago Duarte

103 A necessária eliminação do n.º 11 do artigo 115.º
Pedro Magalhães

Tribunais

109 O Governo da Justiça e a Constituição
Nuno Garoupa

115 Revisão Constitucional e Tribunais
Vieira de Andrade

Garantia e revisão da Constituição e disposições finais

123 A revisão da Constituição
Miguel Nogueira de Brito

127 Algumas considerações sobre a «Garantia e revisão da Constituição» e as «Disposições finais e transitórias»
José Manuel M. Cardoso da Costa

135 A Constituição como "problema"
António Araújo

Índice de autores

75 André Freire
Constituição e Sistema Político-Eleitoral

137 António Araújo
A Constituição como "problema"

67 Carlos Blanco de Morais
Parte III da Constituição da República: Semipresidencialismo "on probation"?

15 David Duarte
A Constituição dos Princípios fundamentais e dos Direitos, Liberdades e Garantias: Actualizar e Reduzir a Complexidade

35 Francisco José Veiga
Direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Art. 58.º a 79.º) e Organização económica (Art. 80.º a 107.º)

21 Guilherme Vasconcelos Vilaça
Revisão Constitucional: Ideologia & *Vouchers* Políticos

51 José A. Tavares
Despesas (e Receitas)

129 José Manuel M. Cardoso da Costa
Algumas considerações sobre a «Garantia e revisão da Constituição» e as «Disposições finais e transitórias»

25 Luís de Sousa
Recuperar o Estado e a Política

57 Luís Campos e Cunha
Revisão Constitucional

45 Maria Eduarda Gonçalves
A constituição (económica) revista

83 Marina Costa Lobo
Organização Política

125 Miguel Nogueira de Brito
A revisão da Constituição

111 Nuno Garoupa
O Governo da Justiça e a Constituição

89 Pedro Lomba
O problema da "intriga" no sistema de governo da Constituição

105 Pedro Magalhães
A necessária eliminação do n.º 11 do artigo 115.º

39 Pedro Pita Barros
Breve Comentário à Constituição da República Portuguesa

97 Tiago Duarte
Os Actos Normativos

117 Vieira de Andrade
Revisão Constitucional e Tribunais

Princípios Fundamentais e Direitos, liberdades e garantias

A Constituição dos Princípios fundamentais e dos Direitos, Liberdades e Garantias: Actualizar e Reduzir a Complexidade

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

David Duarte

1. Causas da alteração da Constituição como acto normativo: delimitação

1.1. Tal como ocorre relativamente a qualquer acto normativo, também no caso da Constituição a realização de alterações pode ser reconduzida, quanto às suas causas, a duas categorias essenciais: (i) as alterações estritamente técnico-jurídicas, em que a modificação tem por objecto o texto e os aspectos técnicos subjacentes, e (ii) as alterações aos conteúdos, nas quais a modificação tem por objecto a norma contida no texto e em causa está criar um sentido ordenatório distinto do anterior[1]. Simplificando, podem designar-se as primeiras como *alterações técnicas* e as segundas como *alterações políticas*.

1.2. No presente contexto, as *alterações políticas* são relativamente secundárias. Desde logo, porque não há sentido em decidir, aqui, sobre os conteúdos que a Constituição deveria compreender. As *alterações políticas* são o resultado de escolhas ideológicas e, para além disso, pode dizer-se que, nas matérias cobertas nos primeiros cinquenta e sete artigos, a Constituição já expressa um consenso alargado no qual os conteúdos são politicamente pacíficos.

1.3. As *alterações técnicas* são, então, as que relevam aqui e que, por isso, vão ser consideradas no texto que se segue. Primeiro, na generalidade, quanto a aspectos transversais que extravasam o estrito âmbito que um artigo consubstancia como unidade temática. Segundo, na especialidade, quanto a aspectos pontuais que apenas a esse domínio se reconduzam.

1
Ao contrário do que pode eventualmente ser equacionado, não parece haver fundamento para entender que a Constituição tenha alguma especificidade nesta matéria. Como acto normativo, a Constituição é alterada pelas mesmas causas que conduzem à alteração de qualquer outro acto normativo e aquilo que a diferencia – provir de uma função antecedente do Estado e conter as normas superiores do ordenamento – em nada se cruza com a diferenciação feita entre aquelas.

2. O regime dos direitos, liberdades e garantias e o *know-how* que lhes subjaz

2.1. A circunstância de o direito ser um resultado da acção dos que pontualmente ocupam a posição de autoridade normativa implica que é configurado de acordo com o conhecimento científico que, sobre o próprio direito, é por aqueles detido no momento da acção. A «regulação normativa» é, por isso, tecnicamente datada, podendo ficar operativamente limitada quando parte de pressupostos científicos que, entretanto, se alteraram.

2.2. As considerações anteriores são relevantes, especificamente, para uma parte substancial do regime dos direitos, liberdades e garantias: um caso claro, como se entende, de um acervo regulatório disfuncionalizado em razão de o *know-how* subjacente se ter tornado obsoleto.

2.3. Como é sabido, a visão pressuposta na arquitectura jurídica deste regime via as normas de direitos, liberdades e garantias como «regras», normas que, por isso, apenas atribuíam e apenas tutelavam, e dito de forma simplista, a conduta padrão do direito em causa. Daí decorria que, por um lado, apenas se colocava o problema de saber se uma conduta se integrava ou não nesse padrão e, por outro, que as restrições aos direitos apenas ocorriam com as limitações que afectassem a conduta que fazia o perfil do direito[2]. A visão subjacente, que fazia da restrição, assim, uma raridade, casava bem com as normas reguladoras das restrições: como ainda consta do artigo 18.º, aquelas apenas podem ter lugar quando estejam expressamente previstas na Constituição e, igualmente, quando sejam formuladas em norma legislativa (a mais, com autorização parlamentar). Sob este paradigma científico, praticamente tudo batia certo: se as restrições eram apenas as interferências na conduta típica do direito (proibição de proferir opiniões políticas na liberdade de expressão, por exemplo), facilmente se concebia que a limitação tivesse de ser feita por lei e que a mesma só pudesse ser feita quando a Constituição expressamente o autorizasse[3].

2.4. Esta visão das normas de direitos, liberdades e garantias como «regras» foi, como hoje é claro, totalmente postergada. As normas em causa têm estrutura de «princípios» e essa estrutura implica que qualquer conduta que aí se reconduza, mais ou menos próxima do padrão (de proferir uma opinião política a difamar outrem, por exemplo, no caso da liberdade de expressão), está coberta pelo domínio da norma e é dessa forma por ela protegida, pelo menos *prima facie*[4]. Assim, não são as normas atributivas de direitos que excluem condutas em si integráveis (como difamar), dado que, em rigor, são as normas que protegem condutas contrárias (protecção da honra, por exemplo) que as afastam do campo da legitimidade jurídica. Como «princípios», as normas de direitos fundamentais alargam o

2
O que é, no fundo, o cerne da teoria dos limites imanentes. Sobre a teoria, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 283 e ss.

3
O que, não obstante, já se compreendia menos bem, dado que esta norma, mesmo na concepção técnica original que serviu de base ao texto constitucional, já era fonte de problemas de difícil superação.

4
A revolução científica a que se alude é, portanto, a que decorreu da moderna teoria dos princípios e que, de alguma forma, surge exactamente no domínio dos direitos fundamentais. Exemplos da mesma podem ser vistos, entre tantos, em, Laura Clerico, *El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2009; Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, *Las Piezas del Derecho*, 4.ª ed., Barcelona, 2007; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, 1998; e Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 3.ª ed., Frankfurt am Main, 1996.

seu âmbito de protecção e, desse modo, geram mais espaços limitáveis, a resolver no plano do conflito de normas e da consequente ponderação entre estas[5].

2.5. Apesar de a questão poder ser, porventura, demasiado técnica, é certo que a compreensão das normas de direitos, liberdades e garantias como «princípios» conduziu a que parte do artigo 18.º, relativo ao regime de restrições, se tenha tornado desfasado da realidade. É o caso da norma que exige que a restrição seja feita por lei: se as normas de direitos, liberdades e garantias são princípios e, por isso, abrangem todas as condutas aí reconduzíveis (abrangendo as que não se limitam ao padrão), é impensável que apenas se possam fazer restrições por acto legislativo. Será que é inconstitucional que uma autarquia defina com que cores se pode pintar um prédio, limitando o direito de propriedade? Ou que aprove uma postura em que determine onde é permitido pintar murais públicos, restringido as liberdades de expressão e de criação cultural? Parece claro que não faz sentido que assim seja. É o caso, também, da norma que impõe a expressa previsão constitucional das restrições. É que, havendo normas constitucionais que atribuem direitos sem restrição possível prevista (por exemplo, entre tantos, a liberdade de manifestação do artigo 45.º), daquela norma decorre que qualquer interferência no direito é inconstitucional. Será que uma norma que proíba manifestações às quatro da manhã em áreas residenciais é inconstitucional? Ou que também o é a norma que exige uma autorização policial para uma manifestação no Marquês de Pombal à hora de ponta? Naturalmente, também parece claro que não faz sentido que assim seja.

2.6. A mudança de paradigma que a moderna teoria dos princípios efectuou em toda a teoria dos direitos fundamentais deixou a descoberto que a Constituição está totalmente desajustada da realidade normativa em que aquelas situações jurídicas se movem. E, muito em particular, no ponto em que daí resulta que as restrições são efeitos ponderatórios de normas contrárias, não podendo ser juridicamente organizadas, por isso, a partir de um regime que nunca concebeu, sequer, a ponderação. Deste modo, e, quanto mais não fosse, para evitar que os órgãos oficiais de aplicação do direito tenham de fazer acrobacias várias para salvar o que já não tem salvação[6], era importante que se enfrentasse o problema e que se redefinisse toda a arquitectura do regime dos direitos, liberdades e garantias.

3. Os excessos de linguagem dos textos normativos em análise

3.1. A redacção de normas obedece, sempre, a um princípio básico de economia de meios. Ao escrever uma norma, a autoridade normativa deve limitar-se a utilizar as palavras estritamente necessárias para traduzir, no caso na língua portuguesa, o conteúdo regulatório em causa. Naturalmente, o que se pretende é que o texto da norma permita apreender, sem dificuldades especiais, o significado aí inscrito,

5 Entre tantos exemplos, Giorgio Pino, Diritti e Interpretazione, Bologna, 2010; Jan Sieckmann, *El Modelo de los Princípios del Derecho*, Bogotá, 2006; e Stephen Utz, *Rules, Principles, Algorithms and the Description of Legal Systems*, in Ratio Juris, vol. 5, 1992, pp. 23 e ss.

6 A referência é, em primeira linha, e naturalmente, ao Tribunal Constitucional: como o mostrou de forma incontornável Jorge Novais (cfr., *As Restrições Não Expressamente Autorizadas aos direitos Fundamentais*, Coimbra, 2003, por exemplo, pp. 597 e ss.), foram várias as «técnicas» usadas por aquele órgão para evitar os problemas que a aplicação séria das normas em causa implica.

objectivo cuja prossecução passa também pela eliminação de outros excessos de linguagem, como, e por exemplo, os que resultam de construções sintácticas complexas, da utilização massiva de adjectivos e de advérbios, bem como da configuração de orações demasiado extensas.

3.2. Os primeiros cinquenta e sete artigos da Constituição são um bom (mau) exemplo dos excessos de linguagem assinalados. Sob a justificação frequente de versarem matérias políticas fundamentais e estruturantes, como se isso os eximisse das *guidelines* básicas da redacção normativa, os referidos artigos oferecem vários casos de enunciados de norma desnecessariamente complexos por razões linguísticas. Relembrando que um texto de norma é uma estrutura linguística que deve reflectir uma unidade normativa, basta olhar para o artigo 2.º para que a afirmação anterior se demonstre por si só. Analiticamente, é inaceitável: na mesma construção frásica encontramos fundamentos, limites e objectivos, para além de uma qualificação do sujeito, a República Portuguesa, desorganizadamente descrita como um Estado de direito através de todos aqueles predicados. Se já é duvidoso relatar numa Constituição o que caracteriza o Estado de direito, pois o princípio funciona autonomamente (sem manual de instruções), parece claro que, para além disso, nada justifica este exercício extremo de gongorismo constitucional.

3.3. Mas outros exemplos podem dar-se. É o caso, muito significativo, do artigo 7.º, com particular pertinência para o n.º 1, o n.º 2 e o n.º 6, textos em que se vê como a autoridade normativa, num tom de manifesto político impertinente num acto normativo, se esqueceu que os textos das normas servem para enunciar sentidos ordenatórios e que deles é suposto retirar-se, com um grau mínimo de clareza, o que é permitido, proibido ou imposto. Naturalmente, a circunstância de ser o Estado o destinatário destas normas é irrelevante para o caso.

3.4. De tudo isto resulta, nitidamente, e como se entende, uma evidente necessidade de limpeza linguística do texto constitucional. Indo para além, inclusive, dos exemplos dados, todos os primeiros cinquenta e sete artigos da Constituição precisam, de algum modo, de uma intervenção dirigida à redução da complexidade linguística que os afecta.

4. O n.º 2 do Artigo 13.º

4.1. O teor do n.º 2 do artigo 13.º é um bom exemplo de como as «boas intenções políticas» podem ser tecnicamente contraproducentes. Ao estabelecer-se um conjunto de critérios com base nos quais se proíbe «prejudicar» ou «beneficiar» quem quer que seja, salientando aqueles aspectos em se entende que a desigualdade é socialmente mais sensível, ficou completamente desconsiderada a premissa

segundo a qual toda e qualquer discriminação, sob qualquer critério, é juridicamente legítima desde que tenha base material e seja constitucionalmente justificada. Por isso, os critérios do n.º 2 do artigo 13.º não servem para nada, como a experiência comprova, dado que o problema da desigualdade não está no critério da comparação, mas na existência de fundamentos que constitucionalmente legitimem a compressão da igualdade perante a lei. Se o sujeito X está proibido de constituir uma associação que perfilhe a ideologia fascista, como resulta do n.º 4 do artigo 46.º, essa proibição é o resultado de uma «discriminação» com base na ideologia (proibida no n.º 2 do artigo 13.º). Mas não há, evidentemente, nenhuma contrariedade com o princípio da igualdade: o que há é uma limitação legítima sustentada no princípio democrático, que, aqui, prevalece no seu conflito circunstancial com a «igualdade formal»[7]. Para além da colisão omnipresente entre as igualdades de partida e de chegada, o n.º 2 do artigo 13.º esquece, assim, que a norma de igualdade só é violada quando não há justificação constitucional da desigualdade.

4.2. Das considerações anteriores resulta, deste modo, a total inutilidade deôntica do conteúdo previsto no n.º 2 do artigo 13º. Não obstante o significado político que aí possa estar contido, o que é certo é que, tecnicamente, traz mais problemas do que soluções. Em rigor, deveria ser, pura e simplesmente, eliminado.

7 Este exemplo é, naturalmente, um entre muitos possíveis, utilizando-se propositadamente uma norma do texto constitucional. Todavia, não é difícil, com qualquer um dos critérios do n.º 2 do artigo 13.º, imaginar um regime em que, com justificação constitucional, se preveja uma discriminação (positiva ou negativa) juridicamente legítima.

5. O n.º 1 e o n.º 2 do Artigo 23.º

5.1. A colocação das normas sobre o Provedor de Justiça na parte final do Título I da Parte I da Constituição já é, por si só, bastante questionável: (i) trata-se de um órgão administrativo independente entre tantos outros, (ii) que, naturalmente, não tem o exclusivo da tutela dos direitos fundamentais, e (iii) que está ancorado constitucionalmente, sem qualquer pertinência sistemática, no meio de normas materiais sobre aqueles direitos. Mas, mais do que isso, o que decorre deste artigo é uma enorme indefinição sobre o objecto da sua actividade, dado que o conceito de «poderes públicos» utilizado para o recortar é demasiado indefinido, em nada contribuindo a Constituição, aqui, para que se especifique claramente qual o âmbito das funções estaduais sobre as quais exerce as suas competências. E muito haveria a problematizar nesta sede, dado que, pela natureza das coisas, e descontando a competência de iniciativa na fiscalização da constitucionalidade, a função estadual para a qual um *Ombudsman* está evidentemente vocacionado é a função administrativa do Estado: não se compreende, por isso, como a Constituição permite, à luz daquele conceito, que se equacione um espectro de acção que abranja a função jurisdicional. Deste modo, mal não faria, porventura, definir de forma mais precisa em que sede podem esses direitos ser tutelados pelo Provedor de Justiça.

5.2. Uma pequena nota sobre o n.º 2 do artigo 23.º para sugerir a correcção do termo «graciosos», terminologia caduca, que, em nada, eleva a Constituição. Um

resquício monárquico, pois era ao Rei que, para a sua Graça, se apelava, e que traduz o que hoje se designa como «impugnações administrativas». Não muito longe está também a expressão «contenciosas»: em rigor, e dada a polissemia da palavra, todo e qualquer litígio é, por definição, «contencioso». Muito melhor ficava se fosse dito que a independência é relativa às «impugnações administrativas e processuais previstas na Constituição e nas leis».

6. O n.º 3 do artigo 43.º

6.1. Um pequeno detalhe técnico no n.º 3 do artigo 43.º. A utilização do presente do indicativo na redacção normativa, pacificamente aceite, não é um capricho linguístico. Traduz, diferentemente, e excluindo casos excepcionais, a exigência de as normas produzirem efeitos desde o momento em que iniciam vigência, afastando qualquer prospectividade oculta que tempos verbais distintos possam encobrir. Por isso, não se trata de o «ensino público não ser confessional no futuro», mas antes de não o ser desde já. O que aqui deveria estar, assim, é que «o ensino público não é confessional». Em rigor, a norma tal como redigida permite, até um qualquer momento indefinido, que, enquanto não o for, possa ir sendo.

7. O n.º 3, o n.º 4 e o n.º 5 do Artigo 55.º

7.1:. É difícil de compreender como é que, tratando o artigo 56.º dos «direitos das associações sindicais», o n.º 3, o n.º 4, e o n.º 5 do artigo 55.º, exactamente sobre o mesmo, aparecem no contexto de um artigo tematicamente relativo à «liberdade sindical». É uma situação clara de desorganização sistemática, numa parte da Constituição em que a necessidade de clareza do texto suscita, muito em particular, uma limpeza linguística profunda. Mas, independentemente disso, faria algum sentido arrumar nos artigos próprios o que é relativo aos «direitos das associações sindicais» e o que é relativo à «liberdade sindical».

Índice TEMÁTICO
Índice de AUTORES
Início do ARTIGO

David Duarte Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos. Consultor Principal do Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros. Autor de obras monográficas e de artigos em revistas nacionais e estrangeiras nos domínios da teoria do direito, do direito administrativo e dos direitos fundamentais.

Revisão Constitucional: Ideologia & *Vouchers* Políticos[1]

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Guilherme Vasconcelos Vilaça[2]

Nos títulos "Princípios fundamentais" (Art. 1.º a 23.º) e "Direitos, liberdades e garantias" (Art. 24.º a 57.º) da Constituição da República Portuguesa, o que acha que deve mudar, acrescentar, retirar ou o que deve necessariamente manter-se?

0. Introdução

Neste ensaio respondo à pergunta que me foi feita lançando para o espaço público duas ideias concretas. Ambas procuram ajudar a construir algumas das condições necessárias para a emergência de uma sociedade civil participativa.

Na secção I, sugiro que devemos mudar a forma como entendemos a ideia de revisão constitucional. Uma Constituição não é só (um) texto; é também a sua prática de acordo com a forma como é mobilizada e interpretada pelos mais variados actores sociais. Assim, abrir a ideia de revisão à prática constitucional ajuda-nos a entender melhor que o sucesso de uma Constituição depende de muitos outros factores que não apenas o texto. Ou seja, devemos relativizar a nossa obsessão pela revisão constitucional já que esta, por si só, nada resolve. Antes pelo contrário, já que gastamos as nossas energias em momentos temporalmente excepcionais negligenciando a dinâmica constitucional que acontece de forma constante e contínua. A lição é clara: nenhuma revisão constitucional sem a consideração da articulação do texto e prática constitucional.

Na secção II proponho que o financiamento público da vida política portuguesa passe a ser distribuído através de um *voucher* dado a cada cidadão. Mais ainda, sugiro que o financiamento público abranja não só partidos políticos, como se verifica actualmente, mas também organizações da sociedade civil. Esta equiparação entre organizações da sociedade civil e partidos políticos parece contradizer o tratamento constitucional privilegiado que a Constituição dá aos primeiros, nomeadamente no artigo 51.º. A revisão deste artigo pode ser necessária para sinalizar uma enorme mudança na concepção da vida política portuguesa dado o actual monopólio partidário de mediação política e a enorme distância do eleitorado face aos partidos e política em geral.

1 Recorro ao estrangeirismo *voucher* que pode ser traduzido, no contexto deste ensaio, por cheque-político; um vale ou cupão de montante X que os cidadãos só poderiam gastar em partidos políticos ou organizações da sociedade civil.

2 Neste artigo, desenvolvo algumas ideias anteriormente elaboradas no âmbito de um projecto patrocinado pelo Instituto Sá Carneiro, em que colaborei como independente, coordenado pelo Professor Miguel Poiares Maduro, dedicado à reforma do sistema político-partidário português. Agradeço aos membros desse grupo de trabalho pelas discussões acesas de alguns dos pontos que abordo aqui.

1. Ideologia Constitucional

Portugal possui uma das mais longas constituições do mundo com um catálogo de direitos fundamentais também entre os mais extensos. Na verdade, é bem difícil imaginar matérias que não estejam minimamente abordadas na Constituição. Em meu entender, este facto evidencia a nossa crença positivista de que qualquer opção sobre a coisa pública tem de ser inscrita num texto jurídico sob pena de não existir. Tornar explícitos os nossos valores políticos e sociais é, portanto, um modo de ser da nossa cultura jurídico-política. Fazer política e governar o país equivale, deste modo, a mudar leis e a Constituição sempre que a própria o permite porque se entende que uma vez mudadas as leis se mudam também os comportamentos. Assim, parece perfeitamente normal que, em pouco mais de 30 anos de vida, o nosso texto fundamental tenha conhecido 7 revisões constitucionais auspiciando muitas mais na forja.

Esta tese parece-me contudo muito problemática. A obsessão com "o texto pelo texto" faz-nos esquecer que uma Constituição também pode e deve ser medida quanto aos *efeitos* que produz junto de uma dada comunidade, bem como quanto à forma como impregna esta última. Por exemplo, apesar da louvada qualidade técnica da CRP, qual a sua relação com o crescimento e desenvolvimento do país? Ou qual a sua recepção e vida junto do cidadão comum? Isto é, concentramo-nos mais num elemento estático e pontual, o texto e a revisão constitucional, do que na prática constitucional em que as normas fundamentais são interpretadas e, por isso, (re)criadas constante e frequentemente. Assim, privilegia-se o papel do Parlamento na prática constitucional quando diariamente e muito mais significativamente esta última é desenvolvida por inúmeros outros actores como todos nós, cidadãos, e órgãos formais como os tribunais e, sobretudo, o Tribunal Constitucional.

Em suma, ao prestar demasiada importância àquilo que é i) um elemento estático e ii) um momento extraordinário da prática constitucional, o entendimento dominante aqui exposto dificulta a afirmação de uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição" já que, destituída de poderes formais para mudar o sacrossanto texto, parece votada a uma posição de *bufão*: discussão infantil e espúria da vida pública e suas opções fundamentais.

Ficou claro, portanto, que entendo que a revisão da Constituição não só não resolve por si problema algum da nossa sociedade, como também restringe o nosso entendimento da prática e vida constitucionais e que, por isso, devemos, ao invés, prestar atenção à prática constitucional que *invisivelmente* desenvolve, adapta, exprime e corrige a CRP. Apesar da crónica desconfiança que a nossa sociedade demonstra em relação aos juízes, é fundamental perceber que numa sociedade aberta e plural em que a Constituição arbitra a intervenção de diferentes grupos e actores, o centro do sistema jurídico se deslocou do Parlamento para o Poder Judicial. A consequência natural e lógica desta posição é a perda de importância da ideia de revisão constitucional e a rejeição de propostas que

se dedicam a meras alterações da letra do texto como frequentemente sugerido pelos nossos partidos políticos.

Dentro da mesma lógica, proporei na secção seguinte a única alteração constitucional que penso ser necessária. Defendo que é necessário alterar o quase monopólio da vida política que a CRP atribui aos partidos políticos para dinamizar e revitalizar esta última. Como exporei nas linhas que se seguem, tal implica alterar o actual sistema de financiamento partidário para que partidos políticos tenham de concorrer com associações pelos fundos públicos.

2. *Vouchers*, Partidos e Associações

Os partidos políticos e a própria política vivem dias difíceis. A confiança dos cidadãos nos partidos políticos é assustadoramente baixa como o Eurobarómetro tem vindo a confirmar. Além disso, o número de militantes tem vindo a baixar. Por outro lado, e em linha com a famosa tese do "Partido Cartel", os partidos políticos estão cada vez mais interligados com o Estado, tendo-se tornado quase agentes públicos. Esta tendência está bem patente na forma como em Portugal os partidos têm o monopólio de representação política, organização e expressão da vontade popular. Tal primazia constitucional ajuda a disseminar ainda mais a ideia de que os partidos políticos são fundamentais na vida da nossa democracia e que a mesma não poderia existir sem eles. Esta ligação umbilical ajuda desde logo a justificar o financiamento público (e seu aumento) dos partidos, bem como a desculpabilizar as suas práticas generalizadas de corrupção e financiamento ilícito (dada a imprescindibilidade dos partidos). Mais ainda, o monopólio de representação política e organização e expressão da vontade popular acoplado às actuais regras de financiamento não dão quaisquer incentivos aos partidos políticos para inovarem e dinamizarem a vida política.

Para renovar a vida política e promover o ideal republicano de participação política, proponho que os partidos políticos tenham de concorrer pelo financiamento público não só entre si, mas também com organizações da sociedade civil e grupos de interesse. Destarte dá-se um passo também para resolver o paradoxo actual de tremenda falta de confiança nos partidos políticos e o seu monopólio da vida e dinheiro políticos. Uma proposta do género exige uma mudança em 2 pontos:

Ao invés de se atribuir o financiamento dos partidos *automaticamente* de acordo com o número de votos e assentos obtidos nas eleições anteriores, o *voucher* atribui a cada cidadão eleitor X euros por ano que este terá para gastar *escolhendo* que partido financiar. Ou seja, na prática o eleitor passa a votar 2 vezes: uma no candidato/partido e outra no destino a dar ao dinheiro público para o financiamento dos partidos políticos. Desta forma, os eleitores poderão responsabilizar os partidos duplamente, retirando-lhes o apoio político e/ou financeiro criando incentivos a uma melhor performance.

Seguidamente deve estender-se o modelo do *voucher* também ao financiamento da sociedade civil impondo aos cidadãos que escolham entre financiar partidos políticos e/ou organizações da sociedade civil (não partidárias). Uma outra ideia promissora, dado o descontentamento generalizado face aos partidos políticos, consistiria na introdução do financiamento obrigatório de estruturas apartidárias. Por um lado, sinaliza aos cidadãos que a posição até hoje central dos partidos não deve ser vista como um dogma estimulando maior pluralismo na expressão e na forma de expressão de ideias. Este ponto parece particularmente interessante já que i) em Portugal os partidos tendem a ser indistintos dos grupos de interesse e ii) cada vez mais os cidadãos se organizam em função de uma única preocupação social ou valor. Tudo somado, pode efectivamente forçar os partidos a melhorar em muito a sua performance, já que os cidadãos podem preferir passar a financiar estruturas da sociedade civil.

Não é fácil dizer se esta proposta exige ou não a alteração do artigo 51.º da CRP. De facto, entre muitas outras normas constitucionais que garantem um especial estatuto aos partidos; da leitura do artigo 51.º, nomeadamente no seu n.º 6, parece retirar-se que o financiamento público, a existir, caberá apenas aos partidos políticos. Aqui, a ideologia constitucional defendida na parte I entra em jogo. A introdução de concorrência entre partidos e organizações da sociedade civil representa um corte profundo na forma como a vida política se desenrola em Portugal. O objectivo mais amplo de destronar os partidos do centro da vida política é também ele estranho à nossa cultura política. Finalmente, exigir maior responsabilização aos cidadãos e dar-lhes mais poder de escolha na definição do espaço público quando estes se encontram profundamente saturados dos partidos e da causa pública seria, no mínimo, paradoxal e talvez insensato. Tudo somado, aqui a revisão constitucional pode servir precisamente para sinalizar a mudança profunda no sentido de abertura da vida política a uma participação mais intensa e responsável dos cidadãos que as ideias apresentadas requerem.

Índice TEMÁTICO
Índice de AUTORES
Início do ARTIGO

Guilherme Vasconcelos Vilaça Doutorando em Ciências Sociais no Instituto Universitário Europeu. Editor executivo do *European Journal of Legal Studies*. Licenciatura em Direito (Universidade Nova de Lisboa); *Joint LLM* em Análise Económica do Direito (Universidades de Bolonha, Hamburgo e Haifa) e *MRes* em Ciências Sociais e Políticas (Instituto Universitário Europeu). Publicou sobre filosofia do direito, teoria social e qualidade da justiça cível.

Recuperar o Estado e a Política

Luís de Sousa

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Introdução

A Constituição é um conjunto de normas (regras e princípios) cuja função é a de organizar e limitar os poderes (o executivo, o legislativo e o judicial) do Estado e de definir e proteger um conjunto de direitos, liberdades e garantias fundamentais dos indivíduos no seio de uma comunidade política historicamente constituída.

Historicamente, tratava-se de documentos legais escritos, generalistas curtos e, muitas vezes, duradouros, tendo evoluído para documentos extensos, detalhados e frequentemente revistos. Portugal dispõe de uma constituição escrita, substantiva, longa e que tem sido objecto de sucessivas revisões[1].

As Revisões Constitucionais são sempre pontos altos da nossa vida política, caracterizados por um confronto ideológico intenso sobre as funções políticas do Estado, mesmo se, na prática, essa diferenciação seja menos acentuada e substantiva do que parece à primeira vista.

A Constituição da República Portuguesa apresenta o pior de dois mundos: não só é excessivamente prolixa, como também introduz a possibilidade de revisão cada cinco anos ou por maioria de quatro quintos dos deputados da Assembleia da República (art. 284.º), mas de uma forma restrita (art. 288.º)[2].

A análise da qualidade de um texto constitucional não se resume à descrição dos pressupostos, regras e princípios consignados nessa lei fundamental, mas uma interpretação crítica e comparada do seu alcance e efectiva aplicação.

Do ponto de vista formal, a Constituição da República Portuguesa de 1974 apresenta um articulado de Princípios fundamentais (art. 1.º a 23.º) e Direitos, liberdades e garantias (art. 24.º a 57.º) bastante inovador e ambicioso que em nada compromete a sua qualidade jurídica quando confrontada com a de outras constituições democráticas. Porém, no que concerne a sua prática, os resultados têm sido menos auspiciosos. São vários os desígnios constitucionais não cumpridos, desde a regionalização à transparência do financiamento político.

Não sendo possível tratar detalhadamente o valor e a prática de cada princípio ou direito fundamental, optei por discutir duas questões de fundo que considero relevantes para a próxima revisão constitucional: (1) a natureza substantiva dos direitos económicos e sociais consagrados; e (2) o desequilíbrio entre as garantias de defesa e a protecção do bem público, no que concerne a materialização da Justiça nos casos de criminalidade complexa.

1
A CRP de 1976 é a mais longa constituição portuguesa que alguma vez entrou em vigor, tendo mais de 32.000 palavras na sua versão actual. Num período de 34 anos foi sujeita a 7 revisões constitucionais (em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005). Comparativamente, a Carta Constitucional de 1826, em vigor durante 72 anos, continha 7.000 palavras na versão original e foi sujeita apenas a 4 revisões.

2
O art. 288.º impõe uma série de limites materiais de revisão que desde logo representam um travão ideológico sobre um determinado conjunto de matérias, nomeadamente as de natureza laboral, penal ou até mesmo no que concerne a vida partidária.

1. A natureza substantiva dos direitos económicos e sociais consagrados

Um dos principais pontos de contenção política da nossa constituição é a referência à 'realização da democracia económica, social e cultural' (art. 2.º).

A requalificação do Estado de Direito está no centro do recente debate sobre as funções que o mesmo deve cumprir. A questão está em saber se o cerne da acção do Estado de Direito Democrático consiste na protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça dos poderes do Estado (legislativo, executivo e judicial) e de outros poderes existentes em sociedade, nomeadamente o poder económico; ou se se estende também à definição de um modelo de vida e formas de mobilidade social para a sociedade em questão (Berger e Luckman 1997: 95-103). Por outras palavras, o problema de fundo está em saber qual a natureza e alcance do princípio social do Estado de Direito Democrático.

A multiplicação de funções e o crescimento do aparelho do Estado, tal como o conhecemos hoje, deve-se, em grande medida, à necessidade de acompanhar e regular a crescente complexidade das relações sociais e económicas. Ao início tudo era mais simples, mas também mais precário. O Estado não prometia aquilo que não podia prover, mas também não gerava a solidariedade necessária à sua legitimação.

O Estado liberal do séc. XIX era essencialmente um Estado burguês cujas funções se limitavam aos quatro pilares fundamentais de autoridade pública – Fazenda, Justiça, Segurança interna e Defesa/Diplomacia externa – e à protecção da liberdade e da propriedade privada contra a prepotência e arbitrariedade do soberano.

O liberalismo do séc. XIX foi prolífero na promoção de direitos humanos e políticos, mas parco na defesa de direitos sociais. A protecção dos direitos dos trabalhadores e a modernização/humanização das estruturas económicas nunca mereceu especial atenção no constitucionalismo liberal.

O Estado liberal pagou caro essa incapacidade de antecipar a transformação económica, social e política que se avizinhava. A instabilidade do sistema capitalista provocada pelo desequilíbrio nas trocas comerciais e numa ordem monetária internacional precária e desajustada; a instabilidade social causada pela rápida industrialização, urbanização e inflação; a instabilidade política causada pela fragilidade dos governos democráticos, pela subida dos fascismos e pela derrocada da ordem internacional; todos estes factores de crise conduziram a uma reavaliação da natureza e alcance das funções do Estado de Direito.

O Estado de Direito do séc. XX incorporou novas funções sociais (educação, saúde, cultura, previdência e assistência social, ciência, etc.) e novas actividades económicas (a produção e gestão de determinados bens e serviços essenciais, a regulação do sistema económico e financeiro interno, a definição de uma política monetária e cambial, o estabelecimento de relações comerciais internacionais, etc.).

Hoje, nenhum liberal democrata que se preze questionaria a legitimidade do princípio social do Estado de Direito. Trata-se de uma conquista civilizacional cujo retrocesso é impraticável sem causar danos estruturantes na sociedade. O debate que se tem levantado nos últimos anos não é o de questionar essa vocação social do Estado, mas os seus métodos. Não está em causa a solidariedade, mas a universalidade das prestações sociais; não está em causa a segurança no emprego, mas a flexibilização dos contratos como garantia de qualidade e eficácia nas contratações públicas ou privadas; não está em causa a coesão social, mas a necessidade de garantir que as políticas de compensação das desigualdades sociais e dos desequilíbrios de desenvolvimento territorial sejam desenvolvidas de uma forma sustentável.

A pormenorização dos direitos económicos e sociais e das políticas que assiste ao Estado cumprir tem três consequências imediatas: (1) cria um hiato entre os pressupostos normativos da Constituição e a sua prática, potenciando um contínuo incumprimento dos mesmos, o que agrava a legitimidade do regime; (2) cria um potencial de desresponsabilização dos governos por opções não tomadas, retirando espaço à disputa política na definição de trajectórias do Estado e transformando o debate em torno da revisão constitucional num subterfúgio para a demagogia; e (3) condiciona o modo como o princípio do Estado Social deve ser interpretado pela Administração e pelos Tribunais e coloca limites materiais à revisão constitucional do mesmo.

Importa reequacionar os métodos de intervenção social e económica do Estado, eliminando do texto base da Constituição as matérias que pela sua natureza não consensual deveriam pertencer à luta política (Gavison 2005).

2. O desequilíbrio entre a protecção dos direitos, liberdades e garantias pessoais e a protecção do bem público

A CRP define, de uma forma sintética, os princípios materiais do processo criminal (art. 32.º).

Esta *constituição processual criminal* (Canotilho e Moreira, 2007) é porventura dos pilares normativos essenciais da *constituição material*, porquanto trata da protecção dos direitos, liberdade e garantias dos cidadãos face à prepotência, arbitrariedade e injustiça do Estado.

Os princípios materiais do processo criminal não são monólitos, tendo evoluído ao longo dos tempos no sentido de incorporar as opções e inovações das sociedades em matéria criminal.

Perante uma série de ameaças à sua existência, tais como o terrorismo, o crime organizado e a corrupção, os governos das sociedades democráticas de matriz ocidental começaram a ponderar a adopção de medidas "iliberais", isto é, suprimindo ou, pelo menos, comprimindo o núcleo essencial de algumas liberdades e

garantias constitucionais dos indivíduos em matéria criminal, de modo a salvaguardar o estilo de vida que essas mesmas sociedades foram cultivando ao longo dos últimos 50 anos. Esta tendência levanta uma série de desafios constitucionais em matéria criminal.

Tomemos o fenómeno da corrupção. A corrupção é um atentado ao Estado de Direito Democrático, não só porque impede a materialização da justiça, como impossibilita a realização da democracia enquanto arquétipo normativo e institucional de bom governo. A corrupção transformou a política institucionalizada numa não opção para muita gente (Moriconi 2011). Evidência deste facto são os inúmeros inquéritos que confirmam um total desencanto com a democracia, os seus actores e processos e a percepção generalizada de que a democracia é, e tenderá sempre a ser, corrupta.

O Estado de Direito Democrático não é, como é óbvio, intrinsecamente corrupto, porém tem apresentado enormes dificuldades em sancionar os prevaricadores, por um lado, devido à complexidade e opacidade do fenómeno e, por outro lado, devido à ineficácia do sistema de repressão. Essa ineficácia resulta, entre outros problemas, de um desequilíbrio entre uma concepção maximalista das garantias processuais dos indivíduos e a protecção do bem público.

Do ponto de vista criminal, a corrupção consiste num comportamento voluntário que lesa um bem tutelado pelo Direito, portanto, passível de penas repressivas (prisão, multa, perda de mandato, inelegibilidade, exclusão de actuação em mercados públicos, etc.) aplicáveis ao(s) infractor(es) mediante um processo judicial.

De um modo geral, os bens jurídicos lesados pela corrupção são a transparência e legalidade dos processos, a igualdade de acesso, a concorrência leal, a justa redistribuição de riqueza, etc. Ao contrário dos bens jurídicos individuais, mais facilmente identificáveis e protegidos, os bens jurídicos macro-sociais são de natureza abstracta, de difícil identificação, e menos protegidos na tradição jurídica portuguesa. É mestra a sabedoria popular quando alerta que o bem público é de todos e se é de todos não é de ninguém; ficando, portanto, à mercê de todo o tipo de práticas e comportamentos predadores por parte de cidadãos e detentores de cargos públicos rapaces. Por essa razão, Maria José Morgado e José Vegar, definiram a corrupção como um "crime sem rosto" (2003: 38).

A criminalização de corrupção é uma das áreas mais sensíveis e menos consensuais do Direito Penal. São vários os mecanismos e garantias que atestam a difícil punibilidade destes crimes, começando pelos próprios mecanismos de recurso e de invalidação das provas até aos regimes de imunidade que protegem os detentores de cargos eleitos da acção judicial. Por conseguinte, o combate judicial à corrupção, sobretudo aquela que diz respeito a actores capacitados de poder e de enormes recursos, levanta um conjunto de questões relativamente à evolução dos princípios constitucionais do processo penal.

O art. 32.º da CRP sobre *Garantias de processo criminal* define nos números 1 e 2 que '[o] processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo

recurso' e que '[todo] o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação com as garantias de defesa'.

Estes dois princípios têm sido interpretados de uma forma demasiado limitativa, contaminando o debate de algumas medidas consignadas na Convenção das Nações de Combate à Corrupção (vulgo Convenção de Mérida), nomeadamente o crime de enriquecimento ilícito, por violação do princípio de presunção da inocência através da inversão do ónus da prova.

Não esgrimirei os argumentos a favor e contra a adopção deste instrumento penal do ponto de vista das liberdades e garantias constitucionais e do respeito pelos direitos humanos, porque não é este o propósito do exercício. Limitar-me-ei a discutir até que ponto a actual constituição processual criminal responde às exigências do combate à corrupção ou, por outras palavras, até que ponto está capacitada para permitir ao Estado de Direito Democrático defender a sua legitimidade.

O art. 32.º é o marco do funcionamento do Direito Penal e do constitucionalismo liberal: engloba todos os direitos e instrumentos minimamente necessários e exigíveis para o arguido se defender e contrariar a acusação, normalmente apoiada no poder institucional do Estado. Historicamente, dada a desigualdade material de partida entre o arguido (indivíduo) e a acusação (Estado), foi constitucionalmente estipulado um conjunto de garantias processuais criminais que procura compensar esse desequilíbrio.

No que concerne o combate à criminalidade complexa, esta relação de forças inverteu-se. Em casos de corrupção envolvendo políticos, empresários e altos cargos públicos, o Estado está à partida menos protegido, menos capacitado e mais exposto aos ataques da defesa que tem ao seu alcance uma série de meios que lhe permite desconstruir com enorme sucesso a argumentação da acusação, em particular do ponto de vista da prova.[3]

Esta falta de protecção constitucional do interesse público tem, de certa forma, ditado o desprestígio dos tribunais de primeira instância em matéria de combate à corrupção. De que serve um tribunal de primeira instância condenar um Presidente de Câmara, um presidente de um clube de futebol, um ministro, um empresário de relevo de um crime de corrupção? Hoje, um arguido com recursos, com poder, que tenha sido condenado em primeira instância, menospreza essa decisão e por conseguinte subvaloriza o papel do tribunal. A percepção de que a decisão não transitada em julgado é apenas o primeiro passo de um longo e tortuoso caminho com várias encruzilhadas e oportunidades para o prevaricador alimenta a impunidade e o descrédito na Justiça.

Convém repensar o arquétipo de garantias de defesa, de modo a salvaguardar um bem mais geral que é a realização da Justiça. Esta compensação pode passar por uma restrição qualitativa ao direito de recurso. Valorizar as decisões de primeira instância significa efectivar o seu efeito dissuasor, credibilizando deste modo a imagem da Justiça. Até porque é nessa fase que são discutidos e fixados os

3
Os números falam por si. De acordo com as conclusões do estudo *A corrupção participada em Portugal 2004-2008. Resultados globais de uma pesquisa em curso:* a maioria dos processos instaurados entre 2004-2008 encontra-se arquivada (53,1%); 30,3% dos processos encontram-se em "investigação"; para 5,6% dos processos já existe acusação proferida; 6,9% dos processos foram encerrados por decisão judicial condenatória e em 1,7% dos processos foi proferida uma decisão absolutória; apenas um total de 14 processos de corrupção instaurados neste período resultaram em condenações; do baixo volume de condenações transitadas em 1.ª instância, poucos são os condenados que cumprem pena de prisão efectiva; a razão mais comummente proferida para a absolvição em 1.ª Instância continua também a ser a "falta de prova quanto à apropriação de vantagem patrimonial e à sua ilicitude".

factos e aferida a prova na base do acervo factual apurado. Trata-se do verdadeiro "momento presencial" da Justiça, em que acusados, testemunhas, advogados e magistrados depõem, inquirem, discutem e contraditam em audiência com toda a relevância e significado simbólicos daí decorrentes.

Atendendo à relevância social da corrupção e ao seu efeito corrosivo na legitimidade do Estado de Direito, seria apropriado conferir um efeito devolutivo[4] ao recurso para este tipo de crime de modo a que a pena fosse executada após proferida a decisão em primeira instância, vincando, desse modo, o efeito dissuasor da pena para esse tipo de crimes a importância da luta contra a corrupção enquanto bem jurídico digno de tutela penal.

4
O efeito meramente devolutivo do recurso significa que, interposto recurso da decisão de primeira instância para tribunal superior, esta é imediatamente exequível ainda que de forma provisória.

Esta restrição deve ser compensada com um conjunto de reformas que tornem a Justiça mais assertiva em relação a arguidos com recursos e poder e ajudem a recuperar a credibilidade do Estado de Direito, entre outras: a redução de procedimentos que obstaculizem a celeridade da investigação criminal; a criação de sistemas de informação centralizados e de fácil acesso para as equipas de investigação; a promoção da cooperação inter-institucional, através da partilha de informação e coordenação das operações; a implementação de respostas institucionais especializadas preconizadas pela Convenção de Mérida, tais como, a criação de uma agência anti-corrupção e de tribunais especializados neste tipo de criminalidade complexa; o reforço dos recursos humanos e materiais afectos aos organismos de investigação criminal; a adopção de medidas acessórias de inelegibilidade ou perda de mandato para qualquer candidato ou eleito por decisão de condenação no tribunal de primeira instância; etc.

A introdução de um efeito devolutivo ao recurso para os casos de criminalidade complexa tem custos do ponto de vista das liberdades e garantias. Porém, ela é resultado de uma ponderação entre dois bens jurídicos dignos de uma tutela com imposição de uma restrição mais intensa a uma garantia constitucional em matéria de direitos, liberdades e garantias para preservação do próprio Estado de Direito. Trata-se, aliás, de uma opção constitucional que não seria inédita na nossa Constituição. Basta recordar, por exemplo, a restrição que a Constituição coloca à liberdade de associação nos arts. 46.º.4 e 51.º.4, proibindo as *organizações racistas e de ideologia fascista* e os partidos de índole ou âmbito regional. Não obstante a extrema-direita chauvinista e o regionalismo separatista não tenham qualquer aceitação social e expressividade eleitoral em Portugal, não deixa de ser significativa a opção constitucional de limitação de liberdade de associação de um determinado grupo ou segmento da sociedade para benefício da promoção e preservação de valores sociais e políticos mais amplos, como a dignidade da pessoa humana ou a indivisibilidade do Estado soberano.

Este raciocínio jurídico ainda não foi extensível a outros "males sociais", como a corrupção, com expressividade na sociedade portuguesa e cujo combate efectivo implicaria uma aplicação mais restritiva de algumas garantias penais

individuais em prol de um bem colectivo que é a materialização da justiça e a protecção da legitimidade do Estado de Direito.

É claro que o combate à corrupção não se faz exclusiva ou prioritariamente pela via da repressão. Contudo, um Estado de Direito que não consegue punir eficazmente a corrupção é um Estado frágil, exposto a práticas predadoras que se vão reproduzindo nas suas instituições e injusto, isto é, incapaz de garantir os direitos e liberdades dos cidadãos. Numa palavra, um Estado de Direito semântico.

******

Concluímos da mesma forma como iniciamos este ensaio: a Constituição não é, nem nunca foi o problema da má qualidade da governação em Portugal. As respostas terão de ser procuradas no papel dos partidos políticos no recrutamento e formação de elites, na educação e cultura cívica dos eleitores, na estruturação das relações entre o Estado e o Mercado. Contudo, tendo em conta a nova revisão Constitucional que se avizinha, seria recomendável que se procedesse a uma simplificação da mesma, deixando mais espaço à disputa política e se recuperasse a autoridade do Estado, através de um equilíbrio harmonioso entre a defesa das liberdades e garantias dos indivíduos e a protecção do bem público.

Bibliografia

Berger, P. e Luckman, T. (1997) *Modernidad pluralismo y crisis de sentido*, Barcelona: Paidós.

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora.

Gavison, R. (2005) 'What belongs in a Constitution?' in W. Sadurski (ed.) *Constitutional Theory*, [The International Library of Essays in Law and Legal Theory], Aldershot: Ashgate/Dartmouth, pp. 15-31.

Morgado, M. J. e Vegar, J. (2003) *Fraude e Corrupção em Portugal*. Lisboa: Dom Quixote.

Moriconi, M. (2011) 'Percepção da corrupção e (des)materialização da Justiça' in L. De Sousa (ed.) A *Qualidade de Estado de Direito em Portugal*. (no prelo).

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Luís de Sousa Investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Doutorou-se em Ciências Sociais e Políticas pelo Instituto Universitário Europeu de Florença em Julho 2002, com uma tese sobre politicas públicas de combate à corrupção. É o fundador e coordenador responsável da primeira rede de agências anti-corrupção (ANCORAGE-NET) e presidente da Transparência e Integridade – Associação Cívica, ponto de contacto nacional da Transparency International. É consultor internacional em medidas de controle da corrupção e do financiamento político.

Direitos e deveres económicos, sociais e culturais e Organização Económica

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Direitos e deveres económicos, sociais e culturais (Art. 58.º a 79.º) e Organização económica (Art. 80.º a 107.º)

Francisco José Veiga

Apesar de entender que a redacção actual da Constituição da República Portuguesa, resultante da VII Revisão Constitucional (2005), não é impeditiva de uma boa governação nem constitui um obstáculo ao desempenho económico de Portugal, há vários aspectos que, na minha opinião, podem ser melhorados. Assim, dada a vontade e disponibilidade manifestadas por vários partidos políticos para proceder a uma nova revisão constitucional, entendo que vale a pena aproveitar esta oportunidade para rever a nossa Constituição.

Um primeiro aspecto a melhorar consiste em adaptar a Constituição aos tempos modernos e retirar da mesma várias expressões com forte carga ideológica. Nesse sentido, começaria por recomendar a eliminação do preâmbulo, cuja redacção está claramente desactualizada e inclui o objectivo de "abrir caminho para uma sociedade socialista", que não acredito que actualmente reflicta a vontade do povo português. Também me parecem datadas e pouco condizentes com a eficiência económica e a gestão moderna e eficaz das empresas as várias referências feitas à autogestão e à participação efectiva dos trabalhadores na gestão das unidades de produção do sector público. Assim, eliminaria o n.º 5 do Art. 61.º, o n.º 3 do Art. 85.º e o Art. 89.º. Atendendo a que um obstáculo à produtividade da agricultura portuguesa é a reduzida dimensão média dos terrenos, faz actualmente pouco sentido o objectivo de eliminação dos latifúndios, expresso na alínea h) do n.º 2 do Art. 81.º e no Art. 94.º. Relativamente aos objectivos da política agrícola, expressos no n.º 1 do Art. 93.º, eliminaria também a parte final da alínea b), onde se lê "e o acesso à propriedade ou à posse da terra e demais meios de produção directamente utilizados na sua exploração por parte daqueles que a trabalham".

Relativamente aos direitos e deveres sociais e culturais, todos os cidadãos devem ter acesso à protecção da saúde e à educação. Mas, de forma a assegurar a sustentabilidade de ambas, entendo que o custo da protecção da saúde e da educação acima do ensino obrigatório para os cidadãos deve ter em conta as condições económicas dos mesmos. Desta forma, relativamente à Saúde, retiraria a expressão "tendencialmente gratuito" da alínea a) do n.º 2 do Art. 64.º e,

atendendo a que o crescente envelhecimento da população tem aumentado cada vez mais a necessidade de prover cuidados paliativos, acrescentaria a referência aos mesmos nas incumbências do Estado indicadas na alínea a) do n.º 3 do Art. 64.º. Quanto à Educação, e tendo em conta que para os graus de ensino mais elevados o retorno individual da educação é claramente superior ao retorno social, eliminaria a alínea e) do n.º 2 do Art. 74.º, que refere a progressiva gratuitidade de todos os graus de ensino. A meu ver, a alínea d) é suficiente para garantir que ninguém é excluído da educação por falta de meios económicos. Na alínea b) substituiria a expressão "Criar um sistema público" por "Promover", atendendo a que o sistema público de educação pré-escolar já existe. Tendo em conta que os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo também contribuem para a cobertura das necessidades de ensino da população, mudaria a redacção do n.º 1 do Art. 75.º, atendendo a essa realidade, em vez de manter a redacção actual que obriga o Estado a criar uma rede de estabelecimentos públicos que cubra as necessidades de toda a população.

Alguns princípios fundamentais da organização económica listados no Art. 80.º parecem-me algo desnecessários, tendo em conta a realidade actual. Desta forma, podem ser eliminadas as alíneas b), e), f) e g). Quanto às incumbências prioritárias do Estado (art. 81.º), sugiro a substituição de "Assegurar" por "Promover" na alínea c), pois numa economia de mercado o Estado não é capaz de assegurar a plena utilização das forças produtivas. Pode, sim, incentivar ou promover essa utilização. A alínea e) pode ser eliminada, tendo em conta que as regiões autónomas da Madeira e dos Açores já há algum tempo que não são as mais pobres de Portugal. Pelo contrário, a região da Madeira é neste momento a segunda região NUTS II mais rica de Portugal (só ultrapassada por Lisboa), e os Açores já ultrapassaram as regiões do Norte e do Centro em termos de Produto Interno Bruto *per capita*. Assim, o disposto na alínea d), "Promover a coesão económica e social de todo o território nacional..." é suficiente. Finalmente, as alíneas h) e j) do Art. 81.º parecem-me desactualizadas, pelo que podem ser eliminadas.

A situação bastante complicada em que actualmente se encontram as finanças públicas portuguesas e o facto de nenhum orçamento desde a Revolução de 25 de Abril 1974 ter apresentado um saldo positivo ou, sequer, equilibrado justificam a introdução de regras mais apertadas à elaboração do orçamento do Estado e o reforço da sua fiscalização. A este propósito, é importante relembrar que Portugal registou défices orçamentais de, pelo menos, 2% do Produto Interno Bruto (PIB) em todos os anos desde 1974 e foi, em 2001, o primeiro país a violar as regras do Pacto de Estabilidade e Crescimento da União Europeia, sendo sujeito ao Procedimento dos Défices Excessivos. Ao longo dos últimos 36 anos, o peso do Estado na economia portuguesa aumentou incessantemente, a ponto de se tornar um empecilho ao desempenho económico do país, e a dívida pública já ultrapassou os 80% do PIB, colocando em causa a sustentabilidade das finanças públicas. Acresce o facto de a maior parte da dívida pública ser financiada no exterior, o que agrava

a já excessiva dívida externa e coloca em causa o financiamento do país. Assim, atendendo à situação dramática em que o claro descontrolo das finanças públicas colocou o país, urge incluir na Constituição disposições que obriguem a uma gestão mais prudente da política orçamental.

Embora as oscilações económicas justifiquem variações nos saldos orçamentais, seria desejável que estes tendessem para o equilíbrio. Ou seja, os défices registados em anos de recessão ou de muito fraco crescimento económico deveriam ser compensados por superávites em anos de melhor desempenho económico. Infelizmente, esta gestão prudente do saldo orçamental, que até está contemplada no Pacto de Estabilidade e Crescimento, não foi adoptada em Portugal nos últimos 36 anos. Por esse motivo, entendo que devia ser acrescentado um n.º 5 ao Art. 105.º (Orçamento), prevendo a realização de orçamentos plurianuais, cujo saldo médio deveria ser equilibrado. Adicionalmente, acrescentaria uma alínea h) ao n.º 3 do Artigo 106.º, estipulando que a proposta de Orçamento é acompanhada de um relatório sobre os desvios verificados face ao Orçamento plurianual em vigor e as medidas previstas para os corrigir no ano seguinte.

Como a imposição de regras não resulta se não houver uma fiscalização rigorosa da sua observância e penalizações severas em caso de incumprimento, torna-se necessário reforçar a fiscalização prevista no Art. 107.º.

Embora o Tribunal de Contas desempenhe um importante papel de fiscalização da execução orçamental, entendo necessária a criação de uma nova entidade independente de supervisão da política orçamental e fiscal. Tal entidade poderia ser composta por cinco peritos independentes, de reconhecida competência na área das finanças públicas, nomeados por um período de 8 anos, não renovável, sendo dois nomeados pelo Presidente da República e três pela Assembleia da República, com uma maioria de pelo menos dois terços. Excepto no momento da constituição desta entidade, seria conveniente que as nomeações dos seus membros não ocorressem todas ao mesmo tempo. Uma possibilidade seria o primeiro mandato dos membros nomeados pelo Presidente da República ter a duração de quatro anos, passando os seguintes mandatos a ser de oito anos. Desta forma, haveria rotação de alguns membros de quatro em quatro anos.

Caberia a esta entidade emitir pareceres trimestrais sobre a execução do Orçamento, de forma a detectar com relativa celeridade eventuais desvios face ao previsto. Adicionalmente, deveria emitir um parecer sobre a Conta Geral do Estado, que seria analisado pela Assembleia da República juntamente com o parecer do Tribunal de Contas. Seria também da responsabilidade desta entidade avaliar regularmente a evolução da dívida pública portuguesa, usando a definição mais abrangente possível, e pronunciar-se sobre medidas governamentais previstas ou anunciadas que tivessem implicações sobre as responsabilidades futuras do Estado.

Relativamente às penalizações por incumprimento, sugiro que se acrescente a possibilidade de o Presidente da República, mediante parecer da entidade acima

referida, demitir o governo caso se verifiquem repetidos desvios face ao orçamento plurianual vigente, que não se devam a situações especialmente adversas e imprevisíveis.

Francisco Veiga é Professor Catedrático da Universidade do Minho, onde dirige o Núcleo de Investigação em Políticas Económicas (NIPE) e o curso de Doutoramento em Economia. Licenciado em Relações Internacionais Económicas e Políticas pela Universidade do Minho e doutorado em Economia pela *University of South Carolina* (EUA), ensina e investiga nas áreas de Economia Monetária Internacional, Economia Política e Crescimento Económico. Tem vários artigos publicados em revistas científicas internacionais, entre as quais o *Journal of Development Economics e o Journal of Money, Credit, and Banking* e participou e coordenou vários projectos de investigação financiados pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

Breve Comentário à Constituição da República Portuguesa

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Pedro Pita Barros

Foi-me solicitado um "breve ensaio, não académico, com um mínimo de referências bibliográficas, mais opinativo do que descritivo", com a menção explícita "Nos títulos 'Direitos e deveres económicos, sociais e culturais' (Art. 58.º a 79.º) e 'Organização Económica' (Art. 80.º a 107.º) da Constituição da República Portuguesa, o que acha que deve mudar, acrescentar, retirar ou o que deve necessariamente manter-se?"

Como ponto de partida, devo assinalar que sou partidário de uma Constituição mais leve e menos complicada. Mas não tendo formação jurídica e, dentro desta em aspectos de direito constitucional, opto por um comentário sobre o conteúdo económico dos diversos artigos, seguindo a actual Constituição.

Em termos globais, a actual Constituição tem, a meu ver, diversas deficiências quando se olha de um ponto de vista das suas implicações em termos económicos:

1. É frequente a confusão entre objectivos e instrumentos, sendo a mais comum ter-se um objectivo de garantia de acesso dos cidadãos a algo considerado um direito, e a utilização de prestação pública directa como garantia desse direito.
2. É comum a utilização do termo gratuitidade a propósito de diversas prestações. Quer-se dizer sempre gratuitidade no momento de consumo ou utilização do serviço, e não há qualquer referência à forma como e por quem essa gratuitidade é paga.
3. Não é claro como se resolvem as contradições associadas com a liberdade de escolha. Por exemplo, no ensino, se alguém decidir ter duas licenciaturas, porque deverá a segunda ser paga por todos os contribuintes? Liberdade de escolha pode levar a diferentes opções (senão seria irrelevante em si mesma), mas diferentes opções podem gerar diferentes resultados, que poderão ser vistos como discriminações ou desigualdades. Qual o valor mais elevado? A liberdade de escolha, ou outro princípio de redução de discriminações ou/e desigualdades?
4. Não há qualquer preocupação de transparência do funcionamento do instrumento "sector público" face à sociedade, aspecto que hoje é mais fácil de concretizar dadas as novas tecnologias de comunicação. Deveria ser consagrado um princípio geral de transparência e informação perante a Sociedade.

Vejamos então concretizações destas ideias com referência a vários dos artigos da Constituição propostos para comentário. Sem a preocupação de exaustividade de comentar todo e qualquer artigo da Constituição, apresento unicamente para discussão os que julgo ser mais relevante alterar. São referidos pela sua ordem na actual Constituição da República Portuguesa (e não pela sua ordem de importância). Há artigos que não são aqui focados, essencialmente por opção de tratamento, e não por os considerar a todos como essenciais ou todos como acessórios.

No Artigo 58.º "Direito ao trabalho", como desconheço o que sejam "políticas de pleno emprego", sugiro reformular para "políticas que estimulem a criação de emprego". A realidade económica tem mostrado à saciedade que não é fácil em economias de mercado atingir situações de pleno emprego. Para além disso, sabemos hoje em dia que a noção de "pleno emprego" não é independente de políticas adoptadas, nomeadamente no mercado de trabalho. Daí ser importante a mudança para uma perspectiva de criação de emprego. É mais claro nos seus propósitos e mais fácil de avaliar em termos de cumprimento. Ainda neste artigo, não percebo porque a formação cultural fica restrita aos trabalhadores, pelo que me parece redundante (e discriminatória quanto aos não trabalhadores) esse elemento.

No Artigo 59.º "Direitos dos trabalhadores", a não discriminação de acordo com idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, é elemento fundamental. Não sabendo como introduzir em termos de redacção, considero importante definir o que se entende por trabalho igual (para levar a retribuição igual) – não é certamente igual número de horas passadas no posto de trabalho, será mais resultados de exercício de actividade iguais (incluindo a dimensão da qualidade do trabalho realizado), do que tempo. O elemento fundamental a reconhecer aqui é que frequentemente trabalho tem dimensões observáveis (tempo passado no posto de trabalho) e dimensões dificilmente observáveis, ou comprováveis em tribunal (empenho colocado na realização do trabalho), e determinar a retribuição apenas de acordo com a componente observável poderá ser elemento de flagrantes injustiças e iniquidades.

Retirar do número 2 do Artigo 63.º "Segurança social e solidariedade" a obrigação da "participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários", pois sendo o Estado a organizar, a participação de apenas estas entidades deixa de fora todos os outros cidadãos contribuintes e que financiam as despesas do Estado com os seus impostos, taxas e contribuições diversas. (Questiono igualmente se os números 4 e 5 têm suficiente importância para constarem da Constituição.)

O Artigo 64.º "Saúde" merece vários comentários, pelo que me atrevo a reproduzir aqui o seu texto:

"1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.
2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicodependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada."

O "tendencialmente gratuito" no a) do número 2 deste artigo é completamente ilusório. O que se pretende dizer é tendencialmente gratuito no momento de utilização de cuidados de saúde, dado que os cuidados de saúde prestados terão de ser sempre pagos. O b) do número 2 é demasiado extenso.

No número 3 há uma confusão entre garantir capacidade de tratamento, prestação directa pelo Estado (ou simplesmente garantia financeira de acesso, mesmo que a prestação seja privada).

Em termos globais importa definir o que é serviço nacional de saúde, em termos das suas funções de garantia de acesso de cuidados, e do que é, deve ou pode ser a sua estrutura de prestação directa de cuidados de saúde aos cidadãos. Há uma mistura pouco saudável entre objectivos e instrumentos na área da saúde.

Relativamente ao Artigo 65.º "Habitação e urbanismo", creio que haveria toda a vantagem em eliminar o número 3, "3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria." A política de garantia de direito à habitação não deve passar pela distorção do mercado de arrendamento. A experiência mostra que essa abordagem leva praticamente ao desaparecimento do mercado de arrendamento, e à degradação física do património imobiliário quando não há capacidade de actualização de rendas. A prossecução de objectivos sociais na habitação deve ser

feita atacando o problema na sua essência – a capacidade de pagar rendas pelas famílias de baixos rendimentos, e não pelo controle administrativo das rendas.

No Artigo 69.º "Infância", é dito ser "proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar." Entende-se por "idade escolar", a escolaridade obrigatória, em [?] esta última tem vindo a aumentar? Creio que será de ter neste campo alguma redefinição de conceitos e obrigações.

Aparentemente ocorre no Artigo 73.º "Educação, cultura e ciência" um tratamento do problema de acesso dos cidadãos à educação, cultura e ciência; e o papel do Estado na produção de educação, cultura e ciência. Acesso e prestação directa pelo Estado são aspectos bastante distintos e deveriam ver essa diferença expressa nos preceitos constitucionais.

Eliminar o Artigo 77.º "Participação democrática no ensino". Professores e alunos devem ser ouvidos pela gestão das escolas, mas não deve ser deles a gestão das escolas, pressupondo que se trate de escolas públicas. As escolas públicas têm uma missão perante a sociedade, e a gestão das escolas deve ser responsabilizada em função dessa missão. Em particular, deve-se evitar que a gestão das escolas venha a ter como objectivo servir os interesses dos professores, ou o que os alunos julgam ser os seus interesses (frequentemente de curto prazo).

Deverá ser limpa a lista no Artigo 81.º "Incumbências prioritárias do Estado", que encerra aliás várias contradições potenciais. Por exemplo, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados (agrícolas) poderá implicar unidades de maior dimensão das explorações agrícolas como forma de recolher vantagens de dimensão (economias de escala). As "incumbências" podem ser ordenadas segundo a sua natureza de redistribuição e correcção de desigualdades ou de eficiência de funcionamento da economia.

Parece-me desnecessário particularizar a "actividade económica e investimentos estrangeiros", na medida em que gestão privada é gestão privada, qualquer que seja a sua nacionalidade. Não se percebe em que medida os interesses dos trabalhadores são distintos se estiverem numa empresa resultante de investimento nacional ou de investimento estrangeiro. Não é igualmente razoável pedir às empresas (pessoas singulares ou colectivas) nacionais que contribuam para o desenvolvimento do país?

Eliminar o Artigo 89.º "Participação dos trabalhadores na gestão". Não é por ser trabalhador do sector público que se fica "iluminado" enquanto gestor. Os serviços do sector público devem estar orientados para o cidadão e não para a darem o máximo de satisfação com o menor do custo para os trabalhadores.

Não entendo que planos são os focados nos Artigo 90.º e seguintes, no contexto de uma economia de mercado. Os objectivos são um aspecto, os planos enquanto instrumento, outro. Dever-se-á reformular estes artigos, atribuindo ao Conselho Económico e Social o papel consultivo e de influência que tem, sem a

preocupação dos planos por si. Talvez mesmo eliminar o Conselho Económico e Social enquanto tal.

Os princípios referentes às políticas sectoriais devem ser revistos. Em particular, parece-me relevante reformular toda a componente da política agrícola. Primeiro, justificar porque merece destaque na Constituição uma política sectorial. Segundo, distinguir claramente os objectivos que se pretende alcançar. Terceiro, identificar os instrumentos para alcançar esses objectivos. Eliminar as restantes políticas sectoriais da Constituição – cabe depois a cada Governo decidir as políticas económicas a seguir. Os objectivos traçados são demasiado amplos para serem úteis em termos de especificação constitucional. Aliás, estas considerações devem ser analisadas dentro do contexto da União Europeia e dos seus tratados.

Julgo, com referência aos preceitos da Constituição quanto ao Orçamento (do Estado), merecer discussão e eventual inclusão em termos constitucionais de limites ao défice público, como instrumento de disciplina interna, e de apresentação de Orçamentos plurianuais.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Pedro Pita Barros Professor Catedrático na Nova School of Business & Economics e Research Fellow do CEPR (Londres). Foi membro do Conselho de Administração da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos. A sua investigação e interesses centram-se na Economia da Saúde, na Regulação Económica e na Defesa da Concorrência.

A constituição (económica) revista

Maria Eduarda Gonçalves

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Como "lei das leis" e "carta identitária" do Estado-nação, a Constituição requer estabilidade. Mas o momento da revisão pode e, a nosso ver, deve oferecer a oportunidade de a (re)pensar à luz de realidades políticas, sociais e económicas em mudança e de novas visões e paradigmas que se vêm impondo à leitura dessas realidades. Dois acontecimentos recentes darão o mote para este comentário à Constituição da República Portuguesa (CRP): a adopção da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; a crise financeira e económica e o apelo que gerou a um reconsiderar da relação do Estado com o mercado, a par da tomada de consciência de que o acentuar das desigualdades reforça a importância do Estado Social. Não se trata de questionar o modelo político ou o modelo económico consolidados ao longo de mais de três décadas de regime democrático, mas de o aprofundar clarificando o estatuto dos direitos económicos, sociais e culturais como verdadeiros direitos fundamentais e definindo de modo mais preciso as missões do Estado como regulador.

Direitos fundamentais na esfera económica

Os direitos fundamentais constituem o núcleo central, seguramente o mais nobre, da CRP. Invocados como prévios à ordem positiva ("*human rights are an ethical idea*", escreve Amarthya Sen), os direitos fundamentais dependem, porém, da existência de mecanismos da sua efectivação. A constitucionalização dos direitos envolve por isso o compromisso de aclarar os deveres que decorrem desse imperativo ético. Uma das novidades da moderna teoria dos direitos fundamentais reside justamente na configuração destes direitos como padrões de referência não só da produção político-legislativa (via controlo da constitucionalidade das leis), mas também da acção das instituições públicas e até privadas. A própria ideia de constitucionalismo vem sendo reconstruída num quadro de referência social-causal alargado compaginável com a emergência de novas formas de poder associadas às dinâmicas da privatização, da globalização e da digitalização (Teubner, 2004). Um corolário desta visão é a defesa da oponibilidade dos direitos económicos e sociais, não só aos poderes públicos, mas também às instituições sociais e aos centros de poder económico.

Os direitos económicos e sociais têm sido entendidos, tradicionalmente, como uma categoria distinta dos direitos, liberdades e garantias e catapultados para a ordem do programático: objectivos a realizar em função das condições ou disponibilidades (inclusive financeiras) do Estado, e não judiciáveis. A CRP recupera esta dicotomia, reconhecendo tão-só aos direitos, liberdades e garantias a força vinculativa directa de entidades públicas e privadas (art. 18.º). Esta opção tem-se reflectido na jurisprudência do Tribunal Constitucional, que tem concedido uma margem de decisão quase total ao legislador ordinário na conformação dos direitos sociais (Novais, 2006). Que aquela categorização é artificial e insatisfatória decorre, porém, não apenas do facto de a generalidade dos direitos fundamentais implicar obrigações positivas do Estado, mas também de todos os direitos constitucionalmente consagrados partilharem o mesmo fundamento ético e dignidade (Feldman, 2009). Um forte argumento no sentido da unicidade dos direitos fundamentais provém agora da Carta dos Direitos Fundamentais da UE: ao classificar estes direitos em seis categorias (dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, direitos dos cidadãos, justiça), incumbindo a União Europeia e os Estados-Membros de "*respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação*" (art. 51.º, n.º 1), a Carta ignora a clássica distinção estendendo a todos os direitos a obrigação dos poderes públicos de adoptar as medidas legislativas, administrativas, orçamentais e outras visando a sua materialização. A Carta dá, ao mesmo tempo, um passo importante rumo a um conceito amplo de liberdade que atende às condições que permitem exercê-la. Propomos por isso a modificação dos artigos 17.º e 18.º da CRP no sentido de darem expressão à unicidade dos direitos fundamentais.

A garantia dos direitos económicos e sociais envolve o compromisso com a igualdade e a não discriminação, oportunidades de acesso a emprego, condições de trabalho seguras e saudáveis, segurança social, cuidados de saúde e educação. No essencial, a CRP contempla estes direitos e as inerentes responsabilidades do Estado. Carece, no entanto, a nosso ver, de referência explícita a alguns direitos básicos, a saber: o *direito à alimentação*, reconhecido em declarações internacionais de direitos e noutras constituições nacionais; e o *direito de acesso à informação e às redes informáticas*, decisivo na actual sociedade da informação e do conhecimento. Este último jaz diluído no art. 35.º (relativo à protecção de dados pessoais), sendo, julgamos, importante autonomizá-lo como direito social.

Acresce que a responsabilidade do Estado deve expressar-se em deveres precisos que permitam a tradução dos direitos no espaço social: implicando políticas e meios adequados nos planos financeiro, humano, tecnológico, em obediência a critérios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade ética e cultural, e qualidade, e expondo juridicamente o Estado pelo seu não cumprimento. Constituições recentes como as da África do Sul (1996) e da Finlândia (1999) reconhecem já o papel dos tribunais na verificação da razoabilidade desse tipo de medidas.

Mais, é hoje vital que os agentes sociais, as organizações privadas, concorram para o cumprimento dos direitos económicos e sociais. Que a sociedade é sujeito passivo de direitos sociais é reconhecido pela CRP no que respeita à família e à criança (arts. 67.º/68.º). Ainda que a CRP não o admita explicitamente, também as condições indispensáveis à realização de direitos económicos como os direitos dos trabalhadores (condições de trabalho, retribuição, repouso – art. 59.º) ou dos consumidores (qualidade dos bens e serviços – art. 60.º) dependem, em rigor, de entidades não estaduais, as empresas. No sentido de sublinhar a quota-parte das empresas na efectivação dos direitos fundamentais, sugerimos que os direitos à liberdade de iniciativa privada e de propriedade privada (arts. 61.º e 62.º) sejam qualificados com a introdução do princípio da responsabilidade social.

Artigo 17.º Regime dos **direitos fundamentais**[1]

1. O Estado e as suas instituições devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.

2. (texto actual do art. 17.º)

3. O regime dos direitos económicos, sociais e culturais aplica-se aos enunciados no título III.

1
As alterações sugeridas figuram em **bold**.

Artigo 18.º (Força jurídica)

1a. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos económicos, sociais e culturais vinculam as entidades públicas à adopção de políticas e à mobilização de meios adequados nos planos financeiro, humano e técnico, em obediência a critérios de disponibilidade, acessibilidade e qualidade de instalações, bens, serviços e programas funcionais.

1. A lei só pode restringir os **direitos fundamentais** nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

2. As leis restritivas de **direitos fundamentais** têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Qualquer referência a "direitos, liberdades e garantias" constante dos artigos seguintes do Título I (Princípios gerais) deve ser substituída pela referência a "direitos fundamentais".

Artigo 61.º (Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária)

1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei, tendo em conta o interesse geral **e com sentido de responsabilidade social.**

Artigo 62.º (Direito de propriedade privada)

1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, **assim como o dever de a proteger e utilizar de forma socialmente responsável**, nos termos da Constituição **e da lei.**

Artigo 63.ºA (novo)

A todos é garantido o direito de acesso regular, permanente e sem restrições, directamente ou por meio de aquisições públicas, a alimentação quantitativa e qualitativa adequada e suficiente, em moldes que assegurem condições de vida física e mental satisfatórias e dignas, individual e colectivamente.

Artigo 78.ºA (novo)

1. A todos é garantido o livre acesso às redes informáticas de uso público.

2. Incumbe ao Estado e demais entidades públicas facilitar o acesso às bases de dados e de informação de interesse público sob sua tutela.

Organização Económica

A Organização Económica (Parte II da CRP) é construída sobre a dicotomia Estado/mercado à luz de um modelo de economia mista assente na coexistência dos sectores de propriedade e de iniciativa económica (arts. 80.º, alíneas b), c), d) e f)). O mercado é, sobretudo, presumido quando se encarrega o Estado de assegurar o seu funcionamento eficiente (art. 81.°, alínea f)). O papel do Estado é, em contrapartida, densamente explanado em obediência ao princípio fundamental do "*planeamento democrático do desenvolvimento económico e social*" (art. 80.º, alínea e)). As incumbências prioritárias do Estado são enunciadas no art. 81.º, combinando quatro tipos de tarefas: i) as relativas à efectivação dos direitos fundamentais, prolongando funções decorrentes dos Títulos II e III da Parte I como a promoção do bem-estar e da justiça social ou a defesa dos consumidores; ii) a promoção do desenvolvimento e da coesão social e territorial; e iii) a promoção da solidariedade por meio da correcção das desigualdades; e iv) políticas públicas "transversais" nos domínios da ciência e tecnologia, energia e água.

Falta, cremos, um conceito agregador apto a desenhar o papel do Estado de uma forma socialmente apreensível e mobilizadora: desde logo, como Estado Social e como Estado Ambiental: a responsabilidade hoje vital de proteger a natureza e o ambiente deve atravessar toda a acção pública. Estes meta-princípios deveriam, no nosso entender, figurar como fundamentos explícitos do próprio Estado no art. 2.º.[2]

A crise financeira e económica trouxe consigo um reavivar do debate sobre o papel económico do Estado obrigando a repensar a complementaridade entre Estado e mercado. Nas últimas décadas, a privatização e liberalização das actividades económicas reafirmaram o Estado como regulador não apenas nos mercados

2 Cremos ser insuficiente reconhecer a relevância jurídico-constitucional do Estado Social de natureza interpretativa, como fazem Canotilho e Moreira (2007, p. 211).

emergentes, mas também da concorrência de uma forma mais geral, bem como dos riscos ambientais, de saúde pública, de segurança. O actual paradigma do Estado regulador não se traduziu, no entanto, no texto constitucional (Santos, Gonçalves e Marques, 2011).[3] O planeamento perdeu, por seu lado, actualidade como princípio fundamental da organização económica. Actualmente, a função do(s) plano(s) é ordenar a promoção do desenvolvimento económico pelo Estado, não propriamente "planear" esse desenvolvimento. A ênfase no planeamento deixa, além disso, na penumbra a influência do Estado sobre o mercado, o que verdadeiramente importa fazer transparecer. A nossa sugestão de alteração do art. 80.º procura superar esse desajustamento.

Finalmente, o enunciado das políticas públicas na esfera económica (agrícola, comercial, industrial) reflecte uma visão porventura demasiado convencional, sectorizada, da economia. Domínios transversais presentemente de relevância decisiva como a política de ambiente (referida na versão actual da CRP a propósito do direito fundamental ao ambiente) e, eventualmente, uma política do mar, mereceriam ser discriminadas enquanto políticas públicas com efeitos estruturantes da actividade económica.

3
O termo "regulação" é referido apenas uma vez pela CRP, a respeito da comunicação social (art. 39.º).

Artigo 2.º (Estado de direito democrático**, social e ambiental**)

A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, **social e ambiental** baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Artigo 80.º (Princípios fundamentais)

e) Planeamento democrático das políticas públicas de desenvolvimento económico e social;

f) Regulação pública da actividade económica; (nova)

Artigo 81.º (Incumbências prioritárias do Estado)

g) Regulação pública da prestação dos serviços de interesse geral, competindo ao Estado velar pelo seu funcionamento regular nas melhores condições de quantidade e qualidade da oferta e pela garantia do acesso e igualdade de tratamento de todos os cidadãos. (nova)

Bibliografia

Canotilho, J. G. e Vital Moreira (2007), *Constituição da República Anotada* – Vol. I, Coimbra: Almedina.

Feldman, Sandra (2009), *Human Rights Transformed. Positive Rights and Positive Duties*, Oxford: Oxford University Press

Novais, J. Reis, (2006), *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra editora.

Santos, A.C., M. E. Gonçalves e M. M. Leitão Marques (2011), *Direito Económico*, Coimbra: Almedina. (6.ª edição, no prelo)

Teubner, Gunther (2004), *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory*, Storrs Lectures 2003/04 Yale Law School, http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/societal_constitutionalism.pdf

Índice TEMÁTICO | Índice de AUTORES | Início do ARTIGO

Maria Eduarda Gonçalves LL.M, Harvard Law School, Doctorat d'État en Droit, Universidade de Nice, é professora catedrática no ISCTE–IUL do DINÂMIA-CET, ISCTE–IUL, tem coordenado e participado em diversos projectos de investigação apoiados pela FCT ou pela Comissão Europeia e publicado em Portugal e internacionalmente em especial nos domínios do direito da economia e da informação, da regulação do risco e das relações entre ciência, política e direito, privilegiando perspectivas transdisciplinares sobre a realidade jurídica. Tem participado em diversos conselhos e grupos de trabalho quer no plano académico, quer no âmbito das Nações Unidas e da UE.

Despesas (e Receitas)

José A. Tavares

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

É raro um texto de economia resistir à tentação de citar Adam Smith. A inclinação é natural. O primeiro nome é um epíteto: quase tudo de realmente substancial na vida das economias foi discutido por esse Adão e (quase) primeiro homem da economia política. O apelido de Smith, com o que alude de pragmático e universal, sugere a densidade de bom senso que o pacato professor escocês destilou na sua obra.

Citemos, então, as palavras de Adam Smith. Segundo o filósofo, o governante:

"(...) deve estimular os governados a exercer pacificamente o seu ofício tanto no comércio como na agricultura ou em qualquer outra profissão, de modo a que o temor de lhe serem retiradas as suas propriedades não o dissuada de as melhorar, e que o temor dos tributos não o impeça de abrir um comércio."

Despesas...

É característico e não surpreende que o primeiro artigo da constituição da república portuguesa a referir despesas ou receitas do estado (Artigo 103.º) mencione a "satisfação" (sic) das "necessidades financeiras do estado, e de "outras entidades públicas". Infelizmente não surpreende. Parte-se do estado e não do cidadão e indivíduo. Um individualismo *au contraire*. Das receitas numa perspectiva de entesouramento, e não da natureza das despesas, sua necessidade e plausibilidade. E atribui-se à grande entidade anónima e abstracta, o Estado, e a vagas "outras entidades públicas" necessidades financeiras que, como não estão limitadas pela sua utilidade e bom senso, suspeitamos que nunca poderão ser realmente "satisfeitas".

No Artigo 105.º, é referido que as despesas e receitas no orçamento são decididas "de harmonia com as grandes opções em matéria de planeamento". Um estado que pensa como gastar, em lugar de cidadãos que expressam vontades e necessidades. Das funções que as despesas públicas devem desempenhar aparece no Artigo 103.º uma "repartição justa dos rendimentos e da riqueza". Num mundo em que o estado deve ponderar liberdade e igualdade, a nossa constituição ainda permite ao estado pensar pouco e pensar menos quando se decide a gastar.

... e Receitas

No Artigo 104.º ficamos a saber que o imposto sobre o rendimento "visa a diminuição das desigualdades" e a tributação do património "a igualdade entre os cidadãos". O imposto como castigo e não como instrumento. Ausente a ponderação dos custos, privados e sociais, resultantes dos impostos. Ausente em particular a comparação dos custos dos impostos com os benefícios que a despesa por eles financiada gera para os cidadãos. Nem os eficazes impostos sobre o consumo se livram da obrigação de "justiça social", "devendo onerar os consumos de luxo". A dimensão justicialista da cobrança de impostos é evidente. A ignorância pueril da complexidade das relações sociais flagrante.

Elenca-se no Artigo 103.º como os impostos devem ser criados (por lei) e o que esta deles determina (incidência, taxa e benefícios fiscais). Um pouco antes do ponto final, incluem-se, finalmente, as "garantias dos contribuintes". Reconforta-nos a sugestão de que não devem ser cobrados impostos retroactivos ou não previstos pela lei.

O Artigo 105.º, sobre o orçamento anual, aponta "as receitas necessárias para cobrir as despesas". Mais uma vez, não há um exercício sobre a lógica ou racionalidade das despesas como ponto de partida para qualquer esforço de cobrança. Os impostos como recolha mecânica de fundos. Esquece-se a possível inteligência dos impostos que corrigem falhas de mercado, promovem a concorrência e asseguram a igualdade de oportunidades. Do lado das receitas do estado predomina a visão financista e materialista, histórica.

O Artigo 167.º impede vários actores políticos e sociais de elaborar "projectos de lei, propostas de lei ou propostas de alteração que envolvam (...) aumento das despesas ou diminuição das receitas". O ponto 3 acrescenta que também não o poderão fazer através de referendo. Alguma sensatez. Mas também o tique de limitar a iniciativa cidadã.

E os governos em funções? Que aumentos da despesa estão autorizados a promover? Todas? Algumas? Nenhumas? Segundo o Artigo 200.º, podem os governos, através do Conselho de Ministros, aprovar actos "que envolvam aumento ou diminuição das receitas ou despesas públicas". Uma incompreensível confiança na liberdade de iniciativa para o governo gastar e cobrar.

Dois Princípios

No que respeita a despesas e receitas públicas, a constituição portuguesa hesita entre o estado masculino e antigo e castigador que cobra para punir, e a mãe enorme e impossível que abraça todos os direitos dos filhos, quase incapaz de os distinguir e valorizar, promovendo o seu desenvolvimento. Como se sabe, as figuras paternais e maternais, se elevadas a proporções constitucionais, facilmente adquirem tiques monstruosos.

As oportunidades de busca da felicidade e de realização pessoal que continuam abertas à generalidade dos cidadãos, não reguladas por ordens profissionais, residem hoje quase só na arte, na política e na prática quotidiana do capitalismo. As duas primeiras têm limites óbvios: ora o talento, ora o número escasso de eleitos no sistema político representativo. É na criação e transformação da actividade económica que a maior parte dos cidadãos encontra oportunidades de expressão, de afirmação e de mobilidade social. Um capitalismo sujeito à responsabilidade e ao risco que lhe correspondem, naturalmente. Um dos primeiros deveres do estado é abster-se de despesas e tributos que na prática destruam esse espaço individual de liberdade e de igualdade de oportunidades.

Na constituição de uma república, a definição das despesas e receitas do estado pode seguir dois princípios de bom senso:

Definir e enumerar os benefícios a retirar das despesas do estado

Além da eficiência económica pela correcção de falhas de mercado (como a poluição) e a promoção de bens de mérito (educação, saúde), o estado e o governo como seu agente podem e devem amparar aqueles que se encontram em situação de carência por motivos alheios às suas escolhas. Eficiência e equidade são os dois fins naturais da acção dos governos, e não necessariamente por esta ordem. A constituição deve explicitá-los, nomeá-los, relacioná-los. Aos cidadãos, com o seu voto e a sua voz, deve-se permitir a expressão dos pesos que desejam para prosseguir cada um desses fins: liberdade, igualdade e fraternidade. Numa democracia funcional o poder é exercido pelos agentes políticos que melhor reflectem, em cada momento, a soma e o espírito dos valores individuais.

Comparar os benefícios da despesa aos custos da imposição dos impostos correspondentes

Nem todos os impostos nascem iguais. O custo de um imposto em concreto sobre as actividades económicas depende do nível e variabilidade das taxas, da quantidade de excepções e da própria natureza do que é tributado (rendimento,

consumo, outras transacções). A constituição deve enumerar e discutir os vários custos da tributação, cotejando-os com os benefícios da despesa.

Uma Proposta Modesta

O mal-estar em relação ao estado é profundo e não uma mera questão de receitas e despesas. A direita ensaia recuos automáticos e a esquerda lembra necessidades por satisfazer. Mas a decisão sobre o peso do estado não lhes pertence. Deve ser restituída aos cidadãos. Uma proposta modesta?

Atribuir aos cidadãos, e apenas a eles, a iniciativa de permitir aumentos globais do peso da despesa pública

O peso da despesa do estado deve ser limitado e o aumento desse limite sujeito a mudança apenas por referendo. O importante não é o número, o importante é que um número exista. Mais concretamente, um número de dois algarismos. Podem servir 35, 40, ou 45 por cento do produto. Discuta-se e escolha-se. E depois, que seja possível aumentar esse limite máximo da despesa apenas por referendo e maioria qualificada. Um limite sobre as despesas tem, sobre a limitação das receitas, a vantagem de obrigar os cidadãos a reflectir sobre os benefícios e amparo que desejam do estado. Ao mesmo tempo, e ao contrário de limites sobre as receitas, facilmente demagógicos e oportunistas, limitar as despesas globais evita a dinâmica política que as transforma em défices recorrentes. Um limite superior ao peso da despesa deixa aos governos a liberdade de escolher entre vários tipos de impostos e dívida pública e, uma vez atingido esse limite, obriga os governos a estabelecer prioridades claras quanto à despesa. A diminuição das despesas globais, a alteração da sua composição, assim como qualquer acção sobre as receitas, podem e devem continuar responsabilidade dos governos.

À constituição e à discussão do orçamento da república deve ser restituída a inteligência e uma atenção cuidada aos indivíduos. Um suplemento de alma que ultrapasse a actual lógica redutora, financeira e materialista, que "reduz" as despesas a itens necessitados de financiamento, e os impostos a mecanismos de inibição de diferenças.

A constituição

A citação acima, de Adam Smith, é desonesta. É desonesta porque não é de Adam Smith, mas de Nicolau Maquiavel. Não foi escrita em vida do filósofo escocês, no século XVIII, mas duzentos e cinquenta anos antes. Injustamente esquecida, a

citação aparece numa obra do florentino que não é o *Príncipe* nem os *Discursos*, mas a mais obscura *Mente Di Un Uomo Di Stato*.

É urgente alterar a constituição? Não. É importante mudar a constituição? Talvez não. Vale a pena? Só se as almas não forem pequenas.

Controlar o peso global do estado na economia é um direito de cidadania. Para que cidadãos livres e iguais e fraternos não sejam afinal "dissuadidos de melhorar".

Pois se um douto asceta escocês e um florentino perspicaz e perverso puderam em tempos tão diferentes chegar a respostas que se confundem no seu bom senso para a conduta do estado, porque não nós?

Porque não nós?

Índice TEMÁTICO | Índice de AUTORES | Início do ARTIGO

José Albuquerque Tavares Especializou-se em Economia Política e Macroeconomia na Universidade de Harvard, onde se doutorou em Economia. Ensinou em Harvard, na University of California Los Angeles (UCLA) e é neste momento professor na Universidade Nova de Lisboa e investigador do Centre for Economic Policy Research (CEPR) em Londres. A sua investigação, que aprofunda entre outros temas a relação entre democracia e crescimento económico, o custo da discriminação de género e o papel da internacionalização no combate à corrupção, foi publicada em revistas académicas na Europa e nos Estados Unidos, e em volumes da Harvard University Press, MIT Press e Princeton University Press.

Revisão Constitucional

Luís Campos e Cunha

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Penso que poderíamos ter três tipos de revisões da Constituição. Num caso extremo, tudo poderia ser questionado, pelo que seria uma nova constituição e não tanto uma simples revisão. Por exemplo, ao estar tudo em causa, na organização política, uma constituição mais presidencialista (ou mais parlamentarista) seria uma possibilidade a ser discutida. Num caso intermédio, poderíamos ter uma revisão profunda, embora sem pôr em causa as características mestras da Constituição actual. Numa revisão mais minimalista apenas limaríamos algumas arestas envelhecidas pelo tempo.

Como não parece haver ambiente político para qualquer das duas primeiras e, por outro lado, dada a natureza do exercício pedido, em que cada pessoa opina sobre um aspecto parcelar da constituição, opta-se por uma abordagem minimalista nas sugestões apresentadas.

Qualquer pessoa, como foi o meu caso que não lia a constituição há muitos anos, se surpreende por expressões e artigos sem qualquer conteúdo jurídico ou político efectivo. O número de artigos que são apenas declarações de boas intenções é avassalador. Geralmente, tais artigos são inócuos, no sentido de que todos estamos de acordo, mas nada se retira daí. Sugerir que desapareçam do texto constitucional apenas porque não devem fazer parte da Constituição da República pode parecer que estamos contra, quando não é o caso. Há alguns exemplos abaixo, embora poucos, dada a abordagem minimalista.

Outro aspecto importante que podemos constatar é o número de vezes que agentes políticos culpam a Constituição por impedir a realização de uma dada reforma. Como qualquer lei, uma constituição que não *incomode* não é uma constituição. Resta apenas saber se esse *incómodo* é razoável e bem-vindo.

Terceira nota, tem a ver com o período que estamos a viver. Nesta altura não são os artigos relacionados com a organização económica que podem ser os culpados dos problemas que atravessamos. São os relativos à organização política do sistema. A *culpa* dos nossos problemas está na ausência de penalização de comportamentos e políticas irresponsáveis, na falta de renovação dos partidos, na incapacidade do sistema para atrair os melhores para a causa pública e de gerar

os líderes políticos necessários. Deveria ainda, dadas as novas tecnologias e a sensação de insegurança das populações, referir a necessidade de acautelar a privacidade, essencial para um exercício efectivo da liberdade.

Neste sentido, ficou-me o trabalho simplificado, mas também menos relevante, ao ser-me pedido para me concentrar na parte económica, social e cultural – Art. 58.º a 107.º – da Constituição da República.

Art. 58.º, n.º 2, a). Deveria dizer-se: "Políticas orçamentais anti-cíclicas estabilizadoras do emprego". O pleno emprego só pode ser um objectivo se houver, nos períodos de expansão, uma política orçamental restritiva; caso contrário, na fase recessiva do ciclo, não há capacidade de endividamento para tal, como o momento que estamos a viver amplamente demonstra. A formulação sugerida tem implícita política orçamental adequada para toda a fase do ciclo.

Art. 59.º, n.º 2, c). Embora a protecção das mães no mundo do trabalho seja comum, desejável e particularmente necessária num período de baixa taxa de natalidade, tal protecção deveria ser uma despesa para o Estado e não para as empresas. Colocar os custos nas empresas é, de facto, onerar o emprego das mulheres jovens e constitui um incentivo à discriminação no emprego. A fiscalização por parte do Estado, como até agora, é na prática difícil e tem custos muito elevados. Além disso não compete às empresas pagar a acção social que compete ao Estado. Este argumento aplica-se igualmente aos Art.s 59.º n.º 2f) e 68 n.º 3.

Art. 59.º, n.º 2, d). Pode ser eliminado sem perdas. É um procedimento antigo e o Estado pode simplesmente apoiar sem ser ele próprio a desenvolver.

Art. 59.º, n.º 2, f). Mais uma vez deve ser o Estado a suportar os custos inerentes aos trabalhadores-estudantes e não as empresas. Ver justificação acima sobre o caso das mães trabalhadoras.

Art. 60.º, n.º 2. Deveria ser incluída uma referência à publicidade dirigida às crianças, de forma ao Estado a regular devidamente.

Art. 61.º. Pode ser eliminado por ser irrelevante.

Art. 63.º. O sistema de segurança social não tem de ser unificado – n.º 2 – mas de cobertura generalizada, o que também decorre do n.º 1 do artigo. Deveria ainda ser consignado o direito de qualquer pensionista, uma vez atribuída uma pensão nos termos da lei, de esta não poder ser alterada, reduzida ou cancelada. Num momento em que princípios do estado de direito têm sido violados e os regimes de pensões abruptamente alterados, é importante tal garantia para pessoas que, pela sua idade, já não podem ajustar a sua situação económica.

Art. 64.º, n.º 2. Este é um artigo muito controverso num momento em que os Custos do Serviço Nacional de Saúde (SNS) têm tido consequências financeiras muito vultuosas. Como consequência da situação financeira do Estado actual, o estado social está claramente em risco. A actual formulação de "tendencialmente gratuito" pode, neste momento, não ser possível de cumprir sem uma deterioração grave dos cuidados a prestar. Assim, sugere-se uma formulação alternativa, em que o Estado garanta a todos os cidadãos o acesso aos cuidados de saúde, em condições económicas condicentes com os rendimentos de cada família, nomeadamente sendo gratuito para os mais desfavorecidos, e assegurando necessariamente que ninguém seja discriminado por razões económicas. Parece ser uma formulação suficientemente forte para não causar alarme nem temores e, por outro lado, pode exigir mais contribuições para o financiamento do SNS por parte de quem pode pagar parcialmente os seus cuidados de saúde.

Art. 64.º, n.º 3, a). Incluir os cuidados paliativos e continuados.

Art. 64.º, n.º 3, d). Deveria ser alterado para "Regular e fiscalizar as formas empresariais e privadas de medicina por forma a assegurar, nas instituições públicas e privadas, adequados padrões de qualidade". O Estado não pode, nem deve, "disciplinar", mas regular. Segundo, a medicina privada não pode ser "articulada" à força pelo Estado com o SNS. Por último, a "eficiência" da iniciativa privada não pode ser assegurada pelo Estado, que, aliás, não o tem conseguido nas suas próprias instituições de saúde.

Art. 64.º, n.º 3, e). Substituir "disciplinar e controlar" por "regular e fiscalizar".

Art. 65.º, n.º 2 e 3. Eliminar, porque são princípios programáticos e reflectem preocupações que nem hoje nem num futuro próximo se colocam.

Art. 66.º, n.º 2, a). A poluição não é única, pelo que se deve alterar o artigo para "… as várias formas de poluição…"

Art. 66.º, n.º 2, h). Substituir "… política fiscal…" por "…uma política de subsídios, taxas e impostos…". É mais geral e mais correcto.

Art. 67.º, n.º 2, d). Simplificar passando a ser "Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao exercício de uma maternidade e uma paternidade conscientes."

Dever-se-ia acrescentar o princípio de não discriminação, nomeadamente fiscal, das famílias legalmente constituídas.

Art. 67.º, n.º 2. Acrescentar "… de casais heterosexuais"

Art. 68.º, n.º 3. Ver art. 59, n.º 2 c)

Art.s 74.º a 76.º. Estes artigos deveriam referir explicitamente que o importante é o Estado garantir ou promover (conforme os casos) o ensino, a formação e o acesso à cultura, em articulação com instituições privadas e instituições de fins não lucrativos. O Estado não tem de fazer, tem apenas de promover ou garantir o apoio às famílias para que o exercício dos direitos se concretize.

Art. 74.º, n.º 1. Deveria passar a ter a seguinte redacção: "Os pais, as autarquias, os professores e os alunos têm o direito de participar nas orientações e de responsabilizar a gestão das escolas, nos termos da lei." Além disso, a gestão "democrática" das escolas é um absurdo e um mito perigoso.

Art. 80.º, a). Deveria ler-se: "Assegurar a independência do poder político face ao poder e interesses económicos privados".

Art. 80.º, e). Eliminar: não há planeamento.

Art. 81.º, b). Onde está "fiscal" deveria estar "orçamental". Cada vez mais a despesa pública tem sido utilizada para promover a justiça social e cada vez menos os impostos têm conseguido assegurar tal objectivo.

Art. 81.º, h). Eliminar. Ver adiante, art.s 93.º e seguintes.

Art. 81.º, j). Eliminar, não há planeamento nem plano.

Art. 85.º. Eliminar. Teve, eventualmente, razão de ser num passado longínquo e muito particular.

Art. 86.º. O estado não deve ter a obrigação de incentivar (leia-se, subsidiar de alguma forma) a actividade privada. O Estado deve criar condições propícias para o desenvolvimento da actividade empresarial privada, nada mais.

Art. 89.º. Eliminar. Felizmente, nunca se aplicou que eu saiba.

Título II Planos Art. 90.º a Art. 92.º.

Onde está "plano" deveria ler-se "programas". O Art. 91.º deveria ser eliminado porque não há grandes opções de um plano que não existe. Tal referência deve também ser eliminada no Art. 92.º.

Art. 93.º, n.º 1, a). Tecnicamente, deveria ser aumentar o produto e não a produção. De qualquer modo, o mais correcto é eliminar esse objectivo e ficar apenas pelo aumento da produtividade.

Art. 93.º, n.º 1, b). Eliminar a última frase: a "terra a quem a trabalha" há muito que deixou de ter sentido.

Art. 93.º, n.º 1, c). Eliminar a referência aos "termos de troca". Está fora da capacidade do Estado, não sei se alguma vez foi um problema e certamente que não o será por muitos anos.

Art. 94.º. Eliminar o actual texto do artigo e chamar-lhe "reordenamento fundiário". Não deveria ter como objectivo, o eliminar os latifúndios ou reordenar o minifúndio, mas tão só procurar ou promover uma estrutura de propriedade fundiária economicamente rentável. No fundo, o Art. 95.º seria suficiente desde que devidamente adaptado e, em vez de falar de minifúndio, falar de explorações de dimensão económica ineficiente. Assim, para quem quiser, engloba-se tanto o minifúndio como o latifúndio.

Art. 97.º, n.º 1. Devia acabar em "… pequenos e médios agricultores."

Art. 97.º, n.º 1, d). Falar em estímulos ao associativismo rural chega.

Art. 98.º. Substituir "trabalhadores rurais" por "agentes ligados à agricultura".

Art. 100.º, a). Tecnicamente, deveria ser aumentar o produto e não a produção. De qualquer modo, o mais correcto é eliminar esse objectivo e ficar apenas pelo aumento da produtividade.

Art. 103.º, n.º 3. O princípio da não retroactividade fiscal deveria ser reforçado para evitar casos lamentáveis como o que aconteceu num passado recente.

Art. 104.º, n.º 4. Não vale a pena referir "… devendo onerar os consumos de luxo". Tal conceito não tem significado económico e, como tal, não é passível de ser aplicado. Além disso, há restrições europeias inultrapassáveis.

Art.s 105.º (Orçamento), 106.º (Elaboração do Orçamento) e 107.º (Fiscalização)

Estes artigos sobre o Orçamento do Estado (OE) são dos que mais necessitam de alterações e melhorias, do meu ponto de vista. Primeiro, acabar com as referências às grandes opções do plano que não existe (ver acima, art.s 90.º a 92.º) e a "massa monetária e suas contrapartidas" que nada significam em contexto do euro, como moeda multinacional.

Segundo, o OE deve ser apenas uma estimativa de receitas e uma autorização de despesas. Isto implica, por exemplo, que alterações de impostos devam ser aprovados antes da apresentação do OE.

Terceiro, aquele princípio deve também ser estendido de forma a que outras leis também não sejam alteradas no contexto do OE. Por exemplo, já se tentou alterar a lei de financiamento dos partidos nesse contexto, que felizmente não passou. Mas, por outro lado, têm sido alteradas leis sobre pensões e reformas no contexto do OE; ora tais leis têm a ver com o futuro longínquo das pessoas e não devem ser alteradas no contexto de uma lei que pela sua natureza é para vigorar por um ano. O mesmo se passa com as leis relativas a impostos que têm de ter previsibilidade e estabilidade para o bom funcionamento da economia. Tais exemplos mostram que essas leis têm relevância própria e devem ser discutidas e aprovadas antes do OE e independentemente deste. Uma última razão para o OE ser apenas uma lei sobre previsão de receitas e autorização de despesas, tem a ver com o exercício efectivo do direito de veto presidencial. Se, no contexto do OE, aparecer uma alteração a uma lei – relativa a pensões, por exemplo – que o Presidente considere inaceitável, tem de vetar todo o OE, criando uma situação politicamente muito complicada. O que, na prática, vai coarctar de forma inaceitável o exercício do veto presidencial.

Quarto, o quadro macroeconómico que subjaz à previsão de receitas e despesas deveria ser elaborado por uma autoridade técnica independente. As previsões de receita deveriam ser devidamente justificadas pelo Governo. A manipulação de previsões de crescimento e inflação que sistematicamente é feita nas proposta de orçamento, não é admissível. Mais inadmissível ainda é, como aconteceu no OE-2011, que o cenário macro tenha 2 páginas (incluindo um quadro) com um simples parágrafo justificativo. Para cúmulo, afirma-se não ser esse o cenário macro subjacente ao próprio OE, sem que o alternativo seja explicitado e justificado.

Quinto, para evitar despesismo excessivo por parte da oposição, que não fica responsável pela suas consequências, deveria haver um princípio, vulgarmente conhecido por "lei travão", em que nenhuma proposta de alteração pode aumentar a despesa global proposta pelo Governo. Assim, qualquer proposta do Parlamento para aumentar uma despesa só pode ser feita se for acompanhada por uma proposta clara e detalhada de redução de outra despesa.

Sexto, a fiscalização tem de ser feita, como penso estar em elaboração, por uma autoridade independente que acompanhe a execução orçamental numa óptica de contabilidade nacional. Esta óptica é a necessária aos compromissos internacionais e, por outro lado, é inaceitável e perigoso para Portugal que a previsão do défice seja sujeita a manipulações eleitorais como aconteceu em 2009.

Aspectos gerais

Há um conjunto de aspectos gerais que merecem ser mencionados e cujas consequências se referem a vários artigos da Constituição.

(i) Cooperativas e Associações de moradores. A referência repetida a cooperativas e associações de moradores deveria ser eliminada. São fruto de um tempo que não é o nosso. Em particular, as cooperativas são objecto de uma discriminação positiva absolutamente injustificada. As cooperativas, com honrosas excepções, não estão adequadas à dinâmica económica actual. A título de exemplo, as adegas cooperativas não foram, na sua vastíssima maioria, um instrumento da melhoria na qualidade dos vinhos em Portugal. Pelo contrário, foi apesar da sua existência que o vinho subiu de qualidade e produção nas últimas décadas. A sua estrutura de decisão e funcionamento fomenta uma gestão pouco profissional e pouco virada para a qualidade.

(ii) Terminologia tipo "desenvolvimento dos meios de produção" ou "acumulação" deveria ser alterada. Aqui é apenas uma questão semântica.

(iii) Audições parlamentares. Há um conjunto de nomeações governamentais por onde passa muita da clientela partidária. Está-se a pensar em directores gerais de ministérios, passando por presidentes de instituições de regulação e gestores de empresas públicas. Sem pôr em causa a sua escolha pelo governo, a sua nomeação definitiva deveria ser antecedida de uma análise parlamentar do curriculum da pessoa indigitada. Essa audição parlamentar deveria ser tão técnica quanto possível e virada apenas para a análise curricular e não para um hipotético programa de acção para a instituição que irá dirigir. É natural um desconhecimento da situação concreta em que vai encontrar a instituição ou o organismo. Além disso, amarrar a um compromisso programático pode ser contraproducente. Seria, portanto, apenas uma análise curricular, cujos critérios passariam pelo desempenho de funções de direcção no passado e por formação técnica exigida. Mesmo que a opinião formal do Parlamento não seja vinculativa, poderia ser um dissuasor importante para a não nomeação de dirigentes incompetentes e por razões meramente de clientelismo partidário.

Luís Campos e Cunha Professor de Economia da Universidade Nova de Lisboa, desde 1985, foi também docente na Universidade Católica. Foi Director da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa (2002-05). Vice-Governador do Banco de Portugal, entre 1996 e 2002. Ministro de Estado e Ministro das Finanças do XVII Governo Constitucional (2005). Presidente da SEDES e Vice-Presidente da Fundação Serralves. Consultor do Banif.

Organização do poder político

Parte III da Constituição da República: Semipresidencialismo "on probation"?

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Carlos Blanco de Morais

1. A arquitectura do poder político na Constituição em vigor: um sistema semipresidencialista

Na elaboração de um juízo estimativo sobre o que deve subsistir na *"Organização do Poder Político"* do Estado será indispensável ter como ponto de partida o modelo arquitectónico do mesmo poder, ou seja, o sistema político de governo.

O sistema português incorpora *quatro traços estruturais do semipresidencialismo,* a saber:

i) *Eleição do Presidente por sufrágio universal,* como instrumento de reforço da sua legitimidade política;
ii) *Diarquia institucional entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro,* a qual acentua que o Presidente não chefia directa e formalmente o poder Executivo;
iii) *Dupla responsabilidade do Governo, perante o Presidente da República* (responsabilidade institucional) *e perante a Assembleia da República* (responsabilidade política);
iv) *Livre de dissolução do Parlamento pelo Presidente da República,* a qual se afigura como a mais decisiva competência "moderadora" do Chefe de Estado.

Importa agora definir qual o tipo de semipresidencialismo que vigora.

Para além da importância que releva do acervo dos *poderes presidenciais* (como é o caso da dissolução parlamentar, do veto político, da fiscalização preventiva da constitucionalidade e da "magistratura de influências"), *o factor mais determinante para definir o pendor do sistema radica na maioria absoluta ou relativa que sustenta o Governo no Parlamento e na relação entre a mesma e a maioria presidencial.* Essa relação poderá ser de ***confluência*** (identidade política entre as duas maiorias) ou de ***coabitação*** (distonia entre elas).

As *maiorias parlamentares absolutas* (monopartidárias ou em coligações homogéneas) *em cenário de coabitação* apagam o protagonismo do Parlamento (cuja bancada maioritária fica submetida à liderança do Primeiro-Ministro) e reduzem

a iniciativa política do Presidente, embora acentuem os seus poderes de controlo (veto e fiscalização). O sistema semipresidencial assume, neste caso, pendor *governativo ou primo-ministerial* (cfr. Cavaco Silva de 1987 a 1995, de José Sócrates de 2005 a 2009 e de Durão Barroso de 2002 a 2004).

Já um *governo minoritário em regime de coabitação* acentua um maior *pendor parlamentar* do sistema, tal como passou a suceder no ciclo iniciado em 2009. Este *pendor parlamentar também existe em versão atenuada* (com maior equilíbrio Parlamento/ Governo) em cenários de *confluência* com executivos quase-maioritários (Guterres entre 1996-2002).

Se houver confluência entre o Presidente e a maioria parlamentar absoluta o sistema pode *reforçar o pendor presidencial* no caso de o Presidente ter um perfil de liderança carismática e interventiva e de o Primeiro-Ministro ser alguém da sua confiança (cenário que nunca ocorreu em Portugal até 2010). Mas se essa *conjunção subjectiva* entre *os dois pólos da diarquia não ocorrer,* despontará o risco de uma tensão institucional se os mesmos disputarem a liderança da mesma maioria política (cfr. nos anos setenta o duelo Giscard / Chirac). Contudo, caso o Presidente se resuma a uma actividade "notarial" ou a uma função discreta de moderação, o pendor do semipresidencialismo será *governativo* (cfr. período de 2005/2006 na relação de confluência Sampaio/Sócrates).

O sistema semipresidencial português assume, deste modo, uma geometria variável.

2. Opções de conservação e mudança da organização do poder político em sede de revisão constitucional

2.1. O sistema semipresidencialista posto à prova no ciclo político iniciado em 2011

A entronização de um Chefe de Estado com legitimidade representativa própria, estatuto supra-partidário e poderes arbitrais e moderadores conta, ainda, *com uma larga maioria de adeptos,* recolhendo alguma tradição no constitucionalismo português. Cumpre, todavia, assinalar a posição dos que defendem a evolução do sistema para um *parlamentarismo racionalizado*, que atenue o papel do Presidente e do Parlamento e reforce a autonomia do Governo. Considera essa sensibilidade que o próprio semipresidencialismo de matriz francesa *não foi concebido para cenários de coabitação* e que esta, em Portugal, gerou uma exacerbada conflitualidade entre Presidente e Governo, servindo a função moderadora como arma política do Chefe de Estado para debilitar a maioria governante.

Assim, a coabitação tumultuosa entre Eanes e diferentes maiorias parlamentares trouxe no bojo a criação do PRD, um partido "eanista" que configurou um projecto de poder. A coabitação Mário Soares / Cavaco Silva (1986/1995) envolveu uma estratégia do então Presidente para entorpecer reformas e debilitar o Governo de forma a beneficiar o regresso ao poder do PS, ameaçando a dissolução parlamentar,

liderando convenções oposicionistas (*Portugal Que Futuro?*) e estimulando protestos de rua anti-governamentais através do "direito à indignação". Também a coabitação Jorge Sampaio / Santana Lopes (2004) foi turbulenta, tendo o Presidente dissolvido o Parlamento depois de colocar um Governo apoiado por uma maioria parlamentar absoluta "sob tutela". E mesmo a coabitação Cavaco Silva / José Sócrates, embora não tenha envolvido por parte do Presidente nenhuma das condutas análogas às dos seus antecessores, passou a ser algo tensa depois de 2008.

Por contraposição, ***em quadros de confluência,*** o exercício dos poderes presidenciais foi marcado pela escassa relevância do Presidente que se resumiu a funções "notariais" (ciclo Sampaio / Guterres e Sampaio/Sócrates), que libertaram a acção política dos Governos.

Em face desta dialéctica, o futuro do semipresidencialismo jogar-se-á no ciclo político iniciado em 2011 e concluído em 2015, no qual os poderes arbitral e moderador do Presidente serão postos à prova no contexto de uma inédita crise económico-financeira.

Alguns cenários políticos poderiam militar em favor da conservação do sistema. Seria o caso daqueles que envolvessem uma maior intervenção do Presidente, em cooperação com o Governo, da qual resultasse a viabilização de políticas públicas eficazes e indispensáveis para uma reforma financeira, administrativa e social do Estado, sem quadros arrastados de conflitualidade com a maioria governativa como os que ocorreram entre 1991 e 1995. Seria, também, o cenário de uma presidência escrutinadora, mas discreta, que não conflituasse com a acção de um Governo maioritário.

Pelo contrário, quer cenários de uma presidência puramente "notarial", quer a irrupção de quadros de conflito institucional prolongado e insolúvel em tempo de grave crise poderão dar força, por volta de 2015, aos que alvitram uma mudança na *governance* política do Estado, caso se demonstre, respectivamente, que o poder moderador do Presidente é irrelevante, ou antes um factor permanente de atrito com o Executivo, em prejuízo da governabilidade. Semelhante mudança poderia passar por uma parlamentarização racionalizadora do mesmo sistema, através da eleição do Presidente pelo Parlamento, da limitação dos seus poderes de dissolução parlamentar e de demissão do Governo e da atenuação do seu poder de veto.

Será por tudo isto que o desempenho do mandato presidencial nos próximos cinco anos será determinante para a subsistência ou mudança dos pilares do sistema político.

2.2. Opções de mudança no sistema político a considerar em próxima revisão constitucional ordinária

2.2.1. Uma questão prévia: a subsistência da revisão constitucional iniciada em 2010

Atenta a composição do Parlamento eleito em 2009, a revisão constitucional iniciada em 2010 não parece reunir consensos objectivos que permitam alterar os

pilares do sistema político e muitas das normas obsoletas da Constituição Económica e Social.

Neste sentido, ou não haverá revisão constitucional (o que seria desejável, já que diferiria o reinício do processo para um futuro não distante onde a geografia parlamentar possa ser diferente) ou a revisão limitar-se-á a ajustes espúrios em matéria regional e de Justiça e bloqueará a hipótese de uma revisão de fundo para os próximos cinco anos. Daí que as linhas de mudança que propomos se reportem a uma revisão constitucional nascitura, marcada uma composição parlamentar diferente da actual.

2.2.2. Principais linhas de força

A. O reforço de condições mínimas para a formação de governos maioritários

A ineptidão de um governo minoritário poder enfrentar o impacto de uma profunda crise que afecta a solvabilidade financeira do Estado e o seu modelo social exige alterações que favoreçam executivos maioritários estáveis, como as que se passa a mencionar.

a) Possibilidade de o Presidente poder dissolver a Assembleia da República excepto nos três últimos meses do seu mandato.

A inibição colocada ao Presidente para dissolver o Parlamento nos últimos seis meses do seu mandato constituiu um factor de grave bloqueio do sistema, já que, se a crise orçamental de 2010 tivesse tido um desfecho negativo, o Presidente não teria podido antecipar eleições em caso de demissão do Governo e de impossibilidade de formação de outro Executivo alternativo. O Presidente deve, assim, poder dissolver, excepto nos três últimos meses do seu mandato que coincidem com o tempo imediatamente anterior e posterior à eleição presidencial.

b) Criação de condições para a formação de maiorias absolutas monopartidárias

Um agravamento na qualidade técnica e política dos deputados poderia acentuar-se caso viesse a ser introduzido um sistema eleitoral misto com uma componente de círculos uninominais, o qual favoreceria o ingresso de caciques locais dos partidos, de caudilhos regionais e de notabilidades autóctones ligados ao futebol. Por outro lado o sistema alemão, de onde foi retirado esse paradigma, falhou no seu desiderato de evitar a dispersão de votos, encontrando-se hoje representados seis partidos no Bundestag.

Sustentamos, assim, que o número mínimo de deputados seja reduzido para cento e cinquenta e um e que a menção aos círculos uninominais seja retirada, mantendo-se o sistema da média mais alta de Hondt, complementado por uma lei eleitoral que subdivida os maiores círculos eleitorais, como os de Lisboa e do Porto, em círculos menores, de forma a concentrar a representação nas grandes formações partidárias, favorecendo governos maioritários.

B. Revalorização e agilização da democracia referendária

Existe uma tendência para uma certa asfixia do sistema político através de uma democracia representativa excessivamente tributária de directórios partidários, ganhando o processo de decisão com a revalorização do referendo.

O art.º 115.º da CRP bloqueia o carácter vinculativo dos referendos nacionais (pois em nenhum dos realizados até ao ano de 2010 votou mais de metade dos eleitores) e permite a desvalorização da iniciativa popular, já que todas as "propostas" referendárias oriundas dos cidadãos (75 000 assinaturas) foram rejeitadas pela Assembleia da República.

Sugere-se que os cidadãos possam propor directamente ao Presidente da República a convocação de um referendo. E propugna-se que este seja vinculativo se for votado por 35% dos eleitores, recusando-se os projectos de revisão de 2010 que permitem, por absurdo, que o resultado seja obrigatório mesmo que vote apenas 1% do eleitorado.

C. Reforço do estatuto de independência das entidades reguladoras da Economia

Impõe-se por termo à governamentalização das entidades reguladoras da economia traduzida na faculdade de o Executivo as criar por decreto-lei e de as crismar como"independentes", apesar de deter o exclusivo da nomeação dos seus titulares e de as sujeitar à sua tutela.

A regulação económica exige uma alta taxa de neutralidade dos supervisores que devem possuir um estatuto de independência substancial, e não apenas semântica. Os titulares dos seus órgãos executivos deverão, pois, ser indigitados pelo Governo e nomeados pelo Presidente da República, volvido um processo de audição em comissão especializada a funcionar junto do Parlamento e composta por deputados e juízes do Tribunal de Contas.

Como pressupostos da sua independência deve garantir-se a irresponsabilidade política e a inamovibilidade dos titulares, salvo por razões ligadas a violação grave dos respectivos deveres legais, carecendo a sua destituição de prévia proposta do Governo e decisão favorável do Presidente da República, ouvida a referida comissão especializada.

2.2.3. Precisões pontuais nos poderes de alguns órgãos de soberania

A. Presidente da República

a) Forças Armadas

Encontrando-se quase obsoleto o instituto da *declaração de guerra* (acto da competência presidencial) parece não fazer sentido que a liberdade para decidir sobre o envolvimento de contingentes das forças armadas em teatros de operações no estrangeiro se encontre integralmente governamentalizada. Sustenta-se, assim,

que qualquer decisão do Governo sobre esse mesmo envolvimento seja autorizada (ou confirmada *ex post* em caso de especial urgência) pelo Chefe de Estado, como comandante supremo das Forças Armadas

b) Actos presidenciais

Sugere-se a supressão do inútil instituto "notarial" da referenda ministerial e a consagração explícita, por razões lógicas, do "veto qualificado" do n.º 3 do art.º 136.º para as leis aprovadas por dois terços dos deputados.

B. Assembleia da República

i) Reforço dos poderes de fiscalização

A Assembleia da República deve ser reforçada como órgão fiscalizador no tocante à formação das políticas europeias do Governo, à execução Orçamental e ao controlo das contas do Estado e demais entes públicos.

ii) Limitação do exercício da competência legislativa na concretização das leis de bases

O Parlamento, sempre que disponha da competência para aprovar leis de bases ou leis-quadro, deve limitar o seu poder legislativo à edição das normas de princípio dessas bases e abster-se de as desenvolver, devendo essa função concretizadora ser cometida apenas ao Governo e às Assembleias Legislativas Regionais. Isto, sem prejuízo da subsistência da competência de apreciação parlamentar dos decretos-leis de desenvolvimento.

iii) Eleição de juízes do Tribunal Constitucional

Tendo em vista o reforço da independência dos membros do Tribunal Constitucional, entende-se que o número dos juízes conselheiros eleitos pela Assembleia da República deveria ser reduzido de dez para sete, sendo a competência para a designação dos três outros que presentemente elege cometida a um Conselho Superior de Justiça, resultante da fusão dos conselhos superiores das magistraturas judiciais.

Bibliografia Elementar

ARAÚJO, António de-Tsamaras, C. "Os poderes Presidenciais nas Constituições Grega e Portuguesa – O Direito", 2000-III-IV.

CANAS, Vitalino "Sistema Semi-Presidencial"– "Dicionário Jurídico da Administração Pública", 1.º Supl., 1998.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, "Os poderes do Presidente da República", Coimbra, 1991.

FRAIN, Maritheresa "Relações entre o Primeiro-Ministro e o Presidente em Portugal". Análise Social XXX, 1995

FREIRE, André- Pinto Costa, "O Poder Presidencial em Portugal", Lisboa, 2010.

MIRANDA, Jorge, "A Experiência portuguesa de sistema semipresidencial", "Direito e Cidadania", I-1997.

MORAIS, Carlos Blanco de, "Le Metamorfosi del Semipresidenzializmo Portoghese", AAVV, Semiprezidenzialismi, Padova, 1997

NOVAIS, Jorge Reis, "Semipresidencialismo", Coimbra, Vol. I, 2007

PEREIRA, André Gonçalves, "O Semipresidencialismo em Portugal", Lisboa, 1984.

OTERO, Paulo, "Direito Constitucional Português", II, Coimbra, 2010

SARTORI, Gionanni, "Ingenieria Costituzionale Comparata", Bologna, 1998.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, "O Sistema de Governo Português", Lisboa, 1992.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Carlos Blanco de Morais Professor Associado com agregação da Faculdade de Direito de Lisboa, onde rege as disciplinas de Direito Constitucional e Direito Internacional Público. Exerce desde 2006 o Cargo de Consultor para os Assuntos Jurídico-Constitucionais da Presidência da República, desenvolvendo ainda actividades de jurisconsulto. Desempenhou entre 1993 e 2006 funções de Consultor-Principal da Presidência do Conselho de Ministros e exerceu, ainda, o cargo de vogal do Conselho Superior da Magistratura eleito pela Assembleia da República e Administrador não Executivo da Portugal Telecom SGPS.

Constituição e Sistema Político-Eleitoral

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

André Freire

Introdução

Foi-me pedido pelos organizadores deste livro para escrever sobre a Constituição da República Portuguesa, bem como da sua eventual reforma, quanto aos capítulos I a VI, ou seja, fundamentalmente quanto aos direitos (civis, políticos e socioeconómicos), liberdades e garantias fundamentais; quanto à organização do poder político; quanto aos tribunais e quanto ao processo de revisão constitucional. Naturalmente, escrever sobre estes assuntos num espaço limitado implica naturalmente fazer escolhas. Primeiro, optei por seleccionar apenas um tema fundamental: a questão do sistema político-eleitoral e do seu funcionamento. Segundo, ao referir-me à Constituição reportar-me-ei não apenas ao texto constitucional propriamente dito (a chamada "constituição formal": *law in books*) mas também às leis orgânicas (nomeadamente em sede de sistema eleitoral), que de algum modo dão corpo à arquitectura constitucional do regime (não por acaso exigem maiorias de dois terços para serem aprovadas/mudadas), e à prática política (a chamada "constituição material": *law in action*).

Mais estabilidade sem beliscar a justeza da representação

O sistema político português é desiquilibrado (a direita coopera, a esquerda não), pouco inovador (nunca foi tentado um governo de "esquerda plural"[1]) e pouco inclusivo (há partidos que nunca participaram no governo). É também propenso à instabilidade.[2] Mas esta não deriva nem de termos um sistema eleitoral excessivamente proporcional (a proporcionalidade é mais baixa do que a média dos congéneres europeus), nem de termos um sistema partidário fragmentado (o nosso formato é próximo do bipartidarismo, mesmo após 2009).[3] Nem deriva de não termos, por vezes, governos de maioria absoluta monopartidária: os governos mais frequentes na Europa são as coligações; os governos de maioria absoluta monopartidária são dos menos frequentes na Europa (com 13,0% dos casos estão atrás das "coligações vencedoras mínimas", 31,5%, das "coligações sobre dimensionadas", 28,0%, e dos "governos minoritários de um

1
Ao contrário do que acontece na Europa Ocidental (França, Itália, Espanha, Grécia, Chipre, Suécia, Noruega, Dinamarca, Finlândia), sobretudo desde o fim da Guerra Fria: ver Freire, André, "Eleições, sistemas eleitorais e democratização: o caso português em perspectiva histórica e comparativa", in Freire, André (organizador), *Eleições e Sistemas Eleitorais no século XX Português: Um Balanço Histórico e Comparativo*, Lisboa, Colibri, 2011, no prelo. Para a feitura deste texto, foi-me pedido que reduzisse as referências bibliográficas ao mínimo. Assim farei. Por isso, os interessados em aprofundar os assuntos e, sobretudo, em ver as referências bibliográficas sobre eles, deverão consultar as poucas obras citadas aqui.

2
Porém, entre 1976 e 1987, tal instabilidade do sistema de governo português (medida em termos da duração média dos executivos) era efectivamente elevada em comparação com a maioria dos países europeus usados como comparação em Freire, 2011, *op. cit.*; mas de 1987 a 2009, a duração média dos executivos em Portugal é a mais elevada do conjunto de 22 países europeus analisados em Freire, 2011, *op. cit.*

3
Sobre o nível de proporcionalidade do sistema eleitoral português, bem como sobre o nível de

só partido", 15,9%[4]). O problema é que as esquerdas não conseguem entender-se (ao contrário do que se passa em muitos países da Europa após 1989).

Consequentemente, o reforço da estabilidade não deve ser feito à custa da compressão da proporcionalidade: a causa dos problemas não é esta. Além disso, tal opção prejudicaria a participação dos eleitores na vida política (muitos dos eleitores que não se revêm nos partidos mais favorecidos por uma eventual compressão da proporcionalidade, geralmente os dois maiores, passariam a abster-se, como acontece por exemplo nos sistemas maioritários: *vide* o que se passa no Reino Unido, por exemplo) e a clareza das alternativas (o sistema tenderia ainda mais para o bipartidarismo e os dois grandes partidos passariam a competir praticamente apenas pelo "eleitor mediano"/pelo eleitor centrista, logo o sistema tenderia para um ainda maior afunilamento ideológico).[5]

Numa eventual reforma da arquitectura constitucional do regime, seria por isso desejável reformar em alternativa os seguintes aspectos. Primeiro, dar incentivos à cooperação entre os partidos através, por exemplo, da "coligação de listas"/ "aparentamento" e da obrigação de o programa de governo ser aprovado no Parlamento com maioria absoluta (hoje precisa apenas de não ser rejeitado). No estudo que fizemos sobre a reforma do sistema eleitoral, propusemos a "coligação de listas" como incentivo à cooperação inter-partidária: embora com listas separadas, os partidos declaram-se publicamente coligados; poderão por isso ser beneficiados na conversão de votos em mandatos. O sistema eleitoral proposto visa aproximar os eleitos dos eleitores por duas vias: a transformação dos actuais círculos distritais/regionais em pequenas circunscrições (5-10 mandatos) e o voto preferencial. Por serem pequenas, geram resultados muito desproporcionais. Daí a necessidade de um círculo nacional para compensar tais distorções: segundo as simulações, cerca de 99 lugares. Os pequenos partidos quase só elegeriam pelo círculo nacional que, por isso, tem de ser grande: condição *sine qua non* para manter a proporcionalidade. E é aqui que entra a "coligação de listas", só permitida nos círculos distritais/regionais (se fosse permitida no nacional poderia gerar coligações espúrias entre os micro partidos, aumentando a fragmentação): os pequenos só poderiam aumentar a probabilidade de eleger nesses círculos se se disponibilizassem a cooperar com os grandes. Como a direita coopera mais facilmente, a esquerda seria confrontada com a necessidade de cooperar para não perder... Portanto, defendemos que é possível conciliar os dois objectivos referidos acima e, ainda, que é possível aumentar a estabilidade sem reduzir a proporcionalidade, ao contrário do que tem sido alegado. Porém, caso a reforma do sistema eleitoral apontasse noutro sentido que não o que propusemos (aquilo a que chamámos a "representação proporcional em múltiplos segmentos", ao estilo escandinavo, designadamente), por exemplo na direcção de um "sistema de membros mistos proporcional" (vulgo "sistema alemão" ou equivalente: em regra, metade do parlamento eleito por um círculo nacional e a outra metade em círculos uninominais) haveria outras formas de estimular a cooperação, nomeadamente através da

fragmentação do sistema partidário, em comparação com os 27 países da União Europeia (UE) mais (Noruega, Islândia e Suíça), entre as décadas de 1970 e 2000, veja-se Freire, André, Manuel Meirinho Martins e Diogo Moreira (2008), *Para uma Melhoria da Representação Política. A Reforma do Sistema Eleitoral*, Lisboa, Sextante, cap. 1.

4
Ver Freire, 2011, *op. cit.*

5
Sobre estes pontos, veja-se Freire, André (2010), "Reformas eleitorais: objectivos, soluções, efeitos prováveis e *trade-offs* necessários", *in* número especial com o título «Sistema eleitoral e qualidade da democracia – Debate sobre o estudo: *Para uma melhoria da representação política – A reforma do sistema eleitoral*», Eleições, 12, DGAI-MAI (ex-STAPE), pp. 25-60, bem como as referências inclusas.

instituição do sistema de duas voltas na componente uninominal. O sistema de duas voltas, tal como existe em França (mas aqui em modelo maioritário), seria talvez o mais poderoso incentivo à cooperação, *maxime* num sistema maioritário. Na primeira volta, os partidos vão todos a jogo, mas como é exigida maioria absoluta para se ganhar (pelo menos cinquenta por cento dos votos mais um), geralmente é necessária uma segunda volta (à qual só passam os partidos com uma votação acima de determinado limiar). Na segunda volta, os partidos têm de cooperar para não serem derrotados, isto é, têm de fazer alianças para poderem obter representação. Este sistema, que pode também ser aplicado na componente uninominal dos "sistemas mistos", é talvez o mais poderoso incentivo à cooperação inter-partidária permitindo simultaneamente o multipartidarismo e governos de coligação fortes – veja-se o caso francês.

Um segundo conjunto de reformas que poderia reforçar a estabilidade do sistema de governo sem prejudicar a representatividade dos (pequenos) partidos seria, primeiro, adoptar a moção de censura construtiva (só pode derrubar o governo quem for capaz de propor um alternativo) e, segundo, possibilitar a conversão da proposta de orçamento (mas mais nenhuma peça legislativa) numa moção de confiança só derrubável por quem for capaz de propor um governo alternativo. O PS está a propor estas duas soluções, tal como já tinhamos também feito em estudos anteriores.[6]

6 Ver Freire *et al*, 2008, e Freire, 2010.

Melhorar a qualidade da representação política

No livro *Representação Política – O Caso Português em Perspectiva Comparada*[7] verificámos uma profunda insatisfação dos portugueses com o funcionamento da democracia e um cavado distanciamento entre eleitores e eleitos. A satisfação com o funcionamento da democracia atingiu, em 2008, o ponto mais baixo desde 1985 (cerca de 30 por cento) e está abaixo da média dos cerca de 30 países usados como comparação. O sentimento de distância dos eleitores face aos representantes revelou-se também muito elevado e acima da média dos 30 países. Não é de crer que a situação tenha mudado muito desde 2008. No âmbito da apresentação do seu projecto de revisão constitucional e de reforma do sistema político, o PSD (sob a liderança de Pedro Passos Coelho) parece inclinado para a adopção do "voto preferencial" no âmbito da reforma do sistema eleitoral (*Público*, 2/7/2010; *Visão*, 1/7/2010). Vale a pena reflectir sobre em que medida esta solução pode ajudar a reconciliar os portugueses com a política.

7 Editado pela editora Sextante, em 2009, e organizado por André Freire e José Manuel Leite Viegas. Os dados aqui reportados são referidos e analisados no capítulo da autoria de André Freire e Manuel Meirinho Martins incluído no livro.

Antes de apresentar as vantagens do voto preferencial, recordemos o *status quo* ("listas fechadas *e bloqueadas*") e os problemas associados. Quando votamos podemos apenas pôr uma cruzinha num dos partidos e, por isso, mesmo que estejamos profundamente desagradados com a *performance* de alguns deputados nada podemos fazer a não ser mudar de partido. Este sistema foi escolhido

(e bem) para fortalecer os partidos. Mas hoje os partidos estão consolidados e sobressaem os problemas. Primeiro, os deputados preocupam-se sobretudo em agradar às direcções partidárias, subalternizando os eleitores, pois a sua reeleição depende da posição nas listas. Segundo, os eleitores têm muita dificuldade em saber quem são os deputados que os representam e, sobretudo, estão impossibilitados de os responsabilizar. O "voto preferencial", que também propusemos num estudo já aqui citado[8] e que foi feito para o Grupo Parlamentar do PS, pode precisamente ajudar a reconciliar os portugueses com a política: dando mais poder aos eleitores na escolha dos deputados e, assim, criando incentivos para que estes se preocupem mais com aqueles. Mais, esta via nada tem que ver com a redução do número de deputados. Pelo contrário, tal redução é contraditória com o voto preferencial, como veremos.

8 Freire *et al*, 2008.

Claro que uma reforma deve ser uma mudança gradual: para que os actores possam adaptar-se devidamente a ela e para que se possam maximizar as vantagens e minimizar os inconvenientes das transformações. Por isso, e porque não faz sentido retirar *todo* o poder às direcções partidárias e transferi-lo *todo* para os eleitores, designamente porque os partidos devem ter uma palavra a dizer na composição das bancadas parlamentares (para assegurar a presença de determinadas valências técnicas e políticas), propusemos um sistema com dois conjuntos de círculos: um nacional onde se aplicam as "listas fechadas e bloqueadas" e que tem também funções de manutenção da proporcionalidade; pequenos círculos regionais (6 a 10 lugares) onde então se aplicaria o voto preferencial.[9] Neste particular, a redução do número de deputados (que nenhuma comparação internacional justifica[10]) seria contraproducente: ou obrigaria a reduzir o círculo nacional, reduzindo a proporcionalidade e o papel das direcções partidárias; ou obrigaria a reduzir mais os círculos regionais, prejudicando a representação territorial e a possibilidade de os pequenos partidos elegerem aí deputados. Além disso, o voto preferencial só pode ser aplicado em pequenos círculos: para os eleitores terem capacidade de processar informação sobre os candidatos em disputa e para que a medida seja logisticamente exequível (os boletins passariam a conter os nomes dos candidatos efectivos de todos os partidos).

9 Freire *et al*, 2008.

10 Freire *et al*, 2008.

Resumindo, o voto preferencial pode dar *um* importante contributo para a reconciliação dos portugueses com a política. Mas há vários outros, como vimos na primeira parte deste artigo. Primeiro, é crucial preservar a proporcionalidade: ela é a condição do pluralismo multipartidário que temos e, por essa via, um esteio essencial da participação política (se comprimíssemos a representação dos pequenos muitos dos seus eleitores passariam a abster-se: veja-se o Reino Unido) e da clareza das alternativas (sem os pequenos a competição passaria a focalizar-se praticamente só no centro). Segundo, é preciso reforçar a governabilidade sem beliscar a proporcionalidade (moção de censura construtiva, orçamento construtivo, incentivos institucionais à cooperação entre os partidos): as pessoas querem que os partidos se entendam, como prova o bom desempenho do PSD apesar

da cooperação com o PS. Para alcançar estes vários objectivos há pequenas, mas importantes, mudanças a fazer no texto constitucional (moção de censura construtiva, orçamento construtivo, alguns incentivos institucionais à cooperação entre os partidos: necessidade de aprovação do programa de governo por maioria absoluta na Assembleia da República). Outras devem incidir sobretudo sobre as leis orgânicas que lhe dão corpo: questões relacionadas com o sistema eleitoral. Note-se que a Constituição já prevê a possibilidade de adopção de um "sistema misto proporcional", falta a sua regulamentação em sede de leis orgânicas. A optar-se por esta via, aquilo que defendemos é a opção pelo sistema de duas voltas na componente uninominal para se darem incentivos institucionais adicionais à cooperação inter-partidária. A outra solução que nos parece mais virtuosa do que um "sistema misto" (um "sistema proporcional de múltiplos segmentos" e com voto preferencial nos círculos de base regional/distrital[11]) também apenas carece de mudanças em sede de leis orgânicas respeitantes ao sistema eleitoral, excepto quanto à adopção de uma "cláusula barreira" para o círculo nacional. Neste caso pensamos ainda que, tal como na proposta que fizemos e publicámos em 2008, devia ser adoptada a "coligação de listas"/"aparentamento" para se darem incentivos institucionais adicionais à cooperação inter-partidária.

Por último, é preciso que os políticos mudem as suas atitudes e comportamentos para que os eleitores possam encarar o Estado como uma pessoa de bem. Por exemplo, após as legislativas de 2009 e logo no âmbito do PEC I, o PS está a propor a privatização de 17 empresas públicas (muitas delas estratégicas e lucrativas) sem ter dito nada sobre o assunto na campanha: uma subversão da Constituição material (do governo representativo). E não é aceitável fazer-se um acordo sobre a reforma das pensões e na legislatura seguinte voltar com a palavra atrás. Mais: nenhuma estabilização financeira legitima a subversão do principio da não retroactividade das leis. Se os representantes políticos querem ser tidos como pessoas de bem têm de comportar-se como tal, mas para isso não é preciso nenhuma mudança institucional.

11
Ver Freire *et al*, 2008, *op. cit.*

Discussão: quem poderia beneficiar das linhas de reforma aqui propostas?

As vias de reforma (das instituições e dos comportamentos) sugeridas neste artigo têm virtualidades e benefícios potenciais que estão para além dos interesses de uma qualquer força político-partidária especifica, ou até de uma qualquer área específica do espectro ideológico: são reformas com potenciais benefícios para o funcionamento do conjunto do sistema político e para o incremento da qualidade da nossa democracia.

Primeiro, se é verdade que o reforço das condições de governabilidade dos executivos minoritários poderia beneficiar especialmente o PS, pois é o partido

que tem mais dificuldade em fazer coligações ou acordos parlamentares com outros partidos (sobretudo na sua área ideológica), também é verdade que se trata de uma reforma no sentido de reforçar a governabilidade, mas sem se sacrificar a proporcionalidade e, portanto, isso seria feito sem beliscar a representação dos pequenos partidos (à esquerda e à direita). E a estabilidade política é um valor que os cidadãos portugueses prezam, logo beneficiaria o conjunto do sistema político (mas com o adicional atractivo de não comprimir a representação de algumas partes/partidos/eleitores). Além disso, o reforço das condições de governabilidade dos executivos minoritários poderia beneficiar também outros partidos, além do PS, designadamente o PSD.

Em segundo lugar, a manutenção (estrita) dos níveis de proporcionalidade não é apenas do interesse dos pequenos partidos (e dos seus votantes, efectivos ou potenciais): como vimos, a manutenção (estrita) da proporcionalidade é essencial não só para se manterem (ou até para se incrementarem) os níveis de participação, é também crucial para se estimular a clareza das alternativas (também elas um potencial estímulo à participação, bem como escolhas eleitorais mais informadas e com significado). Ambas as coisas são benéficas para a qualidade da democracia (em Portugal), obviamente.

Terceiro, por um lado, se é verdade que os incentivos institucionais à cooperação (que propusemos) poderiam ajudar a estimular os entendimentos entre as esquerdas portuguesas, também é verdade que seriam instrumentos igualmente à disposição das direitas (que provavelmente até mais facilmente beneficiariam deles… porque têm mais facilidade em entender-se) e, portanto, poderiam beneficiar qualquer campo. Por outro lado, uma maior cooperação entre as forças partidárias, em cada área do espectro ideológico, não só reforçaria a governabilidade, mantendo o pluralismo e estimulando a clareza das alternativas, como reduziria o desequilíbrio actualmente existente no sistema partidário (entre esquerdas que não se conseguem entender e direitas que já demonstraram ser capazes de governar em coligação e com estabilidade).

Finalmente, o reforço da qualidade na representação política, designadamente com mais poder dos eleitores na escolha dos seus representantes, poderia permitir não só uma certa reconciliação dos portugueses com os seus deputados (e o seu Parlamento), mas também, e por isso mesmo, poderia estimular uma maior participação dos cidadãos na arena política.

Resumindo: os benefícios potenciais de tais linhas de reforma são de molde a beneficiar o conjunto dos actores da democracia portuguesa e, portanto, são capazes de estimular transformações numa lógica de soma positiva: *win win*, consequentemente.

Índice TEMÁTICO
Índice de AUTORES
Início do ARTIGO

André Freire Politólogo, Professor Auxiliar com Agregação do ISCTE-IUL, Investigador Sénior do CIES-IUL, Coordenador e Co-coordenador da Licenciatura e do Mestrado em Ciência Política do ISCTE-IUL, respectivamente. Tem numerosas obras (livros, capítulos de livros, artigos) publicadas sobre os seus temas de estudo e investigação: designamente, instituições políticas (modelos de democracia, sistemas eleitorais e de governo, etc.), sistemas de partidos, elites políticas e atitudes e comportamentos dos eleitores.

Organização Política

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Marina Costa Lobo

Uma das minhas primeiras publicações foi um livro, que escrevi em co-autoria com André Freire, António Araújo, Cristina Leston-Bandeira e Pedro Magalhães, sobre como reformar o Parlamento Português (Freire et. al, *O Parlamento Português: uma reforma necessária*, Lisboa: ICS). Esse livro foi escrito em 2001, publicado em 2002, e nele estavam contidas uma série de recomendações para a melhoria do sistema político. Algumas (poucas) das sugestões de reforma nesse livro foram acolhidas. Dez anos passados, perante o convite que me foi feito pela Fundação Francisco Manuel dos Santos, fui reler o livro. Verifiquei que me revejo ainda nas recomendações que são feitas. Tanto no que diz respeito à reforma do sistema eleitoral, como no reforço das competências e dos recursos do Parlamento. Essa foi uma reflexão bastante profunda da qual participei, e julgo que ainda serve de marco orientador para a discussão sobre o funcionamento do nosso sistema político.

Para escrever este pequeno texto, não me foi possível replicar um estudo como esse que ajudei a elaborar em 2001. Portanto, a reflexão que aqui faço resulta essencialmente do trabalho que tenho vindo a desenvolver no âmbito das minhas recentes investigações.

Para fazer propostas, ou defender ideias neste domínio, é fundamental ter um objectivo. Em Portugal há, de todos, um que me parece o mais importante: a governabilidade. Este termo, que pode ser entendido de várias formas, tem para mim um significado concreto neste texto, nomeadamente a estabilidade governativa, como condição prévia, e a eficiência do cumprimento do programa de governo como razão. A deterioração da satisfação com a democracia, bem como da confiança no governo e na generalidade das instituições dependem em grande medida da deterioração da governabilidade que se tem verificado desde 2001 em Portugal, com o regresso aos governos frágeis e que não cumprem os seus mandatos nem do ponto de vista temporal nem político.

Com vista a discutir melhoramentos do sistema político a nível da governabilidade, gostaria de avançar duas ideias: em primeiro lugar, reiterar que o sistema de governo português não carece de uma revisão no sentido do aumento dos poderes presidenciais. Pelo contrário, Portugal é hoje um modelo em termos comparativos e até longitudinais da forma como os poderes presidenciais são exercidos. Os problemas de governabilidade em Portugal residem sobretudo na organização do governo e no sistema partidário. No que resta do texto, apresento os meus argumentos em relação a ambas estas questões.

Quando Maurice Duverger caracterizou o semi-presidencialismo no seu artigo de 1980 no *European Journal of Political Research* – havia, segundo o autor, apenas sete democracias com esse sistema de governo: a República de Weimar, a Finlândia, a Áustria, a Irlanda, a Islândia, a França e Portugal. No entanto, em 2002, segundo José António Cheibub, 22% das democracias no mundo eram semi-presidenciais. Desde 1989, só na Europa, o semi-presidencialismo foi o regime escolhido na Bulgária, Eslovénia, Lituânia, Macedónia, Polónia e Roménia. Em África, o semi-presidencialismo tem sido uma opção recorrente, seja pela influência portuguesa como francesa. Todos os países membros da CPLP, com a excepção do Brasil, adoptaram sistemas de governo semi-presidenciais no seguimento do fim da guerra fria. O semi-presidencialismo tornou-se um dos regimes mais escolhidos na terceira vaga da democratização, e Portugal é hoje um dos regimes semi-presidenciais mais antigos. Essa proliferação de regimes semi-presidenciais tem permitido o aumento de estudos comparativos que analisam o funcionamento dos mesmos e são pesquisas úteis para se debater os poderes presidenciais em Portugal.

Para tentar compreender as consequências das escolhas constitucionais, vários estudos têm-se concentrado em comparações entre o presidencialismo *vs.* parlamentarismo *vs.* semipresidencialismo. Nestes, as conclusões principais têm sido de o presidencialismo ser um sistema de governo que, independentemente das condições socioeconómicas, é muito mais instável do que o parlamentarismo, sendo mais propenso a derrubes da democracia, bem como a crises políticas e bloqueios institucionais. Neste tipo de estudos, aqueles mais recentes que têm tentado incluir o semi-presidencialismo concluem que este sistema de governo não se distingue do presidencialismo, tendo também um grau de associação com instabilidade política bastante elevado. Antes de pensarmos em desistir do nosso sistema de governo, e optar talvez pelo parlamentarismo, é preciso reanalisar o semi-presidencialismo. Isto porque é um sistema de governo que esconde uma variedade constitucional maior do que tanto o parlamentarismo como o presidencialismo.

A variabilidade da performance do ponto de vista da estabilidade política do semipresidencialismo deve-se precisamente às grandes diferenças que existem a nível dos poderes presidenciais. Vários autores têm tentado categorizar o poder presidencial no semi-presidencialismo através da criação de tipologias. Nesse trabalho de criação de tipologias para caracterizar o semi-presidencialismo, há um consenso crescente de que de todos os poderes presidenciais, há um em particular que sobressai como sendo um poder definidor da natureza do semi-presidencialismo: o poder que o Presidente tem de demitir o governo. Este é um poder que é crítico para distinguir entre tipos de semi-presidencialismo porque ele determina o padrão de autoridade que existe nas relações entre o Presidente-Governo e Assembleia. E serve para dividir as Constituições semi-presidenciais em dois sub-tipos: *premier-presidentialism*, casos em que os

governos dependem da confiança política exclusiva da Assembleia da República; e o *president-parliamentarism*, casos em que o governo tanto depende da confiança política do Presidente como da Assembleia.

A dupla dependência do governo – o facto de depender tanto do Presidente como da Assembleia – estabelece ambiguidades quanto ao padrão de autoridade que existe no sistema de governo. Isso é prejudicial para a solidez do governo, e também distorce a responsabilidade política que pode ser estabelecida no sistema de governo. Se o governo depende igualmente do Presidente e da Assembleia, torna-se pouco claro para os votantes quais as eleições que determinam a formação do governo. Investigadores como Mathew Shugart, John Carey, Oleh Protsyk, e Sophie Moestrup têm, do ponto de vista empírico, vindo a demonstrar isto mesmo.

Análises de estudos de caso da República de Weimar apontam esta dupla dependência como sendo causa de uma instabilidade governativa crónica. Para aqueles que fazem análises quantitativas, as conclusões são que este tipo de semi-presidencialismo é particularmente prejudicial para jovens democracias, especialmente quando o Presidente não detém uma maioria na Assembleia. Quando há coabitação, o risco de sobrevivência do regime torna-se muito grande quando há dupla dependência do governo em relação ao PR e à Assembleia. Mesmo para democracias que sobrevivem, os conflitos dentro do governo, a instabilidade governativa e a confrontação entre o poder executivo e legislativo tornam-se muito mais recorrentes.

Portanto, à luz dos estudos constitucionais comparados, Portugal trilhou o percurso correcto: tendo começado por aprovar uma Constituição semi-presidencial que instituia a dupla dependência do governo e do Primeiro Ministro em relação ao Presidente e à Assembleia, seguiu-se um elevado nível de instabilidade governativa. Com a revisão constitucional de 1982, estabeleceu-se um padrão de autoridade que valoriza a responsabilidade política do governo exclusivamente perante a Assembleia da República, servindo para clarificar a cadeia de delegação de poderes e competências entre os portugueses e as instituições políticas.

Chegados aqui, parece-me absolutamente claro que estes estudos empíricos comparados devem servir para informar o debate sobre uma eventual revisão da Constituição portuguesa em 2011. O regresso do poder de demissão do governo mais alargado para o Presidente da República colocaria Portugal no sub-tipo de sistemas de governo mais problemático em termos de instabilidade governativa e bloqueio institucional.

Tendo em conta a qualificação do sistema de governo, que fiz num quadro comparativo, irei fazer algumas considerações sobre a governabilidade em Portugal da perspectiva do governo. Naturalmente que a forma mais simples de aumentar a estabilidade governativa seria a de rever o sistema eleitoral para favorecer as maiorias absolutas, sem pôr em causa a representatividade do sistema. Vários autores já avançaram com propostas, e eu subscrevi essa ideia no livro sobre a reforma do Parlamento mencionada acima.

No que diz respeito ao fortalecimento do governo, admito a introdução da moção de censura construtiva. Mesmo assim, acho importante realçar o seguinte: com excepção do primeiro governo minoritário de Cavaco Silva que caiu em 1987, fruto de uma moção de censura, esse não tem sido o meio privilegiado de queda de governos. E além disso, em 1987, a moção foi colocada por partidos – PS, PCP, PRD, que estavam preparados para formar um governo que substituísse o de Cavaco Silva. Foi o Presidente que decidiu convocar eleições antecipadas. Portanto, julgo que a introdução deste artigo poderá proteger um pouco os governos minoritários, mas há questões internas do funcionamento do próprio governo que são mais importantes para as melhorias na governabilidade do sistema político.

A capacidade de um governo eleito conseguir aprovar e implementar mudanças nas políticas públicas depende do seu controle do processo decisório. Numa democracia podem existir contrapesos, também chamados "agentes de veto", com autonomia em relação ao governo e que detenham poderes no processo decisório. Quanto maior o número de agentes políticos que interfiram no processo decisório, maior a dificuldade de um qualquer governo eleito efectuar reformas, ou mudar o *status quo* das políticas públicas que herda.

Do ponto de vista comparado, Portugal aparece como sendo dos países em que o poder está relativamente concentrado no governo. Senão vejamos: ao contrário da maioria dos Estados europeus, somos um país onde a administração pública está altamente centralizada, onde (com a excepção dos arquipélagos) não há poder regional, e o poder local tem pouco poder. Para mudar a Constituição, o governo apenas tem de assegurar uma maioria de dois terços no Parlamento, um requisito pouco exigente se compararmos com outras democracias consolidadas. O Presidente da República é um agente de veto, mas um governo de maioria absoluta pode inutilizar um veto presidencial, se for essa a sua vontade.

Embora seja certo que o governo detém bastante poder no sistema político, também é verdade que o modo de coordenação no seu seio é altamente informal e não-estruturado, o que o torna extremamente dependente da base partidária de apoio do Primeiro-Ministro. Em governos maioritários, nomeadamente os de Cavaco Silva (1987-1995) e o primeiro de Sócrates (2005-2009), a centralização e a coordenação no governo foi bem sucedida. Quando os detentores do cargo encabeçam governos minoritários ou coligações frágeis, há muito poucas regras formais que sustenham a coordenação dentro do governo, que pudessem colmatar a falta de maioria partidária. Além disso, nestes governos mais frágeis, o Presidente da República, especialmente se for de um quadrante ideológico oposto, pode assumir-se como um forte "agente de veto", condicionando ulteriormente a capacidade decisória do governo.

Esta falta de mecanismos obrigatórios de coordenação no governo, por exemplo dando poderes acrescidos ao Ministro das Finanças, num quadro de regime semi-presidencial, ajuda a compreender porque é que apesar de se ter tornado no centro do sistema político, um governo sem maioria absoluta dificilmente consegue

governar em Portugal. Neste aspecto, somos diferentes dos restantes estados-membros da UE: a maioria dos países europeus ou têm sempre governos maioritários, e portanto não precisam de regras formais de coordenação no seu seio, porque a base partidária garante sempre a força do Primeiro-Ministro para impor decisões, ou têm sempre governos minoritários ou de coligação e já encontraram mecanismos de obrigatoriedade de coordenação no governo. Em Portugal, a evolução do comportamento eleitoral tem ditado um tendência intermédia. A estabilidade de governo aumentou, mas as maiorias absolutas não são a regra do regime. Face a esta natureza híbrida, seria importante que se instituíssem regras de coordenação para vincular governos mais frágeis ao mesmo nível de rigor orçamental (sobre este tema, ver Mark Hallerberg, 2004, *Fiscal Governance: Evidence from Europe* with Rolf Strauch und Jürgen von Hagen. Cambridge: Cambridge University Press, 2009 (Paperback 2010). Essa coordenação é absolutamente fundamental para conseguir a reforma do Estado, peça chave da convergência com a Europa.

O trabalho que desenvolvi recentemente no âmbito do projecto Open Budget Initiative (aceder ao relatório completo em http://www.internationalbudget.org/countryData/?fa=countryData&ct=Portugal), em que foi feita uma análise da forma como é elaborado o orçamento em Portugal, como ele é apreciado pela Assembleia da República, e como ele é avaliado posteriormente pelo Tribunal de Contas mostra que o processo poderia ser melhorado consideravelmente para conseguir melhoras do ponto de vista do controlo das contas públicas, da transparência do processo orçamental e também da responsabilização política do governo perante as entidades que monitorizam o processo (Parlamento e Tribunal de Contas).

Provavelmente, não é necessária uma revisão constitucional para melhorar este aspecto central da governabilidade em Portugal. Algumas medidas centrais encontravam-se no Programa PRACE que entretanto ficou esquecido e/ou desvirtuado. Mas estou convicta de que são estes alguns dos aspectos centrais da governabilidade hoje em Portugal, e não qualquer reorganização dos poderes do Chefe de Estado com vista a presidencializar o regime.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Marina Costa Lobo Doutorou-se em Política pela Universidade de Oxford em 2001. É investigadora auxiliar do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa e Professora Convidada no ISCTE-IUL. Tem realizado pesquisa sobre as instituições políticas e o comportamento eleitoral em Portugal e na Europa. Recentemente publicou o livro *Semipresidencialismo em Países de Língua Portuguesa* (Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009).

O problema da "intriga" no sistema de governo da Constituição

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Pedro Lomba

1. Introdução

Num artigo hoje famoso, um crítico do presidencialismo, Juan Linz, explicou por que motivos via também com reservas o sistema de governo semi-presidencial. O semi-presidencialismo não seria um sistema funcional porque acabaria associado a fenómenos de:

> "Politicagem e intrigas que retardam o processo de decisão e conduzem a políticas contraditórias devido à oposição entre presidentes e primeiros-ministros".[1]

Linz tinha especificamente em mente situações em que presidente e primeiro-ministro gozam do apoio do mesmo partido ou coligação de partidos, disputando por isso o lugar de "piloto" do sistema. Isso produziria uma competição entre aqueles dois órgãos, potenciadora daquilo a que chamou "politicagem" e "intrigas" que entorpeceriam o processo de decisão e conduziram a bloqueios pela oposição entre presidentes e primeiros-ministros.

Neste breve texto não pretendemos entrar no vasto debate político-jurídico em torno das características definidoras do semipresidencialismo. Diremos apenas, a esse respeito, que o sistema semi-presidencial de governo se caracteriza, no plano formal, por conjugar, à luz da Constituição, um Presidente da República eleito por sufrágio directo e um Primeiro-Ministro chefe de um governo dependente da Assembleia da República e, no plano substantivo, por assentar num paradigma de equilíbrio de poder e numa legitimidade dual entre presidentes e primeiros-ministros. Se a Constituição atribui claramente a chefia do poder governamental ao Primeiro-Ministro (artigo 201.º), concede também ao Presidente da República poderes importantes de formação, controlo e fiscalização política. Esta estrutura política dual é uma das marcas mais relevantes do sistema de interdependência consagrado pela Constituição.

O problema que pretendemos escrutinar nestas páginas, numa perspectiva de reforma constitucional e tomando aquele trecho de Linz como ponto de

1 Juan Linz, "Presidential or parliamentary democracy: does it make a difference", in Juan J. Linz and Arturo Valenzuela, eds., *The Failure of Presidential Democracy* (Baltimore, 1994), 55.

partida, reside precisamente nos referidos fenómenos de "intriga" e "politicagem" que podem emergir no interior do processo político. Antecipamos que, no nosso entendimento do sistema institucional desenhado pela Constituição, as relações entre Presidente da República e Primeiro-Ministro constituem um domínio particular em relação ao qual tais cenários de "intriga" e "politicagem" poderão ser colocados. Uma parte desse fenómeno resulta de causas relativas ao sistema partidário ou à personalidade dos titulares envolvidos que os podem impelir para estratégias de confrontação; outra parte decorre, conforme veremos, da articulação expressa das normas constitucionais. De qualquer maneira, as relações entre presidentes e primeiros-ministros não serão o único domínio em que o problema pode ser analisado, visto que não poderemos deixar de contar com a intervenção do parlamento como "aliado" tanto de um primeiro-ministro como de um presidente em conflito.

É pela conjugação de todas estas variáveis que nos interessa pesquisar uma eventual fragilidade das normas da Constituição política à "intriga" e "politicagem", bem como aos efeitos perniciosos para a governabilidade que daí resulta.

2. Para uma aproximação à "intriga" constitucional

Queremos deixar claro, em primeiro lugar, que por intriga e politicagem não entendemos outros fenómenos mais ou menos inevitáveis no processo político. Não pretendemos falar da susceptibilidade do nosso sistema de governo ao conflito político e institucional. Com efeito, nada mais normal do que os titulares de órgãos políticos competirem entre si, desejarem políticas diferentes, actuarem dentro da margem de liberdade estratégica consentida pela Constituição. Tudo isto, repetimos, consideramos inerente ao carácter conflitual da política democrática e, em especial, ao sistema semi-presidencial de governo no qual essa confrontação é, além de ineliminável, também necessária. Podemos reforçar esta ideia sublinhando que as tensões entre presidentes e primeiros-ministros num sistema político dual como é o nosso traduzem uma faceta construtiva do sistema, permitindo uma espécie de vigilância mútua e critica entre os órgãos.

Nesse sentido, as normas constitucionais serão tanto mais eficazes e estáveis quanto conseguirem acomodar e conter essa vocação natural para o conflito. Os ganhos e perdas gerados pelo conflito serão suportados pelos respectivos participantes, nuns casos como vencedores, noutros como vencidos. Assim, por exemplo, quando o Presidente exerce o veto político sobre um decreto do Governo, a Constituição estipula que seja ele em princípio o vencedor do conflito; quando o Primeiro-Ministro instrui a maioria parlamentar que o apoia para confirmar um decreto previamente vetado pelo Presidente, a Constituição já preceitua a vitória

da posição governamental. Um sistema de interdependência de poderes como é o da Constituição política significa que são reconhecidos aos órgãos do poder político mecanismos e "direitos" que lhes permitem obter ganhos sobre os outros.

Tal como em democracia de partidos o conflito representa uma necessária condição do processo político, também não ignoramos que fenómenos como a intriga e a politicagem são também elementos existenciais do sistema. Recordemos que foi sempre essa uma das principais fontes de resistência à instituição da representação parlamentar: os deputados eram vistos como autores de muita discussão e pouca decisão e o Parlamento como órgão que praticaria copiosamente o ruído e a *bavardage*[2]. Por maioria de razão, também em presidencialismo ou semi-presidencialismo, descortinamos semelhante permeabilidade ao que designamos por politicagem e intriga. É preciso que a "ambição controle a ambição", escreveu o federalista Hamilton[3]. Não existem sistemas de governo capazes de os remover inteiramente do sistema, pela razão óbvia de que não é possível garantir sempre que a ambição controle eficazmente a ambição.

2
J. Stuart Mill, *Considerations on Representative Government.*

3
The Federalist, 51.

O problema é que, em nossa opinião, se a solução para atenuar os riscos de politicagem no parlamentarismo passa pela racionalização dos processos de demissão do executivo e, no presidencialismo, pela introdução de mecanismos de *checks and balances* que limitem o poder unilateral dos presidentes, em semi-presidencialismo as respostas afiguram-se menos evidentes. Não existem, digamos, respostas abstractamente válidas para todos os sistemas. A racionalização do semi-presidencialismo é, por isso, um problema altamente pertinente.

3. "Intriga" e "intriguismo" constitucional

Intrigar, diz um dicionário, significa "inimizar", "desavir", "maquinar". Podem A e B intrigar-se mutuamente sem intervenção de um terceiro agindo de maneira dissimulada ou sonegando informação; ou pode um terceiro assumir o papel de criador da intriga falsificando aquilo que A e B conhecem acerca do outro. Formas de intriga são, por exemplo, as "declarações não-sérias" ou os "boatos" postos em circulação em prejuízo para os sujeitos atingidos. Outra hipótese poderá suceder se a linguagem for ela própria de tal maneira imprecisa que a relação de comunicação entre A e B não possa fluir sem desentendimentos provocados. (Não estaremos aí perante um caso de verdadeira e própria intriga, embora os participantes possam socorrer-se de normas confusas ou indeterminadas para alimentarem ainda mais a intriga.)

Daqui resulta que o fenómeno da intriga consubstancia uma falsificação continuada de processos de comunicação, através da qual duas pessoas distorcem

deliberadamente aquilo que dizem uma à outra , ou uma sobre a outra. Podemos ilustrar esta mesma ideia através da distinção de Erving Goffman entre comportamento transgressivo e comportamento desviante na interacção conversacional: "aquele que infringe as regras é um transgressor; o que infringe continuamente as regras é um desviante"[4]. Uma "inconveniência", um "lapso", uma "mentira" serão vistos como transgressões ou delitos. Mas se a pessoa viola as regras em permanência e, diz Goffmann, "se as infringe em muitas situações diferentes", pode inclusivamente transformar-se num desviante do tipo "defeituoso".

4
Erving Goffman, "A Ordem Social e a Interacção", in *Os Momentos e os seus Homens*, Lisboa, 1999.

O conceito de intriga pode ser transposto para o plano da comunicação político-constitucional. Na verdade a separação e interdependência entre poderes, bem como a responsabilidade política assentam em processos comunicativos. A *linguagem* da interacção político-constitucional depende das competências que a Constituição atribui aos órgãos e das relações de interdependência que se geram entre eles. Ora, existem no sistema político-constitucional português numerosas relações entre órgãos que, assentando elas em formas de comunicação também inter-orgânicas, são especialmente vulneráveis às transgressões e comportamentos desviantes. Quando os órgãos político-constitucionais interagem entre si a um nível que não comporte comportamentos desviantes, estamos perante uma experiência bem sucedida de cooperação institucional. Quando, pelo contrário, a interacção entre eles propicia o aparecimento contínuo de fenómenos de intriga, diremos que a acção política se converteu em politicagem.

Podemos enunciar alguns exemplos de competências constitucionais sujeitas a este tipo de problemas. Assim, por exemplo, é óbvio que dispondo o Presidente da República de um conjunto considerável de poderes informais poderá interpretá-los e exercê-los de forma mais ou menos responsável ou mais ou menos ruidosa e deletéria. Estamos a pensar por exemplo na dimensão de comunicação mediatizada dos poderes presidenciais. Se um determinado Presidente utiliza, por exemplo, as suas relações com a comunicação social para introduzir sistematicamente no espaço público factos corrosivos para a autoridade de outras instituições estará a agir como autor da intriga.

Em segundo lugar, o poder que assiste ao Presidente da República de dissolver livremente a Assembleia da República, excluindo os limites temporais e formais fixados pela Constituição (artigo 172.º), é particularmente vulnerável à intriga. O Presidente pode manter uma certa maioria refém de uma ameaça permanente de dissolução que, embora seja difundida de maneira constante, não passará de uma "declaração não-séria" destinada a corroer a legitimidade do executivo. No mesmo sentido deve entender-se a circunstância de a Constituição não permitir a dissolução do Parlamento nos períodos temporais vedados, mesmo em caso de demissão do Primeiro-Ministro. Num tal cenário poderá o Primeiro-Ministro "provocar" um

conflito com o Presidente antecipando a sua demissão e, na medida em que o chefe de Estado fica obrigado a nomear um novo primeiro-ministro, arrastá-lo para um conflito desnecessário com a maioria parlamentar, o qual poderia ser resolvido com vantagem caso o Presidente conservasse o poder para convocar o eleitorado.

O poder que também pertence, nos termos da Constituição, ao Presidente da República para demitir o Governo constitui um superior exemplo da fragilidade do sistema político à intriga. Note-se que a cláusula ainda constante da Constituição nos termos da qual "o Presidente da República só pode demitir o Governo quando tal se torne necessário para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas" (artigo 195.º, n.º 2) tem levantado dúvidas sobre o que possa significar "o regular funcionamento das instituições democráticas". Para simplificarmos uma discussão bem mais complexa, diremos que foram justamente as dificuldades de concretização desta cláusula que conduziram, na última dissolução conhecida da Assembleia, o Presidente Jorge Sampaio a optar pela dissolução em vez da demissão do Governo. A falta de clareza da norma constitucional tem sido geradora de um elevado nível de incerteza, tendo aliás contaminado certas interpretações restritivas do próprio poder de dissolução do Parlamento.

Outro foco de questões resulta, do nosso ponto de vista, da norma constitucional segundo a qual o "Primeiro-Ministro é responsável perante o Presidente da República e, no âmbito da responsabilidade política do Governo, perante a Assembleia da República" (artigo 191.º, n.º 1). Semelhante grau de responsabilidade individual do Primeiro-Ministro, ainda que indeterminada, comporta o risco de justificar uma ascendência informal do Presidente sobre o Primeiro-Ministro, o qual não se poderá traduzir em competências concretas de direcção (que o Presidente não possui), mas em práticas de bloqueio e oposição contra-maioritária empreendidas pelo Presidente.

Em quarto lugar, a abertura que a Constituição manifesta ou revela a governos de minoria e a parlamentos fragmentados significa que a responsabilidade política do executivo fica mais exposta, em cenários de dispersão do poder, à *bavardage* parlamentar e presidencial.

Finalmente, e para encerrar este rápido percurso, conta-se aquilo que podemos designar como o "paradoxo do semi-presidencialismo português". Se o relativo estatuto de um Presidente da República eleito por sufrágio directo e universal lhe atribui aquilo que podemos qualificar como um *poder de reivindicação* de um espaço autónomo de afirmação política, a verdade é que também se verifica que inúmeras matérias da nossa Constituição excluem a intervenção do Presidente. Pensamos, designadamente, no domínio da governação da justiça em que, para além de nomear o Procurador-Geral da República e o Presidente do Tribunal

de Contas sob proposta do Governo, o Presidente está excluído de qualquer outra competência formal; ou da nomeação de cargos directivos da chamada Administração de regulação e supervisão em que o Presidente não dispõe igualmente de poderes activos. Nestes domínios, o Presidente da República surge como um órgão distanciado, mas reivindicativo, tentando impor a sua vontade através de outros meios indutores de intriga e atrito.

4. Soluções: a racionalização do semi-presidencialismo

Para racionalizarmos a intriga constitucional em semi-presidencialismo são divisáveis várias soluções de reforma, nem todas jurídicas, mas ainda assim todas passíveis de minimizar os riscos de falsidade e comportamento desviante que detectámos ao longo da nossa análise. Desde logo, uma via de resposta obviamente não-jurídica consiste em presidentes e primeiros-ministros interiorizarem e observarem correctamente nas suas condutas o princípio da cooperação institucional. Noutra perspectiva, semelhante princípio poderia ser objecto de expressa consagração no texto da Constituição.

Desde logo, para minimizar os riscos de intriga entre Presidente, Primeiro-Ministro e Parlamento deveria ser promovida ou reforçada a publicidade dos processos de nomeação pelo Parlamento de outros titulares de órgãos constitucionais. Tanto o Procurador-Geral da República como os juízes do Tribunal Constitucional designados pela Assembleia da República deveriam ser escolhidos no quadro de um procedimento de avaliação no Parlamento para que fossem conhecidos os seus perfis, convicções, leitura da Constituição, entre outros aspectos críticos das competências para que são indigitados. Parece-nos que este reforço da publicidade funcionaria como desincentivo à intriga.

Por outro lado, consideramos também que as competências constitucionais para dissolver e demitir o Governo deveriam ser objecto de clarificação nos termos que já abordámos. Assim, o Presidente deveria poder dissolver o Parlamento, fora dos limites temporais definidos na Constituição, no caso de o Primeiro-Ministro apresentar a sua demissão, permitindo-se que o chefe de Estado dissolva a Assembleia e convoque o eleitorado para legitimar um novo governo. Da mesma forma, o poder de demissão do Governo deveria ser revisto, abandonando-se o vago pressuposto relativo ao "regular funcionamento das instituições democráticas" e permitindo-se que a demissão tenha em vista garantir a formação de governos que assegurem maior estabilidade e governabilidade. (Este pressuposto exigiria igualmente uma clarificação do artigo 187.º, parte final, do texto). Não se compreende o arrastamento de uma discussão obsoleta sobre o significado da cláusula sobre o "regular funcionamento das instituições democráticas".

Haveria ainda vantagem em repensar os incentivos da Constituição à formação de governos minoritários, passando a ser exigida a aprovação do programa de governo (artigo 192.º), as normas de responsabilidade do governo e do primeiro-ministro (artigos 190.º e 191.º) e, porventura de maior relevo, num plano infraconstitucional, rever o regime de responsabilidade política do executivo perante o Parlamento e o estatuto de oposição democrática. Quer isto dizer que todo o capítulo relativo às relações de responsabilidade do governo poderia ser com vantagem modificado

Conforme sublinhámos, o móbil que nos guiou na redacção deste breve texto foi precisamente a racionalização da política conflitual inerente ao semi-presidencialismo, de forma a reduzir o espaço deletério reservado à intriga e politicagem dos agentes políticos que em nada tem beneficiado a governabilidade e responsabilidade política.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Pedro Lomba Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa Cronista do jornal *Público*. Consultor jurídico.Licenciado (2000) e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (2005), Master of Research pelo Instituto Universitário Europeu (2008), doutorando.

Os Actos Normativos

Tiago Duarte

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

1. Introdução

No art. 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, podia ler-se que um Estado onde não estejam garantidos os direitos fundamentais nem esteja assegurada a separação dos poderes não tem Constituição.

Ora, num tempo de frenesim como o nosso, em que, revisão constitucional após revisão constitucional, esta se tem vindo a tornar uma amálgama cada vez mais casuística, importa voltar a recentrar-nos no essencial das funções constitucionais. E essencial não pode deixar de ser que a Constituição realce a sua natureza garantística e ordenadora, que permita, ao mesmo tempo, evitar abusos e impor regras, desde logo às maiorias que em cada momento se formam e exercem o poder político.

A Constituição deve assumir, assim, uma clara vocação contra-maioritária, apesar de ser ela própria fruto de uma opção maioritária. É caso para dizer que a Constituição é um "trunfo" contra as maiorias políticas conjunturais[1], sendo que, como é bom de ver, nem todas as cartas podem ser trunfos, pelo que, também aqui, "less is more".

1 Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria, 2006. A ideia original é de Dworkin, Rights as Trumps*, em Theories of Rights, 1984.

2. A organização dos actos normativos como tarefa constitucional

A definição e organização dos actos normativos vigentes no ordenamento jurídico é, ao mesmo tempo, um modo de a Constituição impor regras na forma como os órgãos competentes vão actuar, assim limitando, desde logo, a intervenção dos diversos órgãos com competências nesse domínio (Assembleia da República, Governo, Assembleias Legislativas Regionais...) e um modo de evitar abusos quanto à utilização desses mesmos actos normativos, impondo limites ao seu conteúdo e obrigando a consensos maiores ou menores quanto à sua aprovação.

É disso que se trata quando a Constituição impõe, por exemplo, que **(i)** todos os actos legislativos tenham de respeitar as normas constitucionais, ou que **(ii)** determinadas leis tenham de ser obrigatoriamente aprovadas pela Assembleia

da República, não o podendo ser pelo Governo, ou que **(iii)** determinadas leis tenham de ser aprovadas por maioria absoluta dos deputados, não o podendo ser por mera maioria simples, ou ainda que **(iv)** o conteúdo de um acto legislativo tenha de respeitar o disposto noutro acto legislativo anterior, ou, finalmente, que **(v)** os actos regulamentares tenham o seu fundamento e o seu limite num acto legislativo prévio.

Esta função ordenadora da Constituição, no que respeita aos actos normativos, sendo claramente instrumental para assegurar uma correcta separação de poderes entre os órgãos e as funções do Estado, desta forma evitando abusos é, também, instrumental da efectividade do Estado de Direito, levando a que cada matéria seja normativamente tratada pelo órgão mais adequado, seja em termos de legitimidade, seja em termos de eficácia.

3. O art. 112.º da Constituição

Tendo sido criado na revisão constitucional de 1982, o actual art. 112.º da Constituição é *um dos preceitos-chave da Constituição*[2], sendo sintomático que o mesmo se encontre sistematicamente colocado imediatamente a seguir ao artigo relativo à separação e interdependência dos órgãos de soberania.

O art. 112.º[3] estabelece regras ordenadoras relativamente a três grupos de actos normativos, a saber: (i) os actos legislativos, (ii) os actos regulamentares e (iii) os actos da União Europeia.

De entre estes três grupos, onde a revisão constitucional maiores benfeitorias pode realizar é sobre os actos legislativos, em especial sobre as leis de valor reforçado.

Ora, a primeira conclusão preliminar que se pode retirar da mera leitura do art. 112.º é que as leis e os decretos-leis nem sempre têm o mesmo valor, na medida em que há actos legislativos que são aprovados através de maiorias mais exigentes do que outras, havendo igualmente actos legislativos que condicionam o conteúdo de outros actos legislativos que a estes se subordinam, tendo de os respeitar.

A estes actos legislativos, aprovados por maiorias mais exigentes ou cujo conteúdo condiciona o conteúdo de actos legislativos posteriores, chama a Constituição de "leis de valor reforçado", importando, então, perguntar se o sistema de leis de valor reforçado, tal como previsto na Constituição, cumpre ou não o desígnio ordenador e com propósitos anti-abuso que é a razão de ser das normas constitucionais[4].

2 Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. II*, 4.ª ed., 2010, pág. 52.

3 Artigo 112.º – (Actos normativos): 1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais. 2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos. 3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas. (...)

4 Sobre as leis de valor reforçado, Carlos Blanco de Morais, *As Leis Reforçadas*, 1998 e Tiago Duarte, *A Lei por detrás do Orçamento*, 2007.

A resposta é, a nosso ver, negativa, por duas ordens de razão. Em primeiro lugar, porque não deixa perceber um critério racional. Em segundo lugar, porque permite abusos.

4. As leis de valor reforçado na Constituição

O modo como as leis de valor reforçado se encontram actualmente reguladas na Constituição é manifestamente desadequado, havendo classificações incompletas, casuísticas, sobrepostas e desnecessárias.

Assim, focando-nos no número 3 do art. 112.º, verificamos que são leis reforçadas as leis orgânicas, que se encontram previstas no n.º 2 do art. 166.º e correspondem a um conjunto de matérias da reserva absoluta de competência da Assembleia da República. Estas leis possuem um regime específico ao nível da maioria necessária para a sua aprovação e para a superação do veto político do Presidente, bem como no que respeita aos órgãos com legitimidade para suscitar a fiscalização da sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional.

Estas leis são, assim, qualificadas como leis reforçadas, atentas as suas especificidades formais e procedimentais, sendo igualmente esse o critério que leva a que também sejam consideradas leis reforçadas as leis que devam ser, por força de imposição constitucional, aprovadas por dois terços dos deputados presentes, desde que essa maioria seja superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções.

Ora, se o critério procedimental relativo à maioria especial de aprovação ou a outro requisito formal é um dos critérios constitucionais para a qualificação de uma dada lei como sendo uma lei reforçada (como resulta dos dois exemplos fornecidos pela Constituição), então forçoso se torna reconhecer como leis reforçadas outras leis que, também por força da Constituição, são sujeitas a especificidades procedimentais.

É o caso, por exemplo, das leis que têm de ser obrigatoriamente votadas na especialidade pelo plenário da Assembleia da República (n.º 4 do art. 168.º), ou de outras leis que também têm de ser obrigatoriamente aprovadas por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, como é o caso da lei-quadro das reprivatizações (art. 293.º da Constituição). É, ainda, por exemplo, o caso dos Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas e das respectivas leis eleitorais, que têm um procedimento de aprovação especial e diverso do previsto constitucionalmente para a generalidade das leis (art. 226.º) É, finalmente, e sem preocupações de ser exaustivo, o caso da lei do orçamento ou das leis das grandes opções dos

planos, pelo facto de a respectiva iniciativa legislativa ser reservada ao Governo, apesar da competência de aprovação ser reservada ao Parlamento (alínea g) do art. 161.º).

Ora, sendo assim, é de criticar, desde logo pela incerteza jurídica provocada, a opção da Constituição em definir as leis reforçadas pelo procedimento, através de um elenco casuístico e incompleto de exemplos que foram surgindo ao longo do tempo e que se foram acrescentando sem qualquer trabalho de sistematização.

Assim, e antecipando já soluções, seria de toda a conveniência que se substituíssem os dois exemplos oferecidos na primeira parte do n.º 3 do art. 112.º (leis orgânicas e leis que careçam de aprovação por maioria de dois terços) por um conceito compreensivo (e compreensível, tendo em conta a relevância estrutural das matérias escolhidas) que reconheça valor reforçado a todos os actos legislativos que, por força da Constituição, possuam um procedimento específico diverso do exigido para os demais actos legislativos, o que leva a que estas leis só possam ser aprovadas, revogadas, modificadas ou suspensas por outras que cumpram esse mesmo procedimento agravado.

Acontece que, para além deste primeiro critério, existe um segundo critério igualmente caracterizador das leis reforçadas e que também se encontra deficientemente previsto. Assim, serão também leis reforçadas aquelas que, por força da Constituição, *sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.*

O que se pretende aqui clarificar é que há leis que condicionam o conteúdo de outras leis. Ora, os casos paradigmáticos em que isso acontece são precisamente os casos das leis de autorização legislativa e das leis de bases, em relação aos decretos-leis autorizados e aos decretos-leis de desenvolvimento das bases, respectivamente.

Acontece que essas mesmas leis vêm previstas no n.º 2 do art. 112.º, sem a indicação de que se tratam de leis reforçadas, categoria que apenas é explicitada no número seguinte. Assim sendo, torna-se incompreensível a referência casuística às leis de autorização legislativa e às leis de bases (no n.º 2 do art. 112.º) quando essas mesmas leis se encaixam (mas não esgotam) no conceito previsto na segunda parte do n.º 3 do mesmo art. 112.º. Há, no entanto, outros casos de leis que são pressuposto normativo necessário de outras leis, como seja o caso da lei-quadro das regiões administrativas, que é prévia e condicionadora das leis que instituem em concreto as respectivas regiões (art. 255.º e 256.º).

Assim, também aqui importa, por uma questão de racionalização, eliminar a referência casuística às leis de autorização legislativa e às leis de base e manter

apenas o conceito que define esse tipo de leis reforçadas, devendo, ainda assim, o referido conceito ser aperfeiçoado.

É que, há casos de leis que são, por força da Constituição, um pressuposto normativo de outras leis (no sentido de conterem normas que devam ser respeitadas, tendo em conta o seu conteúdo, por outras normas que incidam sobre a mesma matéria) ainda que esse pressuposto normativo não tenha de existir. Quer isto dizer que, nesses casos, a falta da lei condicionadora não impede a emissão da lei que seria condicionada (no caso de existir lei condicionadora). É o caso, por exemplo, da relação entre a lei de enquadramento orçamental e as leis anuais do orçamento, já que a eventual revogação da lei de enquadramento orçamental não impedirá que continuem a ser aprovadas leis do orçamento.

Neste contexto, crê-se que o critério definidor deste tipo de leis reforçadas deve alargar-se, de modo a considerar leis reforçadas todas as que, por força da Constituição, sejam (quando existam) um pressuposto normativo de outras normas sobre a mesma matéria. Com esta alteração aproveitava-se o que de útil tem o terceiro critério definidor das leis reforçadas, eliminando-se o que tem de inútil. Com efeito, o terceiro critério actualmente previsto no n.º 3 do art. 112.º considera que são ainda leis reforçadas aquelas que, por força da Constituição, devam ser respeitadas por outras normas legais.

Ora, tal como está redigido, seriam reforçadas todas as leis da reserva absoluta e da reserva relativa do Parlamento, porque tinham de ser respeitadas pelos decretos-leis do Governo e seriam reforçados todos os decretos-leis do Governo, no âmbito da sua competência reservada, porque tinham de ser respeitados pelas leis parlamentares, o que é desrazoável e destituído de qualquer relevância operativa. Assim, pelo ajustamento do critério anterior, torna-se, como se disse, possível eliminar este terceiro critério, sem desaproveitar o que o mesmo tem de útil.

Aqui chegados, e em jeito de conclusão, importa dizer que a Constituição, de modo atabalhoado, é certo, o que pretende é reconhecer valor reforçado a dois tipos de leis:

(i) Aquelas que, pela sua importância, devam possuir um procedimento especial e que, por isso mesmo, têm de ser respeitadas (não podendo ser revogadas, modificadas e suspensas) por todas as leis que não cumpram esse mesmo procedimento.

(ii) Aquelas cujo conteúdo deve condicionar o conteúdo de outras leis que incidam sobre a mesma matéria, de modo a que estas leis subsequentes devam conformar o seu próprio conteúdo com o conteúdo das leis reforçadas[5].

5 Estas leis reforçadas são vulgarmente apelidadas de "leis paramétricas", por estabelecerem parâmetros que as outras leis – parametrizadas – devem respeitar.

Ora, quer num caso quer noutro, é a Constituição que fixa quais é que são as matérias que exigem ser tratadas através de leis reforçadas, seja do primeiro, seja do segundo tipo. Quer isto dizer que não pode o legislador deixar de aprovar uma lei reforçada pelo procedimento segundo esse mesmo procedimento, ou aprovar uma lei subordinada a uma lei reforçada "paramétrica" em desrespeito pelo conteúdo dessa mesma lei. Do mesmo modo, também não pode querer alargar o conjunto de matérias objecto de leis reforçadas, já que quem escolhe as leis reforçadas (tendo em conta as matérias que julga serem mais relevantes) é a Constituição e não o legislador.

Assim, se o legislador decidir, por sua vontade, aprovar uma lei (sobre uma matéria que não é reforçada) através de uma maioria de dois terços, tal não transforma essa lei numa lei reforçada pelo procedimento, podendo essa mesma lei ser depois alterada ou revogada por uma outra lei aprovada por maioria simples. Do mesmo modo, se for aprovada uma lei de autorização legislativa sobre uma matéria que – segundo a Constituição – não é uma matéria da reserva relativa da Assembleia da República, o Governo não terá de respeitar essa mesma autorização legislativa, que não consegue, por mera vontade do legislador, tornar-se numa lei "paramétrica".

Esta é, de resto, uma diferença assinalável face ao que se passa na relação hierárquica das leis constitucionais com as demais leis e face ao que se passa na relação, também hierárquica, das leis com os regulamentos da Administração.

É que, enquanto todas as matérias que sejam incluídas no texto constitucional ganham força e valor constitucional, apenas podendo ser alteradas por virtude de revisão constitucional, e todas as matérias que sejam incluídas em actos legislativos ganham força e valor legal, apenas podendo ser alteradas por virtude de novo acto legislativo, já o mesmo não se passa com as leis reforçadas. Com efeito, apenas fazem parte das leis reforçadas e, como tal, apenas beneficiam de valor reforçado as matérias que a Constituição considere deverem beneficiar desse regime.

De facto, no que respeita às leis reforçadas, o que releva é o conteúdo das mesmas, tornando-se irrelevante o "nome" da lei em causa, sendo de admitir que haja leis que, ao mesmo tempo, contenham matérias com valor reforçado e outras matérias sem valor reforçado, devendo cada matéria ser aprovada, revogada, modificada ou suspensa de acordo com as regras e exigências constitucionais que lhe devam ser aplicáveis, tendo em conta o seu conteúdo e não o facto de partilhar a mesma lei que outras matérias[6].

Finalmente, importa deixar uma nota final – muito relevante – para referir que a Constituição deveria "proteger" as leis reforçadas paramétricas face ao

6
A essas leis que transportam matérias de valor reforçado e matérias sem valor reforçado é vulgar apelidar-se de "leis-veículo" e às matérias que não são qualificadas pela Constituição como sendo de valor reforçado, mas que constam de leis que contêm matérias de valor reforçado é vulgar apelidar-se de "cavaleiros de lei reforçada". Sobre os "cavaleiros de lei reforçada", Tiago Duarte, *Quem tem medo dos cavaleiros de lei reforçada?* Jurisprudência Constitucional, n.º 7, 2005, pág. 36 e segs. e, mais desenvolvidamente, nomeadamente com referências a direitos estrangeiros, Tiago Duarte, *A Lei por detrás do Orçamento*, 2007, pág. 295 e segs.

legislador, de forma a evitar que o objectivo constitucional, no sentido de que o conteúdo destas mesmas leis venha a ser respeitado por outras leis subsequentes, não seja passível de ser facilmente ultrapassado.

Com efeito, se a lei paramétrica e a lei parametrizada puderem ser, nos termos definidos na Constituição, aprovadas pelo mesmo órgão e através da mesma maioria, o valor reforçado da primeira lei face à segunda apenas existe (na prática) se o legislador (que aprova e altera com a mesma facilidade ambas as leis) quiser respeitar a primeira lei quando aprova a segunda lei, pois, caso contrário, poderá sempre alterar a lei paramétrica primeiro, para só depois aprovar a lei parametrizada, desta forma defraudando o espírito da Constituição.

Defende-se, assim, que a revisão constitucional preveja que todas as leis paramétricas sejam (i) aprovadas por uma maioria mais exigente do que a prevista para as leis parametrizadas e/ou (ii) os órgãos com competência para aprovar ambas as leis não sejam os mesmos.

Defende-se, ainda, a simplificação das leis reforçadas pelo procedimento, eliminando a categoria autónoma das leis orgânicas e dividindo as matérias sujeitas a reforço procedimental apenas entre as que (i) têm iniciativa reservada a um órgão especial, (ii) são aprovadas (em todas as votações) por maioria absoluta dos deputados, (iii) são aprovadas (em todas as votações) por maioria de 2/3 dos deputados. Quanto à superação do veto político, defende-se a necessidade de maioria de 2/3 dos deputados para a superação do veto relativamente às leis referidas nos pontos (ii) e (iii).

5. Propostas para a próxima revisão constitucional

1. Racionalização dos critérios determinantes das leis reforçadas;

2. Simplificação dos critérios de reforço procedimental;

3. Protecção das leis reforçadas paramétricas através de critérios formais ou de competência;

4. Escolha racional das matérias objecto de leis de valor reforçado, incidindo sobretudo nas leis estruturantes e que fixam "as regras do jogo democrático", desta forma salientando a vertente contra-maioritária destas leis e valorizando-as como trunfos.

Índice TEMÁTICO
Índice de AUTORES
Início do ARTIGO

Tiago Duarte Licenciou-se em Direito na Faculdade de Direito de Lisboa, em 1995 (onde foi o aluno com a média mais elevada do seu ano) e doutorou-se (com distinção e louvor por unanimidade) em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, em 2005, onde é professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo. Tem várias obras publicadas, em diversos domínios do Direito Público, destacando-se a sua tese de doutoramento intitulada *A Lei por detrás do Orçamento – a questão constitucional da lei do orçamento*. É ainda docente em diversas pós-graduações e orador em diversas conferências, nacionais e internacionais, sobre contratação pública e sobre arbitragem com entidades públicas. É sócio da P*LMJ – Sociedade de Advogados, RL*, integrando o Departamento de Direito Público. Em 2011 obteve o c*lients choice award*, atribuído pela *International Law Office*, para o melhor advogado português de Direito Público.

A necessária eliminação do n.º 11 do artigo 115.º

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Pedro Magalhães

No artigo 115.º da Constituição da República Portuguesa, no número 11, podemos ler o seguinte:

"O referendo só tem efeito vinculativo quando o número de votantes for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento."

O que isto significa é que, caso se decida fazer uma consulta aos eleitores sobre a adopção de uma lei ou de um tratado internacional, essa adopção só ocorrerá inevitavelmente como resultado do referendo se se verificarem duas condições. Primeiro, a maioria dos eleitores que votem no referendo têm de votar "Sim". Segundo, aqueles que votem no referendo, seja qual for o seu sentido de voto, têm de representar mais de metade do eleitorado. Chama-se a isto um quórum de participação. E não existe apenas em Portugal. Em países como a Bulgária, a Hungria, a Polónia, a Eslováquia, a Lituânia e – para alguns tipos de referendos – a Itália e a Letónia, este quórum está previsto. A República de Weimar, cujo texto constitucional e seu derradeiro destino ainda deverão despertar arrepios, também o previa. E o mesmo sucede nalguns estados americanos e outros países espalhados pelo mundo fora (Suksi 1993; Verhulst and Nijeboer 2008; Kaufmann et al. 2008).

O que significa esta regra para um eleitor que não seja indiferente em relação ao desfecho final de um dado referendo? Se desejar que determinada alteração legislativa seja aprovada, cabe-lhe votar "Sim". Se o fizer está a contribuir para o desfecho que prefere. E o que significa esta regra para um eleitor que se oponha à alteração em jogo no referendo? Na ausência de um quórum de participação, a resposta é simples: cabe-lhe votar "Não", diminuindo assim a probabilidade de que o "Sim" ganhe. Contudo, se houver um quórum de participação, as coisas complicam-se. Imaginem que se antecipa uma vitória do "Sim", mas que há dúvidas sobre a possibilidade de cumprir o quórum de participação. Um apoiante do "Não" fica imediatamente dividido. Se for votar "Não", claro que diminui a probabilidade de que o "Sim" ganhe. Mas ao mesmo tempo, está a aumentar a probabilidade de que o quórum de participação seja atingido. Logo, se o "Sim" é um vencedor muito provável, mas há uma hipótese razoável de que o quórum não seja atingido, o que deve fazer o apoiante do "Não"? Abster-se, claro. Os partidos não são observadores passivos desta realidade. A existência de um quórum de

participação cria circunstâncias em que aqueles que se opõem à vitória do "Sim" têm incentivos para abdicar de mobilizar os eleitores ou até fazer apelos expressos à abstenção. E quem diz partidos, diz qualquer organização e associação com capacidade de mobilizar e desmobilizar eleitores (Corte-Real e Pereira 2004; Aguiar-Conraria e Magalhães 2010a e 2010b; Herrera and Mattozzi 2010).

A história está cheia de casos que ilustram este problema. Em Itália, entre 49 questões colocadas aos eleitores entre 1987 e 2007, 24 não atingiram o quórum de participação, apesar de a opção "Não" ter tido expressão minoritária entre os votantes. E há muitos outros exemplos, passados e contemporâneos. Alguns são particularmente perturbantes. O referendo de 1926 na República de Weimar, sobre a expropriação de propriedades dos principados, resultou numa campanha a favor da abstenção que envolveu a intimidação sistemática dos eleitores por parte de organizações ligadas ao Partido Popular Bávaro e aos Nacional-Socialistas (West 1985; Suski 1993). Apesar de semelhantes campanhas de "terror eleitoral" não serem expectáveis em democracias consolidadas, não há dúvida que a existência de apelos à abstenção por parte de forças políticas ou outras organizações – como tem sucedido algumas vezes no caso da Igreja Católica em Itália (Uleri 2002) – pode implicar, especialmente em contextos rurais, a eliminação do anonimato do voto (Aguiar-Conraria e Magalhães 2010b). Em geral, estima-se que, nos países europeus onde há quórum de participação e nas situações onde se espera a vitória do "Sim", a taxa de abstenção aumente, em média, 11 pontos percentuais (Aguiar-Conraria e Magalhães 2010a). A acreditar nesta estimativa – obtida tomando em conta os efeitos de muitos outros factores que afectam a participação eleitoral – estamos perante um curioso paradoxo: a razão fundamental que faz com que, em Portugal e noutros países, raramente ou nunca se atinja o quórum de participação é a existência do… quórum de participação.

Tudo isto já chegaria para aconselhar a eliminação do número 11 do artigo 115.º. Mas há mais boas razões para o fazer. Por um lado, é possível que num determinado sistema político se chegue à conclusão que é desejável a imposição de barreiras à mudança no *status quo*. Se assim for, exigir dois critérios (vitória e ultrapassagem de quórum) para fazer uma alteração parece introduzir mais barreiras do que exigir apenas um (vitória). Contudo, um estudo que conduzi com Luís Aguiar-Conraria, que usa simulações pressupondo diferentes distribuições de preferências e diferentes parâmetros sobre os custos e os benefícios do voto, mostra que há situações onde o efeito do quórum de participação acaba por ser oposto ao pretendido: ao desmobilizarem-se, aqueles que pretendem preservar o *status quo* podem, nalguns casos, aumentar a probabilidade de vitória do "Sim" sem conseguirem evitar que o quórum seja satisfeito, facilitando (em vez de dificultando) a mudança do *status quo* (Aguiar-Conraria e Magalhães 2010b).

Por outro lado, temos o problema da verificação da ultrapassagem do quórum de participação. Imagine-se que a participação oficial num determinado referendo é de 49,5%. Basta recordarmo-nos dos acontecimentos nas últimas eleições presidenciais, em que um número ainda indeterminado de eleitores teve dificuldades em apurar o seu local de voto, tendo certamente em muitos casos desistido de votar, para perceber o potencial de contestação e de deslegitimação dos resultados que se pode criar em torno de saber se os resultados de um referendo foram ou não vinculativos. É certo que resultados tangenciais de qualquer espécie comportam este potencial, mas o quórum de participação acrescenta um risco adicional. E é um risco que se torna muito mais grave quando tomamos em conta o problema da abstenção técnica. Sem se conhecerem números exactos, julga-se que muitos milhares de "eleitores-fantasma" se encontram nos cadernos eleitorais, fazendo por isso parte da base de cálculo dos valores oficiais da participação. Isso significa que a participação "real" nas eleições é sempre superior à participação oficial e que, logo, qualquer critério de vinculatividade de um referendo baseado em taxas de participação se baseia em informação enviesada. Se a participação oficial num referendo for de 49%, ou até 47%, é quase certo que a maior parte dos eleitores com real capacidade eleitoral terá votado. E, no entanto, o resultado não será vinculativo.

É natural que haja muitas regras constitucionais cuja "bondade" ou "maldade" intrínseca seja difícil de aferir. Nalguns casos porque beneficiam uns interesses e prejudicam outros, e a sua alteração ou preservação é matéria de conflito politico e social. Noutros casos porque os seus efeitos são incertos, permitindo assim conflitos de interpretação em torno de algo que é, afinal, desconhecido. Contudo, neste caso, creio que estamos perante outra situação. Há hoje segurança considerável sobre os efeitos do quórum de participação: ele aumenta a abstenção eleitoral, pode gerar efeitos contrários àqueles para os quais foi concebido e cria situações que permitem a deslegitimação do próprio processo eleitoral. Não por acaso, a Comissão de Veneza sugere a sua eliminação da ordem constitucional dos países que o adoptam (Comissão de Veneza 2007). Está na hora de retirar o número 11 do artigo 115.º da Constituição da República Portuguesa.

Bibliografia

Aguiar-Conraria, L., Magalhães, P., 2010a. Referendum design, quorum rules and turnout. *Public Choice* 144, 63–81.

Aguiar-Conraria, L., Magalhães, P., 2010b. How quorum rules distort referendum outcomes: Evidence from a pivotal voter model. *European Journal of Political Economy* 26: 541-557.

Comissão de Veneza, 2007. Code of Good Practice on Referendums. Document CDL-AD(2007)008. Available at http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL--AD (2007)008-e.asp.

Côrte-Real, P., Pereira, P.T., 2004. The voter who wasn't there: referenda, representation and abstention. *Social Choice and Welfare* 22, 349–369.

Herrera, H., Mattozzi, A., 2010. Quorum and turnout in referenda. *Journal of the European Economic Association* 8.

Kaufmann, B., Büchi, R., Braun, N., 2008. *Guidebook to Direct Democracy in Switzerland and Beyond*. Initiative & Referendum Institute Europe, Marburg.

Suksi, M., 1993. Bringing in the People: A Comparison of the Constitutional forms and Practices of the Referendum. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.

Uleri, P.V., 2002. On referendum voting in Italy: yes, no or non-vote? How Italian parties learned to control referendums. *European Journal of Political Research* 41, 863–883.

West, F.C., 1985. *A Crisis of the Weimar Republic: A Study of the German Referendum of 20 June 1926*. American Philosophical Society, Philadelphia PA.

Verhulst, J., Nijeboer, A., 2007. *Direct Democracy: Facts and Arguments About the Introduction of Initiative and Referendum*. Democracy International, Brussels.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Pedro Magalhães Investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Doutorado em Ciência Política pela Ohio State University (2003), tem feito investigação na área da opinião pública, comportamento eleitoral, sistema judicial e desenho institucional em regimes democráticos.

Tribunais

O Governo da Justiça e a Constituição

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Nuno Garoupa

No recente ensaio *O Governo da Justiça* (Ensaios da Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011), defendi uma reforma muito profunda do governo da justiça com quatro pilares fundamentais:

(i) A aproximação do modelo de governo da justiça às experiências escandinava ou holandesa, abandonando o actual modelo de conselhos judiciários.

(ii) Reforma do Tribunal Constitucional: reduzir a composição actual de treze para nove ou mesmo sete juízes, todos eleitos pela Assembleia da República (actualmente dez juízes são escolhidos pela Assembleia da República e três juízes são cooptados); alterar significativamente o processo de eleição dos juízes pela Assembleia da República de forma a ter um sistema de audição parlamentar vinculativo, sério e relevante muito próximo do modelo norte-americano; mandatos vitalícios; idade mínima para poder ser eleito para o Tribunal Constitucional, por exemplo, cinquenta anos ou, alternativamente, vinte e cinco anos de experiência profissional.

(iii) Reforma dos Tribunais Superiores: extinguir o Supremo Tribunal Administrativo e transformá-lo numa secção de contencioso administrativo no Supremo Tribunal de Justiça.

(iv) Importar dois importantes mecanismos do direito brasileiro, o princípio da súmula vinculante e o mecanismo de repercussão geral. O primeiro mecanismo permite que o Supremo Tribunal seja mais eficiente na criação de doutrina vinculante. O segundo mecanismo capacita formalmente o Supremo Tribunal para controlar a sua própria carga de trabalho (uma vez que o Supremo Tribunal pode ser mais ou menos generoso na admissão do recurso com base na doutrina de repercussão geral, numa versão suave do *writ of certiorari* norte-americano) e concentrar-se nos lítigos que são relevantes. Ambos mecanismos ajudam a repor uma verticalização na hierarquia judiciária que assegura uma maior eficácia na justiça.

A reforma da Constituição deveria pois reflectir estas quatro ideias que, sendo polémicas e pouco populares na ortodoxia jurídica reinante, me parecem fundamentais para superar o atraso estrutural e os estrangulamentos gravíssimos da justiça portuguesa. Em contrapartida, tal como expliquei no referido ensaio, mudanças na forma de nomeação do Procurador-Geral da República ou a proibição do sindicalismo judiciário são irrelevantes dado que estruturalmente nada alteram.

Sendo consequente com a minha análise, a Constituição da República Portuguesa deveria sofrer alterações nos seguintes termos:

Artigo 209.º Categorias de tribunais

1. (...)

b) Eliminar.

2. Podem existir tribunais marítimos, *tribunais administrativos e fiscais*, tribunais arbitrais e julgados de paz.

3. (...)

4. Eliminar.

Artigo 210.º Supremo Tribunal de Justiça e instâncias

1. (...)

2. (...)

Novo. As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais tribunais e à administração pública.

Novo. No recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral da matéria de direito discutida no caso, nos termos da lei, para que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros.

3. (...)

4. (...)

5. (...)

Artigo 212.º Tribunais administrativos e fiscais

1. Eliminar.

2. Eliminar.

3.Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

Artigo 215.º Magistratura dos tribunais judiciais

1. (...)

2. A lei determinará os requisitos e as regras de recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais.

Novo. O Conselho Superior das Magistraturas é responsável pelo recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de primeira instância.

Novo. A Assembleia da República é responsável pelo recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de segunda instância e do Supremo Tribunal de Justiça.

Novo. O recrutamento dos juízes dos tribunais judiciais de segunda instância e do Supremo Tribunal de Justiça faz-se com prevalência do critério do mérito.

3. Eliminar.

4. Eliminar.

Artigo 216.º Garantias e incompatibilidades

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à actividade dos tribunais.

5. (...)

Artigo 217.º Nomeação, colocação, transferência e promoção de juízes

1. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos juízes dos tribunais judiciais de primeira instância e o exercício da acção disciplinar competem ao Conselho Superior das Magistraturas, nos termos da lei.

2. A lei definirá as regras e determinará a competência para a colocação, transferência e promoção, bem como para o exercício da acção disciplinar em relação aos juízes dos restantes tribunais, com salvaguarda das garantias previstas na Constituição.

Artigo 218.º Conselho Superior das Magistraturas

1. O Conselho Superior das Magistraturas é presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto por dez vogais designados pela Assembleia da República.

2. Quatro vogais serão magistrados dos tribunais judiciais.

3. Quatro vogais serão magistrados do Ministério Público.

4. As regras sobre garantias dos juízes são aplicáveis a todos os vogais do Conselho Superior das Magistraturas.

5. A lei estabelecerá o estatuto e o regime de incompatibilidades dos seus vogais bem como as suas funções, nomeadamente em matéria de escolha dos juízes dos tribunais de primeira instância e dos agentes do Ministério Público, promoções, inspecções e regime disciplinar.

Artigo 219.º Funções e estatuto do Ministério Público

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da acção disciplinar competem ao Conselho Superior das Magistraturas.

Artigo 220.º Procuradoria-Geral da República

1. (...)

2. A Procuradoria-Geral da República é presidida pelo Procurador-Geral da República.

3. (...)

Artigo 222.º Composição e estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional

1. O Tribunal Constitucional é composto por sete juízes designados pela Assembleia da República.

2. Podem ser juízes do Tribunal Constitucional os magistrados judiciais ou do Ministério Público, professores universitários, funcionários públicos ou juristas de mérito, todos com reconhecida competência jurídica e mais de vinte e cinco anos de profissão.

3. O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional é vitalício.

4. O processo de designação dos juízes pela Assembleia da República estará sujeito a uma audição parlamentar individual e vinculativa.

4. O Presidente do Tribunal Constitucional é eleito pelos respectivos juízes.

5. Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais.

6. A lei estabelecerá as imunidades e as demais regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional.

Artigo 280.º Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. (...)

Novo. No recurso para o Tribunal Constitucional, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, para que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros.

Estas alterações não garantem um melhor funcionamento da justiça, mas são condição necessária. Elas são um primeiro passo na estratégia reformista e um sinal de um paradigma novo para a justiça. O actual desenho institucional é deficiente, inadequado e incapaz de resolver os problemas estruturais. Uma mudança meramente cirúrgica como é preconizada pelos principais responsáveis

políticos não soluciona absolutamente nada, apenas aumenta a confusão generalizada que prevalece entre os operadores judiciários e nega uma justiça eficaz aos portugueses.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Nuno Garoupa Nasceu em Lisboa em 1970. Licenciou-se em Economia na Universidade Nova de Lisboa em 1992. Obteve o mestrado em Economia no Queen Mary College em 1994 e em Direito (LLM) na Universidade de Londres em 2005. Fez o doutoramento em Economia na Universidade de York em 1998 e agregação em Microeconomia na Universidade Nova de Lisboa em 2002. É professor catedrático de Direito na Universidade de Illinois. A sua área de investigação é Direito e Economia (Law and Economics) e Direito Comparado. Autor de mais de cinquenta artigos publicados nas melhores revistas académicas da especialidade, incluindo o *Journal of Legal Studies*; *Journal of Law and Economics*; *Journal of Law, Economics and Organization*; *American Law and Economics Review*; *Journal of Empirical Legal Studies*; *Oxford Journal of Legal Studies*; *American Journal of Comparative Law*; *Journal of Law and Society*; *International Journal of Law, Policy and Family*; *Berkeley Journal of International Law*; *Columbia Journal of Transnational Law*; *European Business Organization Law Review*; *Maastricht Journal of European and Comparative Law*; *European Economic Review*; *Economic Journal*, entre outros. Foi vice-presidente da European Association of Law and Economics (2004-2007), membro do Board da International Society for New Institutional Economics (2006-2009), e editor da *Review of Law and Economics* (2003-2010). Desde 2009 é membro do Board da Latin American and Caribbean Law and Economics Association.

Revisão Constitucional e Tribunais

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Vieira de Andrade

1.

Desde os seus momentos originários que as finalidades básicas das constituições ocidentais são, como estabelecia a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos e a organização do Estado segundo o princípio da divisão dos poderes.

Neste contexto, salienta-se a ambiguidade do judiciário ou do poder judicial, ao qual se atribuíram significações contrárias: foi concebido, em uma leitura predominantemente europeia, como "un pouvoir terrible parmi les hommes" (Montesquieu) – que decide sobre a vida, a liberdade, a honra e os bens das pessoas –, e, em outra leitura, tipicamente anglo-saxónica, como "the least dangerous branch to political rights" (Hamilton), que não dispõe da força executiva do Governo, nem da vontade reguladora e tributadora do Parlamento.

De um ou de outro modo, os juízes são subtraídos à escolha e à luta política, seja enquanto encarregados da aplicação neutral das leis, seja como árbitros dos conflitos e garantes das liberdades. E, por isso, as constituições, tal como os juristas e os politólogos que as decifram, não costumam inserir os tribunais na definição e caracterização do sistema de governo, limitando-se a consagrar a independência e a supremacia dos juízes enquanto "poder à parte", exterior aos conflitos políticos e sujeito apenas aos ditames da lei e do Direito.

No entanto, o poder judicial não é hoje politicamente neutro, nem estritamente vinculado, é um poder decisor empenhado e criador, ainda que aos juízes sempre caiba administrar justiça em nome da comunidade, quer se fundamentem na tradição popular, na compreensão comunitária do seu tempo ou em uma cosmopolita consciência universal.

Por um lado, não lhes compete apenas a resolução de litígios entre privados iguais e o julgamento das ofensas marginais aos valores comunitários fundamentais – os "trabalhos de Hércules" estendem-se ao julgamento dos delitos dos poderosos, à apreciação da validade dos actos e dos comportamentos das autoridades públicas, à defesa activa das liberdades e à protecção e promoção dos direitos dos cidadãos, incluindo os direitos a prestações sociais.

Por outro lado, o juiz intensifica os seus poderes decisórios, perante a absoluta incapacidade legislativa de fixar em abstracto as soluções adequadas para os complexos problemas de relacionamento social na generalidade das áreas da vida – a

resolução dos conflitos de interesses e de valores normativos concretos exige a ponderação das circunstâncias dos casos e uma nova metodologia de aplicação do direito, em que as regras estritas são em grande medida substituídas por normas abertas e por princípios normativos cujos efeitos não podem ser pré-definidos e dependem da decisão judicial.

Acresce que a autoridade judicial é reforçada pela consagração constitucional do princípio da tutela judicial efectiva dos direitos das pessoas e dos cidadãos, na esfera privada como na esfera pública – tanto mais que, nas suas sentenças, os juízes podem e devem aplicar directamente os preceitos constitucionais, desaplicando, se for caso disso, as próprias leis parlamentares ou os decretos governamentais.

Por fim, e na mesma lógica do robustecimento e da ampliação dos efeitos das suas decisões, os tribunais nacionais actuam em rede com tribunais europeus e internacionais, designadamente em matérias de direito europeu ou que envolvam direitos fundamentais, e muitos dos processos em que intervêm têm repercussão colectiva e são objecto de discussão nos órgãos formais (e nas redes informais) de comunicação social.

Não é possível, neste contexto transformado, ignorar-se o papel claramente interventivo dos juízes e a projecção económica, social e política do exercício da função judicial – no entanto, apesar do muitas vezes denunciado activismo judicial, os tribunais continuam fora do sistema de governo, designadamente nos países do continente europeu, como se a sua actividade e poderio como órgãos da soberania, fundados em uma ligação exclusiva ao Direito, não carecesse de inclusão nos quadros democráticos.

Em Portugal não existe uma "questão constitucional" sobre o significado do poder judicial e o estatuto dos juízes, como se verifica na leitura dos projectos de revisão constitucional, que não propõem alterações quanto às normas que definem e regulam a actividade dos tribunais, determinando a independência dos juízes e a obrigatoriedade das suas decisões para todas as autoridades públicas.

Na realidade, os "graves problemas" que, no dizer comum, a justiça enfrenta não se referem propriamente aos juízes e à sua actividade, mas ao "serviço de justiça": não são, felizmente, problemas de corrupção – uma enorme vantagem que talvez não seja suficientemente valorada –, nem fundamentalmente questões de competência técnica dos juízes, mas problemas de atraso sistemático, de onerosidade, de ineficácia e de injustiça do próprio sistema legal e judicial.

E, como estes problemas não dependem basicamente das normas constitucionais, mas de recursos financeiros e de um conjunto de políticas com incidência na área da justiça, aquilo que se discute no processo de revisão é sobretudo a organização das jurisdições, no quadro da resolução do eterno problema da busca do equilíbrio entre a independência e a legitimação democrática do poder judicial, que permita a navegação entre Scylla e Charybdis, entre o monstro devorador da

politização da justiça e o redemoinho vertiginoso do corporativismo dos juízes – de facto, nos projectos de revisão constitucional apresentados por partidos e deputados avultam as propostas de alteração das normas relativas ao governo das magistraturas, visando a extinção do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e as mudanças na composição e no funcionamento do Conselho Superior da Magistratura.

2.

Somos perguntados sobre o que, em nossa opinião, se deve mudar, acrescentar e retirar ou, pelo contrário, se deve manter na Constituição a este propósito.

2.1. Desde logo, julgamos que a Constituição, enquanto estatuto jurídico do político, será o lugar adequado para estabelecer padrões de decisão judicial, designadamente para regular a necessária contenção dos juízes, no respeito devido aos outros poderes estaduais, seja perante a legitimidade político-estratégica do Parlamento e do Governo, seja perante a legitimidade participativa ou técnica da Administração, sobretudo num quadro normativo e organizativo transnacional, europeu e global como aquele em que actuam hoje os órgãos nacionais.

Desse modo, poderiam introduzir-se no Título dos tribunais preceitos que concretizassem o princípio da separação e interdependência dos poderes.

Em um deles, deveria manifestar-se que os poderes judiciais de desaplicação das leis com fundamento em inconstitucionalidade haveria de fundar-se na ofensa de *normas e princípios jurídicos substanciais* da Constituição – eliminando-se a fiscalização judicial difusa da inconstitucionalidade material e orgânica dos diplomas com valor legislativo – e teria de respeitar a liberdade de conformação política do legislador democrático.

Em outro preceito, deveria reproduzir-se o que actualmente consta do artigo 3.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, determinando que os tribunais administrativos julgam do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da sua actuação – um dos pilares normativos do nosso sistema jurídico-administrativo, que, pela sua relevância estrutural primária, merece a consagração expressa ao nível constitucional.

2.2. Depois, na linha das preocupações dominantes, entendemos que é importante alterar o texto constitucional de modo a promover ou facilitar o equilíbrio entre a independência e a democraticidade do poder judicial, bem como a contribuir para a maior eficiência do sistema judiciário.

Julgamos que poderá concorrer para este propósito uma densificação constitucional do estatuto dos juízes, sublinhando o seu perfil como titulares de órgãos de soberania.

Embora o nosso regime seja o do "juiz-funcionário", seria bom que se acentuasse a especial dignidade da função de autoridade que desempenham, bem como a sua responsabilidade decisória, incumbindo expressamente o legislador parlamentar da definição do estatuto jurídico e deontológico específico dos magistrados.

Não deverá porventura a Constituição ir ao ponto de determinar a garantia de um estatuto remuneratório apropriado à exclusividade e à importância da tarefa, tal como talvez deva deixar ao debate social e à decisão política regras que são hoje objecto de controvérsia, como, por exemplo, as da proibição da sindicalização e da greve – embora por nossa parte as consideremos adequadas ao perfil de titular de órgão de soberania.

No entanto, tendo em consideração que os juízes são, enquanto pessoas, titulares de direitos fundamentais, deveria a Constituição prever a existência de limitações legais à liberdade de expressão, de manifestação e de associação dos juízes, que não deveriam ir além da estrita medida das exigências próprias das respectivas funções.

2.3. Relativamente à organização dos tribunais, justificam-se pequenas alterações ao nível constitucional, evitando neste momento grandes sobressaltos organizativos, apesar de ser discutível a manutenção das actuais categorias de tribunais e do próprio Tribunal Constitucional – isto, sem prejuízo da necessidade de uma revisão legal do mapa judiciário e da criação de outros tribunais de competência especializada, como, por exemplo, os destinados a dirimir os conflitos em matérias de regulação económica.

Um aspecto cuja importância vai muito para além da sua actualidade é o que se refere ao papel do Tribunal de Contas, nestes tempos em que a avaliação da correcção financeira das políticas públicas e a protecção das gerações futuras não pode ser confiada aos tribunais comuns.

A este propósito, justifica-se, por um lado, a definição constitucional e o robustecimento das competências de fiscalização financeira do Tribunal, bem como o reforço da respectiva autonomia através do alargamento da duração do mandato do seu Presidente, acompanhado da impossibilidade de renovação e da inamovibilidade do titular.

Relativamente ao Tribunal Constitucional, justificar-se-ia, a partir dos dados da experiência, a diminuição das respectivas competências, designadamente em matéria eleitoral – tendo em conta as suas especiais características orgânicas e a adequação funcional para realização das tarefas que lhe são actualmente cometidas.

Quanto ao Ministério Público, apesar de haver boas razões para a consideração de alternativas, não se afigura estritamente necessário neste momento o debate sobre o seu perfil institucional de magistratura independente.

Apenas se propõem duas alterações: que, em coerência, deixe de ser instituído como representante do Estado nos processos judiciais, mesmo nos termos

limitados em que hoje a lei o concebe; que se reforce a autonomia do Procurador-Geral da República, também aqui através da inamovibilidade durante o mandato e da proibição da respectiva renovação.

2.4. Apesar da contenção revisora, parece existir, no entanto, um consenso alargado quanto à urgência da reformulação do governo das magistraturas.

Concordamos, desde logo, com a fusão do Conselho Superior da Magistratura e do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais (este, aliás tratado com menoridade no texto actual), ainda que se mantenha a dualidade de jurisdições, visto que não há diferenças de estatuto dos magistrados e que os tribunais administrativos e fiscais são hoje fundamentalmente tribunais judiciais de competência especializada.

A grande alteração diz respeito, porém, à composição, aos poderes e ao funcionamento do Conselho Superior, com vista a assegurar, por um lado, um equilíbrio entre a representação corporativa e a legitimidade democrática, e, por outro, uma gestão racional e eficiente da organização judiciária e dos recursos humanos e materiais, bem como uma representação institucional forte do poder judicial no contexto do Estado e até no quadro europeu.

No que respeita à composição, será conveniente assegurar o equilíbrio que resulta da igualdade de número entre membros-juízes e membros que não são juízes, seja fazendo equivaler o número de membros nomeados pelo Presidente da República e pela Assembleia da República (estes mediante audiência pública, na tradição grega da *docimasia*) ao número dos juízes eleitos pelos seus pares, seja optando pela proporção actual, mas consagrando normativamente a prática de um dos membros nomeados pelo Presidente ser um juiz de carreira.

Importante é que os membros do Conselho, designadamente os que não sejam juízes, exerçam funções em tempo integral, para assegurar, a par de uma disciplina efectiva e justa e de uma gestão da magistratura (nomeação, colocação, transferência e promoção) fundamentada em uma avaliação criteriosa do mérito profissional dos juízes, uma administração profissionalizada e eficaz do aparelho judiciário.

Por outro lado, devem os mandatos ser razoavelmente longos e insusceptíveis de renovação, para garantir a independência dos membros e a transparência das decisões.

Em termos globais, a Constituição deve ainda promover o fortalecimento do órgão, atribuindo-lhe poderes de iniciativa legislativa e de intervenção em procedimentos de nomeação de juízes portugueses para tribunais internacionais – assegurando por seu intermédio uma representação institucional forte e responsável do poder judicial.

José Carlos Vieira de Andrade Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de Ciências Jurídico-Políticas. É autor da obra *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* (4.ª ed., 2009). Participou nos trabalhos preparatórios de elaboração dos projectos de revisão constitucional da Aliança Democrática (1980-1982) – de que resultou a obra *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, em co-autoria com Barbosa de Melo e Cardoso da Costa (1981) –, e, mais tarde, do Centro Democrático e Social (1987-1989).

Garantia e revisão da Constituição e disposições finais

A revisão da Constituição

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

Miguel Nogueira de Brito

1. Um regime de «cio» constitucional

Quando se discutem em Portugal as dificuldades da revisão constitucional, tem-se normalmente em vista os limites materiais de revisão ou as maiorias qualificadas exigidas para a aprovação das alterações à Constituição. Mas para além dos limites materiais, respeitantes às matérias que não podem ser objecto de revisão, e dos limites formais, relativos à iniciativa e processo relativos à lei de revisão constitucional, bem como às maiorias necessárias para a respectiva aprovação, existem também os designados limites temporais.

Em que consistem estes assim designados, impropriamente como se verá, «limites temporais»? De acordo com o artigo 284.º da Constituição, uma revisão constitucional só pode ocorrer decorridos cinco anos sobre a data de publicação da última lei de revisão que haja sido efectuada na sequência do decurso de um quinquénio anterior, como se lê no n.º 1 do artigo, salvo se a Assembleia da República assumir poderes de revisão por maioria de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções, caso em que a revisão pode ocorrer em qualquer momento, segundo decorre do n.º 2 da mesma disposição.

A revisão que pode ocorrer de cinco em cinco anos diz-se ordinária; a revisão que pode ocorrer em qualquer momento, na sequência da assunção de poderes de revisão por quatro quintos dos Deputados em efectividades de funções, diz-se extraordinária. Para além disso, a revisão extraordinária não interrompe o prazo de cinco anos imposto como intervalo de tempo entre a realização de sucessivas revisões extraordinárias. Quer isto dizer que realizada uma revisão extraordinária não começa a correr novo prazo de cinco anos para a realização da próxima revisão ordinária.

Parece, desde logo, claro que designar o regime que acaba de descrever-se através da expressão «limites temporais de revisão» se revela enganador. O que está realmente em causa é uma dimensão temporal do poder de revisão, uma vez que o objectivo da definição do tempo da revisão não é, pelo menos actualmente, o de a restringir, mas precisamente o criar condições para uma reforma periódica

do texto constitucional. Com efeito, através da definição do tempo da revisão consegue-se que o processo de revisão seja desencadeado com a simples apresentação, por qualquer Deputado, de um projecto de revisão, uma vez completado o prazo de cinco anos sobre a revisão ordinária anterior.

A não existir esta dimensão puramente temporal, o mais lógico seria fazer depender o início do processo de revisão de uma deliberação da Assembleia da República tomada por maioria qualificada, como sucede em grande número de textos constitucionais e sucedeu, na nossa história constitucional, com a Constituição de 1822 e a Carta Constitucional de 1826. Aliás, só a articulação da exigência do decurso de um período de tempo sobre a data de uma anterior revisão com a exigência de maioria qualificada para a assunção de poderes de revisão permitiria falar em limites temporais.

Não se exigindo que uma maioria dos Deputados delibere sobre a necessidade de revisão, mas bastando que um deles apresente um projecto de revisão decorridos cinco anos sobre a revisão ordinária para que a Assembleia seja obrigada a deliberar sobre eles, podemos falar de um regime de «cio» constitucional. Em determinados períodos de tempo, que ocorrem ciclicamente, o Parlamento está apto a receber projectos de revisão, discutindo-os e votando-os, sem que se exija qualquer deliberação sobre a sua oportunidade.

2. A única revisão necessária

O que pode levar uma Constituição a procurar regular o tempo da revisão? As experiências e ideias constitucionais mostram duas motivações principais a este respeito: facilitar a revisão da constituição, a partir do seu interior; criar condições para a própria recriação da constituição. Esta última motivação afigura-se algo fútil, ao procurar disciplinar formalmente o próprio impulso constituinte.

Mas a primeira motivação não é também isenta de perigos. Esses perigos são, aliás, cada vez mais visíveis na nossa vivência político-constitucional mais recente, posterior às grandes revisões do sistema político e económico de 1982 e 1989. Consistem eles em fazer da revisão constitucional um mero exercício de retórica da classe política, um expediente destinado a preencher ciclicamente uma agenda política depauperada pelo crescente esbatimento de diferenças significativas entre os grandes partidos com assento parlamentar, uma manifestação de um contratualismo partidário que aliena os cidadãos do debate constitucional.

Ora, estes perigos, julga-se, são potenciados pela progressiva dissociação, verificada na nossa história constitucional, em termos únicos no contexto das

demais constituições que nos são próximas, entre o simples decurso do tempo e a exigência de uma maioria qualificada como condições de realização da revisão constitucional, através da consagração daquele que atrás se chamou um regime de «cio» constitucional. Esta dissociação deve ser combatida, reintroduzindo-se a exigência de votação parlamentar qualificada (ainda que inferior à maioria de quatro quintos prevista para a assunção de poderes de revisão extraordinária) exprimindo o juízo sobre a própria necessidade de se proceder à revisão, como condição de realização de qualquer revisão ordinária.

É esta, julga-se, a única revisão verdadeiramente necessária da Constituição de 1976, através da qual se alcançaria o desiderato de tornar o sistema dos designados limites temporais de revisão mais conformes aos princípios que verdadeiramente o justificam: reagir contra a ideia de imutabilidade da Constituição, criando condições para a sua alteração periódica, sem deixar de assegurar uma maior proximidade entre a revisão constitucional e o corpo eleitoral. A revisão da Constituição apenas será «dos métodos mais fecundos e mais filosóficos de governar», como dizia Eça de Queiroz num artigo escrito no jornal *Distrito de Évora*, de 17 de Fevereiro de 1867, se for dos métodos a que se recorra com menos frequência.

Ao mesmo tempo, não parece que a proposta esboçada, ao dificultar a revisão da constituição, conduza a um estado de coisas propiciador da sua violação. Pelo menos, isso não deverá acontecer se a jurisprudência constitucional consolidar e reforçar o papel que lhe cabe no desenvolvimento da Constituição.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

Miguel Nogueira de Brito (n. 1965) é advogado e professor auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por onde é licenciado, mestre e doutor. Exerce a sua actividade predominantemente no direito constitucional. Entre as suas publicações contam-se os livros *A Constituição Constituinte* (2000), *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional* (2008) e, em co-autoria com Pedro Múrias, *Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo – Não ou Sim?* (2008), além de vários artigos sobretudo nas áreas do direito constitucional e da filosofia política.

Algumas considerações sobre a «Garantia e revisão da Constituição» e as «Disposições finais e transitórias»

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

José Manuel M. Cardoso da Costa

As considerações seguintes respeitam basicamente à «garantia» da Constituição – a qual é objecto do Título I da sua Parte IV, sob a epígrafe «Fiscalização da constitucionalidade». A mais disso, apenas incluiremos, a final, duas brevíssimas notas sobre a «Revisão da Constituição» e sobre uma das suas «Disposições finais e transitórias».

a) Garantia da Constituição

1. Nos preceitos do Título I da Parte IV da Constituição, conjugadamente com o princípio que se inscreve no artigo 204.º desta última e com as disposições dos seus artigos 221.º e seguintes, relativas ao Tribunal Constitucional, desenha-se um sistema de fiscalização da constitucionalidade – e, mais amplamente, de justiça constitucional – cujos traços característicos básicos são os seguintes: – instituição de um tribunal específico ao qual é precípua e primacialmente confiada a tarefa e a função da garantia jurisdicional da Constituição; – reconhecimento (respeitando a tradição histórica anterior), porém, da competência «plena», por assim dizer, igualmente dos tribunais em geral para o desempenho dessa tarefa, face, inclusive, ao próprio legislador; – centralização da garantia essencialmente no controlo dos actos normativos; – consagração, tanto de instrumentos processuais permitindo o controlo directo (ou abstracto) da constitucionalidade desses actos, como do instrumento processual do controlo incidental (ou concreto) dos mesmos – este, moldado em termos que harmonizam a competência que aí continua a ser reconhecida aos tribunais em geral com a primazia que na matéria cabe ao Tribunal Constitucional.

Trata-se de um sistema de garantia jurisdicional da Constituição que – sem embargo das suas particularidades, em especial da que respeita ao último ponto referido – converge com o tipo de solução institucional para que, nesse domínio, e na senda do precedente austríaco dos anos 20, o constitucionalismo europeu foi evoluindo cada vez mais alargadamente, a partir sobretudo da segunda metade do século XX. E trata-se, por outro lado, de um sistema que – exceptuando um ajuste entretanto operado nas regras de composição do Tribunal Constitucional e

no alargamento do leque de competências deste, mas em áreas marginais, relativamente aos aspectos nucleares da justiça constitucional – se mantém inalterado desde a sua instituição, com a 1.ª Revisão Constitucional, de 1982.

Haverá razões para, agora, passados quase trinta anos sobre o início do seu funcionamento, rever um tal sistema de garantia, nos seus traços característicos essenciais? Responderemos convictamente que não – e, isso, ainda admitindo que possa ter sempre cabimento uma renovada reflexão, quanto a algum ou alguns dos seus aspectos.

2. Assim, e desde logo, não se crê que seja hoje razoavelmente questionável o elemento nuclear, em torno do qual se estrutura todo esse sistema, que é a existência de um Tribunal Constitucional.

Não nos deteríamos, por isso, sobre esse ponto – não fora o mesmo haver sido retomado num dos projectos de revisão constitucional pendentes de apreciação na Assembleia da República (o *Projecto de Revisão n.º 6/XI*, apresentado por Deputados do PPD-PSD, eleitos pela região autónoma da Madeira). A verdade, porém, é que não se reflecte aí mais do que uma posição seguramente marginal na comunidade jurídica e política – eco de uma «suspeição» sobre a natureza e, sobretudo, a composição do Tribunal Constitucional que inicialmente encontrou expressão de algum significado em diversos sectores de opinião e, em particular, no âmbito (não há que negá-lo) da própria instituição judiciária, mas que se foi gradualmente diluindo, sendo substituída por um reconhecimento cada vez mais generalizado daquele Tribunal e da relevância da função que lhe está constitucionalmente cometida.

Uma tal «suspeição» liga-se a um alegado carácter «político» e «politizado» das decisões do Tribunal, também alegadamente decorrente da especificidade da sua composição. Valerá a pena dizer, por isso, que, se houver de reconhecer-se, de todo o modo, um qualquer relevo ou impacto «político» (num sentido que não pode ser aqui explicitado) àquelas decisões, ele resulta inelutavelmente da própria natureza das questões que o Tribunal Constitucional é chamado a decidir, pelo que não será nunca eliminado através da adopção de uma qualquer alternativa institucional do tipo da adiantada no Projecto de Revisão antes referido, qual a da substituição daquele Tribunal por uma «Secção Constitucional» no Supremo Tribunal de Justiça. Uma alternativa, de resto, que, além disso, esquece mais duas coisas: – por um lado, o carácter «dual», mesmo no seu vértice, da nossa jurisdição, com dois Supremos Tribunais, tornando-se assim difícil explicar por que haveria a dita «Secção Constitucional» de ficar sediada apenas num deles, e num certo deles; – por outro lado, a lição do direito comparado, a qual é bem reveladora de que, ainda nos ordenamentos em que a justiça constitucional, (com uma dimensão, e até uma especificidade processual, como a que conhece entre nós) é aparentemente confiada ao poder jurisdicional «comum», ainda aí vem a mesma, em boa verdade, a repousar em instâncias cujos membros são afinal objecto de um

procedimento de designação com uma clara, se não exclusiva, dimensão político-institucional (tal como acontece com os tribunais constitucionais *eo nomine*): recordem-se, a tal respeito, os casos paradigmáticos da *Supreme Court* americana, do Supremo Tribunal Federal brasileiro ou do Tribunal Federal da Suíça.[1]

3. Questão diversa e de alcance mais limitado do que a anterior, porém, é a de saber se não será justificável ou desejável uma qualquer modificação no modo de designação dos juízes constitucionais – designação essa que, até agora, tem assumido um carácter exclusivamente parlamentar, temperado pela cooptação de 3 juízes pelos 10 inicialmente eleitos pela Assembleia da República.

A questão – como é geralmente sabido – foi das mais controversas e de mais dificultosa solução, aquando da criação do Tribunal Constitucional, sendo que o ponto crucial esteve em saber se havia de fazer-se intervir igualmente o Presidente da República na escolha dos membros do Tribunal. Ora, este é justamente um ponto que merece reexame, e isto, seja porque a doutrina não deixa de voltar a ele com alguma recorrência (cite-se, entre todos, Jorge Miranda), seja porque acaba de ser retomado num outro projecto de revisão constitucional: o *Projecto de Revisão n.º 5/XI*, do CDS-PP, o qual prevê que 2 juízes passem a ser de designação presidencial, em lugar de parlamentar.[2]

Pois bem: haverá de reconhecer-se que não faltaria lógica institucional a uma eventual participação do Presidente da República no processo de designação dos membros do Tribunal Constitucional, e que nem ela representaria a introdução, nesse processo, de um elemento ou princípio da «legitimação» diferente do até aqui acolhido, quanto àqueles, pela Constituição. Com efeito, e numa palavra: sendo o Presidente da República eleito por sufrágio universal, e havendo a Constituição modelado a designação dos juízes constitucionais em termos de a mesma reverter indirectamente, em último termo, à legitimidade conferida por tal sufrágio – sendo assim, não poderia negar-se sentido a uma intervenção presidencial nessa designação, a par, se bem que em medida menor, da que é conferida ao parlamento. Por outro lado, e numa consideração pragmática das coisas, não seria de excluir que essa intervenção, traduzindo-se numa escolha e num convite pessoal do Presidente, pudesse, por outro lado, representar um estímulo acrescido à disponibilidade, para o exercício da função, de personalidades particularmente qualificadas para o efeito.

Não obstante, temos sérias dúvidas em subscrever a solução – e por duas razões.

A primeira liga-se ao facto de, entre nós, também o Presidente da República deter legitimidade para accionar a fiscalização da constitucionalidade, e uma legitimidade qualificada para o efeito, atento o carácter exclusivo (ou quase) com que a mesma lhe é conferida quanto às dimensões mais melindrosas daquela, a saber, a fiscalização preventiva e a da inconstitucionalidade por omissão. Face a uma tal circunstância, impõe-se perguntar, na verdade, se – para preservação da relação

1 Dito isto, e quanto à justificação histórica e doutrinária do Tribunal Constitucional, remete-se para o que a esse respeito já deixámos escrito noutros lugares: logo no Estudo e Projecto de Revisão Constitucional, de 1981 (de co-autoria com A. Barbosa de Melo e J.C. Vieira de Andrade); depois, em «O Tribunal Constitucional Português – a sua origem histórica» (publicado em *Portugal – O sistema político e constitucional – 1974/1987*, Lisboa, 1989); e, mais recentemente, em «Constituição e Justiça Constitucional» (no *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V/2006). E remete-se, bem assim, para o volume *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, editado pelo Tribunal Constitucional, em 1993.

2 Sublinhe-se que, em nosso modo de ver, esta será mesmo a única modificação, em sede do procedimento de composição do Tribunal Constitucional, que justifica uma análise, pois que temos liminarmente por inadequada e indesejável a designação de uma parte dos juízes, seja pelos Conselhos das magistraturas, seja pelas Assembleias Legislativas Regionais, como, quanto a este último caso, é proposto no *Projecto de Revisão n.º 7/XI* (da autoria de Deputados do PSD eleitos pela região autónoma dos Açores): pelo que respeita a esta última solução, desde logo porque se trata de instâncias que se situam em níveis institucionais distintos, não fazendo sentido que um órgão regional participe na designação dos titulares de um órgão de soberania; quanto aos Conselhos, porque a sua intervenção significaria a adopção de um outro princípio

ou fundamento de «legitimação» dos juízes constitucionais, a par do actualmente consagrado, sem que seja seguro que tal não teria implicações negativas no «equilíbrio» – num sentido que resultará explicitado a seguir – do Tribunal.

de integral autonomia e independência que intercede entre as duas entidades, mas sobretudo da imagem dela – não será antes bem mais avisado deixar as coisas como estão.

A segunda razão tem a ver com as provas até agora dadas, em termos de composição do Tribunal Constitucional, pelo modo de designação dos seus juízes, constitucionalmente adoptado. Com efeito, requisito fundamental a cumprir, na composição de um qualquer tribunal constitucional, é o de que ela seja uma composição «equilibrada», e não eivada de um qualquer predomínio unilateral, no que tange à mundividência e à sensibilidade ou maior ou menor proximidade político-ideológica dos respectivos membros: ora, sendo que esse objectivo primacial tem sido e vem sendo logrado entre nós (e de modo que bem se pode dizer exemplar, em termos comparados) através do modelo vigente de escolha dos juízes, eis por que nos interrogamos sobre se vale a pena modificá-lo – ainda quando a alteração (como seria o caso da que se vem considerando) não tivesse forçosamente de conduzir a um resultado diverso do que ficou assinalado[3].

3
No mesmo *Projecto de Revisão n.º 5/XI*, e no tocante aos juízes a eleger pela Assembleia da República, propõe-se que a sua designação ocorra «de harmonia com o princípio da representação proporcional». Se bem se percebe o alcance da proposta, ela visa de algum modo consagrar uma praxe parlamentar geralmente adoptada até aqui – qual a de a indicação ou apresentação de candidatos à eleição para juiz constitucional não ser «monopolizada» pelos partidos parlamentarmente dominantes (PS e PSD, ou vice-versa). É, sem dúvida, uma praxe saudável: não cremos, porém, é que ela possa e deva passar disso; como tão-pouco vemos o modo como poderia funcionar a cláusula em apreço, mantendo-se – como no *Projecto* em causa se mantém – a exigência de maioria qualificada para a eleição dos juízes. Esta, de resto, é que se consubstancia numa exigência insuprível, e o elemento que verdadeiramente pode e deve assegurar o equilíbrio plural da designação parlamentar dos juízes.

4. Passando agora para o plano competencial do sistema de fiscalização, não nos deteremos numa questão que teoricamente logo poderia colocar-se, qual a da eventual substituição do actual esquema de harmonização da competência dos tribunais em geral e do Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização da constitucionalidade, por aquele outro (comum ao modelo europeu de justiça constitucional) consistente no procedimento do «reenvio prejudicial» da questão de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, pelos tribunais comuns.

A verdade é que – para além de a questão, se bem que aventada de quando em vez na doutrina, não estar na ordem do dia – não cremos que a alteração trouxesse grande vantagem, no que respeita à «celeridade» processual da fiscalização concreta (a nosso ver, o fundamento que poderia justificá-la). Mas, além disso, traduzir-se-ia no abandono ou «desfiguração» de uma competência tradicional dos tribunais portugueses; e, se deixada a possibilidade de reenvio exclusivamente ao critério do juiz *a quo*, representaria um «retrocesso», no que toca ao direito de recurso ao Tribunal Constitucional, hoje reconhecido às partes processuais.

5. Tão-pouco nos deteremos no reexame das várias modalidades de fiscalização abstracta da constitucionalidade, admitidas pelo nosso ordenamento constitucional.

É certo que a consagração de todas essas modalidades de controlo não é isenta de problemas: não o é, seguramente, a um ou outro título, a da fiscalização preventiva e a da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. E isso nos levou mesmo, em tempo já recuado (ao tempo da instituição do Tribunal Constitucional), a pronunciar radicalmente contra uma e outra (no *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, acima referido).

A verdade, porém, é que – se as interrogações que eles são susceptíveis de suscitar, no plano doutrinário, não desapareceram – estamos agora, quase três décadas passadas sobre a criação do Tribunal, perante institutos que podem invocar já uma certa «tradição» constitucional e cuja eliminação depararia certamente com grandes obstáculos. Acresce que, no tocante ao controlo preventivo, o Tribunal, na sua prática, foi podendo ultrapassar e gerir a sua dificuldade e melindre, com maior ou menor custo e sucesso; e que, no respeitante ao controlo da inconstitucionalidade por omissão, não só as entidades com legitimidade para desencadeá-lo o têm feito (como é desejável) com extrema parcimónia, como o Tribunal (acompanhado pela doutrina) lhe tem fixado estreitos limites, assim evitando os «desvios» a que poderia conduzir. Ora, neste quadro, não cremos que valha a pena levantar a questão da permanência dos institutos em causa.

Questão, sim, que deveria merecer reflexão seria antes a de saber se – atenta justamente a existência do instituto da fiscalização preventiva – não haveria então de colocar-se algum limite temporal ao recurso à fiscalização abstracta sucessiva e à fiscalização concreta, com fundamento na violação simplesmente de normas constitucionais de procedimento ou de competência. É certo que, para contra-bater os inconvenientes da falta desse limite, a Constituição já estabelece as regras do artigo 282.º: mas elas só valem para a fiscalização abstracta, e resta saber se, a partir de um certo tempo sobre a entrada em vigor dos diplomas, não se justificaria uma solução mais radical.

6. Posto isto, fica assim, quanto ao actual desenho da competência do Tribunal Constitucional, uma última questão: a de saber se tal competência deve deixar de estar limitada ao controlo de actos normativos, para passar a incluir também o controlo da «constitucionalidade» de outros actos do poder público – *recte*, o controlo da eventual violação, por esses outros actos, de direitos fundamentais das pessoas. É o problema da consagração, entre nós, de um instrumento como o da «queixa constitucional» ou do «recurso de amparo», conhecidos de vários ordenamentos constitucionais.

A questão acaba justamente de ser retomada no contexto do processo de revisão constitucional ora em curso – com as propostas que, nesse sentido, e independentemente dos exactos termos de cada uma, constam do *Projecto de Revisão n.º 2/XI*, do PCP, do *Projecto de Revisão n.º 5/XI*, do CDS-PP, e do *Projecto de Revisão n.º 6/XI* (de Deputados do PPD-PSD eleitos pela Madeira)[4].

Subjacente a tais propostas vai necessariamente a ideia de que a falta do instituto em causa se traduz num défice de protecção dos direitos fundamentais. Importa, porém, clarificar e sublinhar que tal défice não pode reportar-se a uma falta «absoluta» de meios de protecção jurisdicionais, adequados e eficientes, dos direitos fundamentais, *maxime*, dos direitos, liberdades e garantias – pois que, não só a tanto servem os instrumentos processuais ordinários pertinentes em cada caso, como o nosso direito já consagra instrumentos específicos para a

4 No *Projecto de Revisão n.º 2/XI*, do PCP, propõe-se ainda que se inclua, no acervo das competências do Tribunal Constitucional, o controlo da constitucionalidade dos actos políticos: há-de tratar-se basicamente de actos que integram a função presidencial (como, por exemplo, a marcação de eleições). Dir-se-á que, em termos de princípio, nada haveria a objectar à solução: não podem deixar de ressalvar-se, porém, as dúvidas ou dificuldades que o recurso ao conceito genérico de «acto político», sempre rodeado de alguma indefinição, é ou seria susceptível de gerar. Seja como for, não se nos afigura que esteja em causa algo de interesse prático relevante.

protecção de tais direitos, situados nomeadamente na área da jurisdição administrativa (para já não falar, agora noutro domínio, da clássica providência do *habeas corpus*). O que está em causa, pois, é tão-só a inexistência de um instrumento desse tipo ao nível da jurisdição constitucional.

Por outro lado, concebido o instituto da «queixa constitucional» ou do «recurso de amparo» – como o é no direito comparado (pelo menos, em direito comparado europeu) e haveria de ser entre nós – como um último remédio, do qual os interessados só poderão socorrer-se, em princípio, depois de esgotadas as vias contenciosas comuns, ele acaba essencialmente por ter por objecto uma decisão judicial. Donde que o problema a que reverte a inexistência, no nosso direito, de um instrumento desse tipo será (ou seria), verdadeiramente e no fundo, o da impossibilidade de fazer intervir o Tribunal Constitucional no sancionamento de decisões dos outros tribunais que ponham em causa um direito fundamental (ou, mais precisamente, um direito, liberdade ou garantia).

Simplesmente, importa ainda lembrar que já hoje, em sede de fiscalização normativa concreta, se acha aberta aos interessados a possibilidade de questionarem, em recurso para o Tribunal Constitucional, não a norma em si, mas a «interpretação» dela pelo juiz *a quo*, e que o Tribunal não se furta (e nem se vê como poderia fazê-lo) a examinar a questão nesses termos. O que significa que, afinal, as próprias decisões judiciais, numa sua certa dimensão (a dimensão interpretativa), são já passíveis de controlo pelo Tribunal Constitucional, e que os interessados já dispõem de um «amparo» contra as mesmas, se elas, nessa sua dimensão, violarem um direito fundamental. Fora desse «amparo» ficarão assim, e em definitivo, apenas as decisões judiciais que violem *directamente* um direito, sem que isso decorra da interpretação que façam de uma norma jurídica.

Pois bem: reconduzida a problemática da consagração de um alargado «recurso de amparo» ou «queixa constitucional» aos termos que ficam expostos, perde ela, como se vê, não toda, mas boa parte da sua acuidade. E, assim sendo, não cremos que os riscos e custos dessa consagração – em especial o risco, que a experiência comparada mostra ser efectivo, de um alargamento inusitado da pendência no Tribunal Constitucional – valham o ganho que com ela se obteria. Ao cabo e ao resto, é de crer que não sejam tão frequentes assim as situações de violação «directa» de um direito fundamental por uma decisão judicial – e, para aquelas que possam ocorrer, sempre restarão (nomeadamente nos domínios mais sensíveis) os meios ordinários de recurso. Ponto entretanto é que, por outro lado, o Tribunal Constitucional não «feche» a sua jurisprudência, e se mantenha aberto a discernir e examinar aquelas que são dimensões realmente «interpretativas» das decisões judiciais, assim podendo vir a cassar estas últimas, quando, por essa via, corporizem violações da Constituição – e, em particular, ponham em causa direitos, liberdades e garantias.

b) Revisão da Constituição

7. Se bem que revestindo-se hoje de muito menor «urgência», continua a ser pertinente a questão da extensão dos *limites materiais* de revisão (ou «cláusulas pétreas», como se denominam no constitucionalismo brasileiro), agora do artigo 288.º da Constituição – os quais vão muito para além do que é corrente em direito comparado e não deixaram e poderão de novo vir a criar dificuldades à nossa própria evolução constitucional (só superadas, até aqui, pelo expediente da «dupla revisão»). Continuamos, por isso, a acompanhar as considerações e as conclusões que a esse respeito constam do *Estudo e Projecto de Revisão Constitucional*, de 1981, atrás referido (e que são da autoria e responsabilidade directa de J.C. Vieira de Andrade).

Quanto aos *limites temporais,* situam-se na linha da nossa tradição constitucional e não cremos que se justifique a sua alteração. É certo que não deve retirar-se desses limites, ao invés e paradoxalmente, a conclusão como que de uma «necessidade» ou «obrigação» da revisão, de cada vez que decorra o respectivo tempo. Trata-se aí, porém, de um juízo «político», que deve ser deixado à livre decisão de cada força política com representação parlamentar. Por isso se nos afigura inaceitável que o exercício e a concretização da correspondente iniciativa possam ficar dependentes de uma prévia deliberação maioritária da Assembleia da República, como é proposto no *Projecto de Revisão n.º 9/XI*, do PS, ou no *Projecto de Revisão n.º 2/XI*, do PCP – ora em apreciação.

c) Disposições finais e transitórias

8. Desejaríamos apenas chamar a atenção para a do artigo 291.º, sobre a subsistência dos «distritos» administrativos – preceito cuja manutenção temos por indispensável. E isso, em particular, na parte em que nesse preceito constitucional implicitamente se prevê (e, consequentemente, impõe) a existência, em cada distrito, de um «governador civil». É que, ao contrário do que começa a ouvir-se com certa frequência (e de vozes esclarecidas e responsáveis), pensamos que a função não é prescindível – pois não vemos como possa o Governo deixar de ter representantes locais, a um certo nível da divisão administrativa do território (assuma a correspondente circunscrição carácter autárquico ou não). Bom é, portanto, que a Constituição continue a impô-lo.

Índice TEMÁTICO
Índice de AUTORES
Início do ARTIGO

José Manuel M. Cardoso da Costa Presidente emérito do Tribunal Constitucional. Assistente, Investigador e, por último, Professor Catedrático Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde regeu ou investigou nas áreas do Direito Constitucional, do Direito Fiscal e do Direito Internacional Público. Exerceu ainda actividade docente na Faculdade de Direito da Universidade Católica, no Porto, e, actualmente, na Universidade Lusófona, e foi membro do Centro de Estudos Fiscais do Ministério das Finanças. Jurisconsulto. Vogal da Comissão Constitucional (1981 a 1983) e, seguidamente, Juiz do Tribunal Constitucional (1983 a 2003), foi Presidente deste último de Novembro 1989 a Abril de 2003. Membro do Conselho Científico da Associação Fiscal Portuguesa e do Centro de Estudos de Bioética (Coimbra). É Presidente da Associação Portuguesa de Direito Constitucional e foi Vice-Presidente do Comité Executivo da Associação Internacional de Direito Constitucional (de que é Presidente Honorário). Doutor *honoris causa* em Direito pela Universidade de Tübingen (Alemanha), em 1994.

A Constituição como "problema"

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES

António Araújo

Nenhum cirurgião responsável opera um paciente sem conhecer o diagnóstico da doença. Só assim pode saber onde e como deve cortar, retalhar, amputar – e, sobretudo, o motivo pelo qual se justifica tão drástica intervenção.

Idêntico e elementar cuidado não têm aqueles que, ciclicamente, se propõem rever a Lei Fundamental da República. Temos a tendência para alterar a Constituição sem sabermos ao certo de que males padece. Tendência que, por sua vez, é tributária de uma outra: a de julgarmos que a Constituição está na origem de todas as doenças que nos afligem ou, ao invés, que é a miraculosa panaceia das patologias nacionais. Não são perspectivas antagónicas. Pelo contrário: ambas decorrem da mesma visão distorcida sobre o potencial normativo de uma Constituição, seja para impedir, seja para resolver, por si só, os problemas do país. Ao fim de tantas revisões da sua Constituição, Portugal deveria situar-se entre os Estados mais desenvolvidos do mundo. O que, sem se saber porquê, continua a não suceder, pese o vanguardismo do texto constitucional de 1976 e o afã revisionista dos nossos partidos políticos. No dia em que escrevo estas palavras – 6 de Novembro de 2010 – um jornal noticia, em título: «Probabilidade da bancarrota de Portugal é superior a 50%». De todos os textos constitucionais do planeta, o nosso é aquele que possui o mais amplo, generoso e denso catálogo de direitos sociais. No mesmo jornal, no mesmo dia: «Quase 18 mil pessoas perderam rendimento mínimo em três meses. Entre Julho e Setembro, cerca de 18 mil pessoas e mais de cinco mil famílias deixaram de receber o Rendimento Social de Inserção. Uma redução justificada pelas novas regras de atribuição da prestação, mas que estará a deixar alguns pobres de fora». Entre eles, Jaime Filipe, um antigo gráfico de 57 anos, desempregado, que «come apenas uma refeição por dia, da caridade alheia». A Jaime Filipe, que aos 57 anos de idade não tem emprego, de pouco tem servido o vasto conjunto de direitos económicos, sociais e culturais consagrados no Título III da Parte II da Constituição de 1976. É certo que, como ensinam os constitucionalistas, a concretização do programa social da Constituição se encontra sujeita à *reserva económica do possível*. Infelizmente, tudo indicia que os portugueses vão ter de iniciar a dura aprendizagem de uma vida sujeita à *reserva económica do não-possível*.

Mas nem assim os partidos desistem da sua tendência revisionista. Sempre que chega a altura em que é possível – mas não obrigatório, note-se – realizar

uma revisão ordinária da Constituição, entra-se de imediato num tempo de «cio constitucional». Antecipando-se aos adversários – e geralmente com grande alarido mediático –, um partido apresenta o «seu» projecto de benfeitoria do texto da Constituição. Por imperativo do n.º 2 do artigo 285.º da Constituição, é então aberto um «processo de revisão». Logo as demais forças partidárias alinhavam também, mais ou menos apressadamente, as suas propostas de alteração da Lei Fundamental da República.

É curioso observar que nunca deixámos de alterar a Constituição sempre que foi juridicamente possível fazê-lo. Nunca desperdiçámos uma oportunidade de revisão ordinária da Constituição. Por outro lado, nunca um partido se absteve de apresentar um projecto de revisão. Jamais, na verdade, uma força partidária teve a coragem de dizer: «para nós, a Constituição está bem como está e, portanto, em coerência, nada temos a propor». Mesmo o PCP, que sempre se afirmou como o mais estrénuo defensor das «conquistas» alcançadas à sombra da «Constituição de Abril», nunca se coibiu de, na altura devida, apresentar um projecto de reforma do texto fundamental. A Constituição é uma obsessão da vida política portuguesa.

Há aqui um problema, sem dúvida. Não o da Constituição, que, extensa como é, muitos problemas terá certamente. De facto, várias benfeitorias se poderão fazer no texto constitucional: umas necessárias, outras úteis, outras meramente voluptuárias. Simplesmente, haverá sempre espaço para benfeitorias constitucionais, porque a Constituição, como toda a obra humana, será sempre susceptível de aperfeiçoamento. O ponto é determinar com clareza se, num dado momento, vale a pena rever um texto que aspira a ser «fundamental». E se, ao cabo e ao resto, essa «fundamentalidade» não se desgasta e degrada pela circunstância de o debate constitucional ficar refém da luta partidária de todos os dias, em que a *politique politisante* se menoriza em face da *politique politisée*, deixando esta, como devia, de ser conformada por aquela e, ao invés, sendo a *politique politisée* a condicionar a *politique politisante*. A obsessão com a Constituição acaba, paradoxalmente, por retirar à Lei Fundamental a força normativa que deveria ter.

Se a melhoria da Constituição fosse tão urgente e necessária como por vezes se afirma, não se deveria esperar pelo tempo de uma revisão ordinária, o qual só ocorre de cinco em cinco anos. Se acaso fosse imperioso alterar a Constituição, os partidos chegariam a um consenso para agir sob a forma de revisão extraordinária – como, aliás, já o fizeram, em 1992, para adaptar o texto fundamental às imposições decorrentes do Tratado de Maastricht, e também em 2001 e 2005, por causa do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e da Constituição Europeia, respectivamente. No mínimo, seria exigível que os cinco anos que medeiam entre as revisões ordinárias permitissem um debate sério, sereno e atempado sobre as grandes opções do regime.

A revisão da Constituição destina-se a melhorá-la. Mas não é por isso, nem para isso, que os partidos apresentam os seus projectos de revisão. A revisão constitucional tem servido, outrossim, propósitos conjunturais de combate político:

de tempos a tempos, em datas marcadas, como nos duelos de outrora, os partidos dispõem aqui de uma oportunidade para exibir o que os distingue, tanto é o que os une, no essencial. No final, após acesas discussões e inflamada retórica, acabam por convergir no acessório. Quase sempre, há um vencedor: as regiões autónomas, que, de revisão em revisão, têm visto aumentar os poderes talvez para lá do que seria desejável – outro debate que se deveria fazer, mas eternamente se adia, entretidos que estamos em rever uma e outra vez a nossa Constituição. Aliás, competências atribuídas às regiões autónomas em anteriores revisões ainda não foram sequer concretizadas e já se fala em mais uma ampliação do espaço das autonomias, rumo a um destino que ninguém se preocupa em definir ao certo qual virá a ser. Que perfil queremos para os Açores e para a Madeira? Ninguém sabe, ninguém discutiu.

Seria útil, e muito desejável, que, antes de apresentarem em catadupa – ademais, num prazo apertado de 30 dias – diversos projectos de revisão, as principais forças partidárias identificassem, à semelhança dos cirurgiões responsáveis, que defeitos existem na Constituição e se a sua gravidade é tal que justifica a abertura de um processo que tem custos. Os custos de uma revisão constitucional nunca foram contabilizados: o País centra as suas atenções nessa questão quando possivelmente deveria olhar para outros problemas, consome-se o precioso tempo dos deputados da Nação, gastam-se horas sem fim em debates e discussões. Assessores e secretárias andam numa azáfama. Resmas e resmas de papel são deitadas ao lixo. A democracia tem custos, que devemos aceitar, à semelhança das contas de internamento que os hospitais nos apresentam. Em todo o caso, talvez não fosse má ideia ter presente que uma revisão constitucional consome recursos – materiais e morais.

A grande questão, naturalmente, não está aí. Pese os custos de uma revisão, esta sempre se justificará quando existir uma razão válida para alterar a Constituição. Simplesmente, após as revisões necessárias de 1982 e de 1989, nunca os partidos se deram ao trabalho de definir objectivos com clareza e de encontrar formas de, em torno deles, atingir o consenso necessário a uma revisão da Lei Fundamental. O modo como, por exemplo, a moção de censura construtiva tem sido proposta e retirada do debate ou a forma como agora se discute a nomeação dos membros das entidades reguladoras revela uma política constitucional exclusivamente orientada para uma perspectiva contabilística de «ganhos» e «perdas» no tabuleiro do jogo político-partidário de todos os dias.

O que falta, com efeito, é um debate prévio em que, tranquila e desapaixonadamente, as principais forças partidárias identifiquem, de um lado, os problemas reais do País e, do outro, que soluções existem para os mesmos. Mais concretamente, importaria saber se os problemas do País e os problemas da Constituição coincidem e se a Constituição é, ela própria, um «problema»; e em que medida a Lei Fundamental tem impedido que os problemas que efectivamente existem sejam resolvidos.

Tomemos o exemplo do Estado Social. Antes de existir um debate sério sobre o Estado Social e o seu futuro, bem como sobre a sua sustentabilidade na configuração com que actualmente o conhecemos, já se encontrava instalado um ruidoso conflito, feito de acusações mútuas, em torno da formulação linguística da mudança que o PSD propunha para o artigo da Constituição que salvaguarda a segurança no emprego. Em torno dos vocábulos «motivo atendível» (depois mudados para «razão legalmente atendível») gerou-se de imediato uma sonora querela político-mediática. A partir daí, e em virtude do registo adoptado pelos diversos interlocutores, deixou de se poder realizar, como se impunha, uma discussão desapaixonada sobre a versão lusitana do *Welfare State* e a sua viabilidade futura.

Com ou sem fundamento, o PSD foi acusado de querer desmantelar o Estado Social. Pressentindo que uma acusação deste tipo lhe traria custos políticos, como trouxe, o PSD aparentemente recuou. Pelo menos, recuou o suficiente para que o PS pudesse reclamar «vitória» de uma refrega tão efémera quanto inútil. No final, ninguém discutiu verdadeiramente, com factos e números, e sobretudo com argumentos sólidos, o modelo social que permitiu assegurar o bem-estar de milhões de pessoas no pós-guerra, que favoreceu o sucesso do projecto da União Europeia e, enfim, que fomentou a consolidação das democracias do Ocidente.

Houve estudos, trabalhos prévios, análises independentes sobre o Estado Social? Não. Chegou-se a conclusões precisas sobre se o modelo de prestações que possuímos é exequível a médio prazo? Não. Temos a certeza de que é de facto imprescindível mudar a Constituição para que o Estado Social se mantenha? Não. Nada se sabe porque nada se discute a sério. Quando não são norteados por objectivos capciosos de pura barganha política, os projectos de revisão baseiam-se em «intuições» ou «suposições» sobre uma realidade em torno da qual não há o mínimo de certezas.

O revisionismo constitucional tem outro efeito pernicioso: se acaso existir um verdadeiro «problema constitucional» entre nós, ele acabará por ser dissimulado e iludido pelos constantes atritos que se desenvolvem em torno de questões de pormenor. Quanto mais insistirmos em nos dividir artificialmente em torno do que é acessório, menos conseguiremos discutir profundamente o que é essencial. No fundo, sobre o que é verdadeiramente «fundamental» e, nessa medida, merecedor de alcançar a dignidade de ser consagrado num texto que deveria conter tão-só as orientações primordiais da República – e não, como sucede agora, uma norma específica, o artigo 181.º, sobre os funcionários do Parlamento... Ao revisionismo constitucional, impõe-se reconhecê-lo, não é alheio o facto de o texto da Constituição ser excessivamente longo na sua extensão e puerilmente «regulamentar» em muitos dos seus aspectos.

Daí que a crítica ao revisionismo constitucional não equivalha, como pretendem os seus detractores, a uma visão passadista ou conservadora da Constituição, a qual, num imobilismo cego, procuraria a todo o custo a manutenção do *statu*

quo. Pelo contrário: o que se pretende é abrir espaço para um debate – um debate a sério – sobre as verdadeiras mudanças que podem ser feitas no nosso texto constitucional. Ora, tem sido justamente a atitude de constante revisionismo que contribui para que, no essencial, tudo permaneça na mesma.

Se acaso tivesse lugar, aquele debate não poderia esquecer que, na essência, o País já está *constituído* em muitos aspectos: o poder local, a existência de regiões autónomas insulares, o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias. Noutros pontos, está tudo em aberto: na regionalização, por exemplo. Outros pontos ainda estão relativamente em aberto ou, pelo menos, continuam a gerar dúvidas: o pendor mais ou menos presidencial do sistema de governo, o sistema eleitoral, a existência de uma jurisdição constitucional autónoma. Era o diagnóstico do que merece ou não ser discutido – e discutido a fundo – que se exigia antes de se iniciar qualquer processo de revisão. Caso contrário, este processo ficará confinado a realizar alterações cirúrgicas sem ir ao fundo dos problemas que eventualmente existam na Lei Fundamental. Não se defende que a Constituição deva ser mudada a fundo ou que deva ocorrer uma mudança de regime. Reconhece-se, no entanto, que, enquanto os partidos insistirem no revisionismo quinquenal, dificilmente se chegará a um consenso sobre questões tão relevantes como o futuro do Estado Social e dos direitos consagrados à sua sombra ou a eventual opção por um sistema de governo diferente do que possuímos, seja num sentido presidencial, seja num sentido parlamentar. Porventura, poder-se-á concluir, no fim do debate, que o sistema de governo que existe tem provado bem e é o mais correcto e equilibrado, carecendo tão-só de melhorias pontuais, como aquelas que os partidos propõem e aprovam de cinco em cinco anos. No entanto, para os que crêem que a Constituição é um «problema», então discutamos a fundo o que está mal. Se acaso se concluir que não existe um «problema constitucional» entre nós, melhor será não realizar alterações que, no essencial, são desnecessárias – e, na maioria dos casos, tecnicamente desastradas[I]. Para mais, no debate raramente se procede a um levantamento sistemático da jurisprudência do Tribunal Constitucional, a qual é invocada avulsamente e sem critério nas acaloradas batalhas que de cinco em cinco anos se travam em São Bento. Simplesmente, se o texto já permitiu o desenvolvimento operado pela jurisprudência, tal significa que não carece de revisão. Esta última, de facto, não pode destinar-se a consagrar aquilo a que a jurisprudência já alcançou por via interpretativa, sob pena de assistirmos a uma inversão completa do sentido natural das coisas: passa a ser o Tribunal Constitucional a abrir o caminho e comandar os destinos da revisão da Constituição e não esta, como devia, a definir as regras que o Tribunal terá de seguir e interpretar.

Assim, muito mais importante e decisivo do que a revisão em si mesma, a qual sempre estará contaminada pelas refregas partidárias do dia-a-dia, seria assentar de antemão as bases de uma «pré-revisão» ou de um «pré-compromisso constitucional». Para alcançar tal desiderato, seria necessária a existência de estudos credíveis que nos permitissem concluir, por exemplo, que a Constituição tem

1
Basta citar um exemplo. O Projecto de Revisão Constitucional n.º 1/XI, apresentado pelo PSD e com o pomposo título «Uma Constituição Para o Século XXI», fruto do labor de uma «comissão de sábios» integrada por vários juristas de renome, diz, no artigo 228.º, que «As regiões autónomas [...] podem: b) Fazer decretos legislativos regionais [...]». «Fazer» decretos legislativos?! Os diplomas legislativos «fazem-se» ou «aprovam-se»? É inconcebível como tantos juristas, e de tanto mérito, deixaram passar uma expressão que é grosseiramente incorrecta, jurídica e linguisticamente. Trata-se de um pormenor? Não. Muitos outros se poderiam acrescentar, ilustrando a falta de cuidado e apuro com que um partido apresenta um projecto de revisão constitucional.

sido um entrave à flexibilização das leis laborais. Depois, importaria chegar a um acordo, de que alguns naturalmente se afastariam, sobre se essa flexibilização é útil e necessária – e de que modo pode fazer-se sem lesar expectativas legítimas e direitos adquiridos dos trabalhadores. Há, pois, uma componente técnica no labor constituinte, que não deve ser deixada nas mãos dos juristas, pelo menos em exclusivo. Depois, há uma componente política, de obtenção de consensos «fundamentais» – tão «fundamentais» como o texto que se pretende mudar. E só finalmente haverá uma componente puramente jurídica, de tradução em letra de forma – ou, melhor, em letra de norma – aquilo que os partidos concluíram ser necessário alterar. Mas como se poderá proceder assim quando os partidos preferem gastar as avultadíssimas verbas que recebem do Estado em despesas supérfluas e gastos com agências de comunicação, deixando numa triste letargia os seus gabinetes de estudos?

Na realidade, a perspectiva tem sido exactamente a inversa daquela que atrás se descreveu: primeiro, começa-se por avançar propostas de alteração ao articulado, redigidas por juristas, e só depois se iniciam «negociações», as quais incidem, não sobre grandes opções de fundo, previamente sedimentadas, mas sobre o conjunto mais ou menos variado de preceitos que cada um se propõe consagrar, melhorar ou eliminar. Em cada bancada parlamentar há dezenas de aspirantes a *founding fathers*. Esquecem-se, porém, do fundamental: o debate travado nos Estados Unidos, há mais de duzentos anos, entre federalistas e anti-federalistas foi incomparavelmente mais profundo e, por assim dizer, mais «argumentativo» do que aquele que marcou a génese da Constituição de 1976 e as suas revisões subsequentes. Mesmo a revisão de 1982, inquestionavelmente necessária, foi marcada por opções com claros objectivos *ad hominem*, de natureza conjuntural: como reconhecem muitos protagonistas dessa revisão, várias normas (*v.g.*, sobre a composição do Tribunal Constitucional) visaram debilitar a posição do então Presidente da República, Ramalho Eanes. Aliás, ainda hoje é difícil debater os poderes presidenciais sem pensar na personalidade que, no momento, ocupa a chefia do Estado.

Reconhece-se que o modelo proposto talvez não seja inteiramente exequível, atenta a realidade partidária contemporânea (o que talvez seja, isso sim, um bom motivo para pensar a fundo que mudanças se deveriam realizar nesse domínio, designadamente para combater o peso absolutamente excessivo que as juventudes partidárias detêm na nossa vida política). Será porventura utópico supor que os partidos se disporiam a aceitar uma metodologia que começasse pelo diagnóstico dos problemas, passasse depois pela indagação sobre se tais problemas decorrem da Constituição e só então, no final, procedesse às alterações tidas por necessárias, mais ou menos profundas. Exigir uma tal capacidade de bom senso e de consenso é exigir demais do sentido de responsabilidade dos agentes partidários. Talvez. Mas se persistirmos no caminho até hoje trilhado, embrenhando-nos mais e mais na floresta de sucessivas revisões erráticas, dificilmente deixaremos

de configurar a Constituição como um «problema». Ora, muito possivelmente, na Constituição não reside qualquer «problema». Pelo menos, salvo se enveredarmos por grandes alterações de fundo (que mereciam ser discutidas!), não há um «problema» na Constituição que não possa ser resolvido por outra via e com outros meios. A consciência amadurecida desse facto dispensaria tanto os partidos do seu frenesi revisionista como o autor destas linhas do inglório esforço que teve em as escrever.

Índice TEMÁTICO Índice de AUTORES Início do ARTIGO

António Araújo Nasceu em Lisboa, em 1966. Licenciado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na Menção de Ciências Jurídico-Políticas. Docente da Faculdade de Direito de Lisboa. Assessor do Tribunal Constitucional, desempenha actualmente as funções de Consultor para os Assuntos Políticos da Casa Civil do Presidente da República. Autor de diversos livros e artigos no domínio do Direito Constitucional, da Ciência Política e da História Política, de que se destacam *Jesuítas e Antijesuítas no Portugal Republicano* (2004), *A Lei de Salazar. Estudos sobre a Constituição de 1933* (2007) e *Sons de Sinos. Estado e Igreja no advento do salazarismo* (2009).

Conselho editorial

Início do ARTIGO

José Albuquerque Tavares Especializou-se em Economia Política e Macroeconomia na Universidade de Harvard, onde se doutorou em Economia. Ensinou em Harvard, na University of California Los Angeles (UCLA) e é neste momento professor na Universidade Nova de Lisboa e investigador do Centre for Economic Policy Research (CEPR) em Londres. A sua investigação, que aprofunda entre outros temas a relação entre democracia e crescimento económico, o custo da discriminação de género e o papel da internacionalização no combate à corrupção, foi publicada em revistas académicas na Europa e nos Estados Unidos, e em volumes da Harvard University Press, MIT Press e Princeton University Press. José A. Tavares foi coorganizador das obras *Investir no Futuro: Colaborações Universidade-Indústria em Portugal* e *Estados Unidos e Portugal: Strategic Options in European Context*, e fundador da Portuguese American Post-Graduate Society. O seu trabalho académico foi comentado nos jornais *New York Times*, *Expresso* e *Público*, e no sítio de comentário de investigação em economia *Vox*.

Início do ARTIGO

Miguel Poiares Maduro Licenciado pela Faculdade de Direito de Lisboa e doutorado pelo Instituto Universitário Europeu de Florença, onde obteve os prémios para a melhor tese de doutoramento e de melhor investigador do Departamento de Direito. Foi advogado-geral no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias até Outubro de 2009. Antes disso foi professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, instituição com a qual continua a colaborar. Foi professor convidado do Centro de Estudos Constitucionais (Madrid), Universidade de Chicago e London School of Economics. Lecciona igualmente na Universidade Católica e no Colégio da Europa. Agraciado com a Comenda da Ordem de Santiago da Espada, é autor do livro *We the Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution* (Oxford: Hart Publishing, 1997). Mais recentemente, publicou em português *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia* (Lisboa: Principia, 2006), tendo publicado, igualmente, um livro não jurídico (Crónicas de um Peixe Fora de Água. Lisboa: Entrelinhas, 2006). Actualmente é professor e director do Programa Global Governance do Instituto Universitário Europeu de Florença e professor visitante da Yale Law School.

Início do ARTIGO

Nuno Garoupa Professor Catedrático de Direito na Universidade de Illinois. Nasceu em Lisboa em 1970, licenciado em Economia (Universidade Nova de Lisboa, 1992), mestre em Economia (Queen Mary College, 1994) e em Direito (LLM, Universidade de Londres, 2005), doutor em Economia (Universidade de York, 1998) e agregado em Microeconomia (Universidade Nova de Lisboa, 2002). A sua área de investigação é Direito e Economia (Law and Economics) e Direito Comparado. Autor de mais de cinquenta artigos publicados nas melhores revistas académicas da especialidade, tal como o *Journal of Legal Studies*; *Journal of Law and Economics*; *Journal of Law, Economics and Organization*; *American Law and Economics Review*; *Journal of Empirical Legal Studies*; *Oxford Journal of Legal Studies*; *Cambridge Law Journal*; *American Journal of Comparative Law*; *Journal of Law and Society*; *International Journal of Law, Policy and the Family*; *Berkeley Journal of International Law*; *Columbia Journal of Transnational Law*; *European Business Organization Law Review*; *Maastricht Journal of European and Comparative Law*; *European Economic Review*; *Economic Journal* entre outros. Foi Vice-Presidente da *European Association of Law and Economics* (2004-2007), Membro do *Board* da *International Society for New Institutional Economics* (2006-2009), e Editor da *Review of Law and Economics* (2003-2010). Actualmente é Membro do *Board da Latin American and Caribbean Law and Economics Association* (desde 2009).
Webpage: http://works.bepress.com/nunogaroupa/

Início do ARTIGO

Pedro Magalhães Investigador Auxiliar do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Nasceu em Lisboa em 1970, licenciado em Sociologia (Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, 1992) e doutor em Ciência Política (The Ohio State University, 2003). A sua área de investigação é o estudo da opinião pública, do comportamento eleitoral e judicial, das atitudes sociais e políticas e a sua relação com as instituições políticas. É autor e co-autor de vários artigos em revistas académicas da especialidade, tais como *Comparative Politics*; *Electoral Studies*; *Public Choice*; *International Journal of Public Opinion Research*; *West European Politics*; *Journal of Elections, Public Opinion, and Parties*; *Southern European Society and Politics*; *Journal of European Integration*; e *European Journal of Political Economy*, entre outras. É também autor, co-autor e editor de vários livros e capítulos publicados por editoras como a Oxford University Press, Routledge, Armand Colin, Carcanet, Imprensa de Ciências Sociais, MacMillan, Siglo XXI e Columbia University Press, entre outras. É um dos coordenadores do programa de investigação *Comportamento Eleitoral dos Portugueses e do projecto Barómetro da Democracia Portuguesa*, ambos no ICS-UL, assim como membro dos *standing committees* de vários projectos internacionais sobre comportamento eleitoral e atitudes políticas. Entre 1999 e 2009 colaborou com o Centro de Sondagens e Estudos de Opinião da Universidade Católica Portuguesa, tendo sido seu director entre 2006 e 2009.
Webpage: http://sites.google.com/site/pmdccm/