

OA

Boletim da Ordem dos Advogados

Mensal N.º 141
Agosto 2016 * €3
www.oa.pt

COMEMORAÇÕES

40 ANOS CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA



EDIÇÃO ESPECIAL





arkeyvata

ata na hora



a partir de
19,95€*

software + 1ª anuidade

*Aos preços indicados
acresce IVA à
taxa em vigor

Crie, gira e archive as suas **atas online**



Rapidez e eficiência



Menores custos



Colaborativa



Variedade de minutas



Plataforma



Sem fidelização



Formatos disponíveis

O programa pode ser acedido através de PC, tablet ou smartphone. Porém, o uso da assinatura digital está limitado por enquanto ao uso do PC.

Em qualquer caso, Arkeyvata recomenda que as atas físicas sejam encadernadas e conservadas.



Amigo do usuário

Veja os nossos vídeos e guias de demonstração para perceber como 'Ata na Hora' pode ajudá-lo.

www.arkeyvata.pt



Plataforma segura

Toda a informação de carácter pessoal bem como a relativa às atas encontra-se protegida por uma capa de controlo de acesso à informação que garante que não possa ser acedida de forma indevida mediante técnicas de hacking do tipo SQL Injection ou semelhante.

COMEMORAÇÕES

40 ANOS **CONSTITUIÇÃO**
DA REPÚBLICA
PORTUGUESA



COMEMORAÇÕES

40 ANOS CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

1.º CICLO DE CONFERÊNCIAS

10h30m

Dra. Tânia Sofia Moia, Presidente do Instituto de Apoio aos jovens Advogados

10h40m

ALCANÇE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CRIMINAL: O PAPEL DO/A ADVOGADO/A E O (DES)RESPEITO PELAS IMUNIDADES DO EXERCÍCIO DO PATROCÍNIO FORENSE | Dr. Artur Marques, Advogado

11h10m

Dr. João Silva Carapeta, Presidente do Instituto dos Advogados em Prática Individual

11h20m

BUSCAS, APREENSÕES, OBTENÇÃO DE MEIOS DE PROVA E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS | Dra. Paula Lourenço, Advogada e Vice-Presidente do Conselho Superior da Ordem dos Advogados

11h50m

Dr. João Reis Teixeira, Presidente do Instituto do Acesso ao Direito

12h00

O SISTEMA DO ACESSO AO DIREITO (SADT) E A PLENA REALIZAÇÃO DO ARTIGO 20.º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA | Dra. Vera Saavedra, Advogada e Vogal do Instituto do Acesso ao Direito

12h30 | DEBATE
13h | ALMOÇO LIVRE

2.º CICLO DE CONFERÊNCIAS

14h30m

Dr. Eldad Mario Neto, Presidente da Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados

14h45m

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA COMO GARANTE DA JUSTIÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA | Dra. Teresa Leal Coelho, Deputada à Assembleia da República

15h15m

ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA – A REFORMA JUDICIÁRIA E A COMPRESSÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADOS | Dr. A. Jaime Martins, Advogado e Presidente do Conselho Regional de Lisboa

15h45m

OS RECURSOS PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL | Prof. Doutor Jorge Bacelar Couveia, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa

16h15m | COFFEE-BREAK

16h45m

DESAFIOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1976: O EXERCÍCIO DE CARGOS PÚBLICOS E O PRINCÍPIO REPUBLICANO | Dr. Pedro Delgado Alves, Deputado à Assembleia da República

17h15m

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E O DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO | Dr. José Magalhães, Antigo Deputado à Assembleia da República

17h45m

PRINCÍPIO DA IGUALDADE: ARTIGO 13.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E AS DISCRIMINAÇÕES QUE TANTO SE PRATICAM | Dra. Isabel Moreira, Deputada à Assembleia da República

18h15m

40 ANOS DE CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: IGUALDADE DE GÉNERO, FINALMENTE? | Prof. Doutora Teresa Pizarro Beleza, Professora Catedrática e Directora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

18h45m

A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA: DE 1976 AO SÉCULO XXI | Prof. Doutor Jorge Miranda, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

19h20m | BASTONÁRIA DA ORDEM DOS ADVOGADOS, DRA. ELINA FRAGA

19h30m | SUA EXCELÊNCIA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA, PROF. DOUTOR MARCELO REBELO DE SOUSA



26
ABRIL

MODERAÇÃO E APRESENTAÇÃO
FERNANDA FREITAS

SALÃO NOBRE DA ORDEM DOS ADVOGADOS
LARGO DE SÃO DOMINGOS, 14. LISBOA
ENTRADA LIVRE SUJEITA À LOTAÇÃO DA SALA



ALCANCE DO PRINCÍPIO
DO CONTRADITÓRIO NO
PROCESSO CRIMINAL:
O PAPEL DO ADVOGADO (A)
E O (DES) RESPEITO PELAS
IMUNIDADES DO EXERCÍCIO
DO PATROCÍNIO FORENSE

DR.ª TÂNIA SOFIA MOTA

PRESIDENTE DO INSTITUTO DE APOIO
AOS JOVENS ADVOGADOS

Lembramos, a propósito das comemorações dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa, o papel que cabe aos/às Advogados/as enquanto firmes pilares que testam e atestam o respeito pelo texto constitucional que surgiu em 2 de abril de 1976 [e foi alvo de sete revisões].

Numa breve referência à origem latina do vocábulo Advogado [*advocatus*], temos que o Advogado é aquele que é chamado a prestar assistência, aquele que intercede, que medeia, que protege, que defende. O Advogado é, pois, aquele que tem por missão ser protetor dos Direitos, Liberdades e Garantias. É esta defesa que testa e atesta a normatividade constitucional vigente, ou, dito de outro modo, é o Advogado um acérrimo defensor do texto constitucional vigente.

Tanto assim é que o legislador constitucional percecionou a relevante função pública [o denominado *munus publicum*] inerente e imanente ao exercício da Advocacia, conquanto é pacífico [pelo menos no plano teórico da norma] serem os Advogados essenciais para a administração da Justiça. Diremos mais, sem Advogados não pode a Justiça ser administrada em nome do povo, porquanto são os Advogados quem, na lide, representa o povo.

Com efeito, reconheceu-se, mediante a introdução do artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa [pese o facto de apenas na revisão constitucional de 1997], que “a lei assegura aos Advogados as *imunidades* necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como

elemento essencial à administração da justiça”. A liberdade e a independência que caracterizam intrinsecamente a Advocacia assim o exigiam e continuam a exigir [onde perigar um direito, uma liberdade ou uma garantia sempre teremos um Advogado que, na linha da frente, erguerá a sua voz em defesa da Justiça e do Estado de Direito Democrático].

Ora, que imunidades são estas a que dá expressão o artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa?

Fazendo uma incursão pela Lei de Organização do Sistema Judiciário, concluímos que o legislador ordinário, desenvolvendo aquele preceito constitucional, dedicou um capítulo aos Advogados, estabelecendo-se nos artigos 12.º e 13.º os seguintes comandos, respetivamente:

Artigo 12.º 1 – O patrocínio forense por Advogado constitui um elemento essencial na administração da Justiça e é admissível em qualquer processo, não podendo ser impedido perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada.

2 – Para defesa de direitos, interesses ou garantias individuais que lhes sejam confiados, os Advogados podem requerer a intervenção dos órgãos jurisdicionais competentes, cabendo-lhes, sem prejuízo do disposto nas leis do processo, praticar os atos próprios previstos na lei, nomeadamente exercer o mandato forense e a consulta jurídica.



3 – No exercício da sua atividade, os Advogados devem agir com total independência e autonomia técnica e de forma isenta e responsável, encontrando-se apenas vinculados a critérios de legalidade e às regras deontológicas próprias da profissão.

Artigo 13.º 1 – A lei assegura aos Advogados as imunidades necessárias ao exercício dos atos próprios de forma isenta, independente e responsável, regulando-os como elemento indispensável à administração da Justiça.

2 – Para garantir o exercício livre e independente de mandato que lhes seja confiado, a lei assegura aos Advogados as imunidades necessárias a um desempenho eficaz, designadamente:

- a) O direito à proteção do segredo profissional;
- b) O direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão;
- c) O direito à especial proteção das comunicações com o cliente e à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa;
- d) O direito a regimes específicos de imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de Advogados, bem como de apreensão de documentos.”

Tendo por base a normatividade assente referenciada, e não esquecendo a prevista em regulamentação internacional [que aqui não cuidamos, na medida em que a nossa bússola é a Constituição da República Portuguesa e o seu desenvolvimento na regulamentação ordinária], cumpre-nos uma breve apreciação e reflexão da sua aplicação prática na lide judiciária, em especial no processo criminal.

As imunidades conferidas aos/às Advogados/as serão respeitadas sempre que um/a Advogado/a intervém no processo criminal, nomeadamente quando lhe cumpre contraditar factos ou pronunciar-se sobre o direito aplicável a esses mesmos factos?

Pensamos que nem sempre será assim, embora, por princípio, quando se acham limitadas ou violadas as referenciadas imunidades, designadamente o direito ao livre exercício

do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão, tal aconteça de forma involuntária ou porque a preparação técnica [a esse nível] necessite de ser aprimorada. Ou, ainda, porque se haja instalado a “crença” de que os/as Advogados/as, enquanto protetores dos direitos, liberdades e garantias, as mais das vezes lançam mão de expedientes dilatórios que apenas pretendem entorpecer e protelar a ação ou omissão da Justiça.

Não pode perder-se de vista que os meios nunca poderão justificar os fins e que a perseguição criminal contra uma determinada pessoa está sujeita ao respeito pela legalidade, sendo os/as Advogados/as garantes dessa legalidade.

Sabemos que, quando em defesa de uma determinada causa, os/as Advogados/as têm conhecimento privilegiado de factos, factos esses que, via de regra, não são acessíveis ao Tribunal. Mais, os/as Advogados/as têm conhecimento dos factos de que as testemunhas (hostis ou não) alegadamente têm conhecimento.

Ora, esses são fatores determinantes para dar cumprimento ao direito de contraditar determinados factos ou discordar da aplicação do Direito.

Estes condicionalismos deveriam merecer sempre a apreciação do Tribunal, de molde a que a intervenção dos Advogados no processo criminal, a rebuço da “pressa” em fazer Justiça, não seja limitada ou coarctada, nomeadamente no desenvolvimento da instância e da contrainstância ou ainda quando os/as Advogados/as se apresentam a requerer (antecipando-se tantas vezes, e ainda antes de o requerimento ser formulado, a decisão que sobre o mesmo recairá)!

Aqui chegados, uma breve palavra para os/as Advogados/as em início de carreira, que se confrontam com maiores dificuldades a este nível, isto porque, a pretexto da sua inexperiência e a rebuço da referida “pressa” em fazer Justiça, o Tribunal se “refugia” na pertinência da instância ou do que houver de ser de requerer ou alegar.

Como se diz no Parecer do Conselho Superior da Ordem dos Advogados de 23 de setembro de 2005, relatado pelo Sr. Dr. Virgílio Vasconcelos Ribeiro [www.oa.pt/pareceres]: *“Compete exclusivamente ao/à Advogado/a a decisão acerca do que é necessário ao bom desempenho do mandato. É ele quem*



define a estratégia global e a tática da defesa. É ele quem tem a responsabilidade de construir o discurso da defesa. Só ele pode, em seu juízo e consciência, escolher os temas a introduzir na discussão, as imputações a fazer e as expressões a utilizar, à luz do que for necessário à defesa adequada dos interesses do seu cliente, quando dessas opções resulte ofensa para a honra e bom nome de outrem.”

Para a análise que cuidamos, é relevante o parecer dos Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade, sob o título “Limites do Direito de Defesa”, publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, de acordo com o qual “*um ambiente dominado por uma atmosfera densificada de emotividade e conflitualidade. O que deve valer como um estímulo ao exercício quotidiano da tolerância e da disponibilidade para aceitar limiares particularmente qualificados de risco permitido e de sacrifício socialmente adequados do bem jurídico mais intensamente coenvolvido, a saber, a honra. De outra forma, abrir-se-ia a porta a limitações tão drásticas como intoleráveis da liberdade de expressão e atuação dos diferentes sujeitos e participantes processuais. Estes não podem viver sob a ameaça constante da invocação das reações criminais em nome da tutela da honra, uma espada de Dâmoicles que só poderia redundar em manifestações perversas de autocensura”.*

Nessa conformidade, “*a jurisprudência da Ordem dos Advogados, reiterada, firme e pacificamente, vem reconhecendo há longas décadas a legitimidade do emprego pelo/a Advogado/a de expressões mais ou menos enérgicas, veementes, vibrantes, consoante a natureza do assunto e o temperamento emocional de quem as subscreve”.*

De modo que “não merece censura disciplinar o uso de um estilo irónico ou contundente, de menor elegância ou de menor moderação, que – não sendo, porventura, o mais desejável – as circunstâncias do patrocínio justifiquem (...)”.

“Também não é censurável o exercício do direito de crítica

objetiva, quer ela incida sobre as posições da parte adversa ou sobre os atos dos Juizes ou dos Magistrados do Ministério Público, quer incida sobre o funcionamento dos órgãos de administração da Justiça ou de outras instituições, quer sobre modos de procedimento ou de aplicação de diretivas, ordens e instruções hierárquicas, quer ainda sobre orientações na interpretação da lei (...)” – Parecer n.º 73/2010-CS/R, de 26 de julho de 2011.

A comemoração dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa constitui, pois, um momento de reflexão no que está bem e no que está menos bem. Possa o poder político aproveitar esta oportunidade para introduzir as alterações e melhoramentos necessários a este nível. Quanto a nós, pensamos ser de ponderar de forma empenhada a introdução de um capítulo no texto constitucional relativo aos Advogados, aliás no desenvolvimento do já previsto no artigo 208.º, assegurando-se assim, de forma ainda mais efetiva, as imunidades do exercício do mandato [*mutatis mutandis* do patrocínio] e a regulação do patrocínio forense como elemento essencial à administração da Justiça.

Para terminar, recordando o surgimento do texto constitucional, citamos um trecho da declaração de voto assinada em 2 de abril de 1976 pelo Sr. Prof. Doutor Jorge Miranda e que nos deve conduzir à permanente necessidade de testar e atestar o que ficou consagrado:

“A Constituição é uma Constituição feita sobre o acontecimento e uma Constituição de compromisso. Reflete o traumatismo de 48 anos de ditadura e alienação e de 13 anos de guerra. Reflete o inebriante ambiente de dois anos de revolução. Produto do concurso de diversos partidos, acumula materiais aparentemente contraditórios, cuja síntese há-de encontrar-se através do esforço de políticos e juristas e, sobretudo, através da vivência democrática dos cidadãos. Mas não é a democracia compromisso e não foi já, de per si, a Assembleia Constituinte um grande fator de integração democrática?” ■ Tânia Sofia Mota



ALCANCE DO PRINCÍPIO
DO CONTRADITÓRIO NO
PROCESSO CRIMINAL: O
PAPEL DO/A ADVOGADO/A
E O (DES)RESPEITO PELAS
IMUNIDADES DO EXERCÍCIO
DO PATROCÍNIO FORENSE

DR. ARTUR MARQUES

ADVOGADO



Não trago – porque as não encontrei seguras e acabadas – respostas para as perplexidades que me suscita o tema de que fui incumbido.

O que de mais parecido com uma resposta consegui alcançar nesta matéria foi o convencimento de que o quadro normativo que nos rege não assegura aos/às Advogados/as verdadeira *imunidade* no exercício da profissão, recusa-lhes o *contraditório* em áreas cruciais e, sob cominação de penas muito graves, impõe-lhes *deveres de conduta* abjetos e corrosivos da legitimação social, ética e democrática da Advocacia.

Acontecendo isto ademais no quadro de uma proclamação constitucional que, apesar de reconhecer a Advocacia como componente indissociável do Estado de Direito, tem sido desprezada, ignorada e violentada pelo legislador ordinário.

Refiro-me, como é bom de ver, ao artigo 208.º da CRP:

“A lei assegura aos Advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da Justiça.”

Este preceito foi introduzido no texto constitucional apenas na revisão de 1997¹.

Coonestando, de algum modo, o propósito mesquinho e vesgo que alguns lhe adscrevem de apenas *“satisfazer a ambição corporativa dos Advogados a terem assento constitucional”*², esta norma – enquadrada no capítulo dedicado aos *Tribunais*, sem grande rigor sistemático (porque, apesar da sua epígrafe, textualidade e inserção, não pode circunscrever-se ao patrocínio *forense* dos/as Advogados/as, preterindo os demais segmentos da sua intervenção profissional) – remete para a lei comum, à boa maneira da Constituição autoritária de 1933, a delimitação do seu conteúdo operacional, abrindo a porta a uma persistente inconstitucionalidade por omissão.

Omissão tanto mais gritante quanto é certo que, depois da inclusão formal daquela norma do artigo 208.º na CRP, a lei ordinária não consagrou uma única garantia ou imunidade dos/as Advogados/as que dela não constasse já ou deixasse de constar.

Pelo contrário, e como hei de notar, restringiu-as até ao absurdo.

Objetar-se-á que a Constituição também comete à lei ordinária a incumbência de regular as imunidades de vários outros órgãos e pessoas, como acontece, por exemplo, com os *Juizes do Tribunal Constitucional* (artigo 222.º, n.º 6).

¹ Lei constitucional n.º 1/97, de 20 de setembro.

² V., a propósito, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/MÁRIO JOÃO FERNANDES, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, 1999, pág. 457.



Em todos esses outros casos, porém, elenca garantias (por exemplo, quanto aos *Juizes*, no artigo 216.º, n.º 1), enuncia princípios de responsabilidade (por exemplo, ainda quanto aos *Juizes*, no artigo 216.º, n.º 2) e assume regras de efetivação da responsabilidade criminal (por exemplo, quanto aos *membros do governo*, no artigo 196.º) que, em maior ou menor grau, densificam as respetivas imunidades.

As imunidades dos/as Advogados/as foram as únicas cujo recorte o texto fundamental confiou, *no seu todo*, aos cuidados da lei comum.

O que não deixa de refletir alguma incompreensão e menosprezo pela função insubstituível que os/as Advogados/as desempenham na administração da Justiça e na própria identificação do Estado de Direito – que não existe de todo, nem, muito menos, se qualifica ou robustece onde não pontifique a Advocacia livre e formal, substancial e institucionalmente dignificada.

Na falta de uma definição legal, os constitucionalistas associam ao conceito de *imunidade* duas dimensões distintas, embora convergentes ou complementares.

Uma, de alcance restrito, consubstanciada na proibição de as pessoas que dela beneficiam “*só poderem ser detidas, presas ou acusadas criminalmente mediante autorização do órgão a que pertencem ou de outro órgão da soberania*”³.

Nesta dimensão restrita poderá incluir-se ainda o *direito a foro próprio*.

Outra, mais ampla, abrangendo a *inviolabilidade* e a *irresponsabilidade* das mesmas pessoas pelas decisões tomadas no exercício do cargo.

Em nenhum caso as *imunidades* se confundem com *direitos e regalias* que as complementem e que não poderiam integrar senão uma aceção latíssima e imprecisa de imunidade.

São por demais conhecidos exemplos que ilustram aqueles conceitos:

– à imunidade em sentido restrito refere-se o artigo 157.º,

n.º 3, da CRP;

ou o artigo 26.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que contém prescrições relativas, p. ex., à prisão preventiva dos *Juizes* do Tribunal Constitucional e à necessidade de autorização da Assembleia da República para o seguimento de processos criminais;

ou ainda o artigo 15.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais;

– à inviolabilidade reporta-se o artigo 157.º, n.º 1, da CRP;

– da irresponsabilidade são paradigma o artigo 216.º, n.º 2, da CRP, e o artigo 5.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais.

Com gradações e especificidades que seria descabido aprofundar aqui, e sempre sob reserva de exceções ou restrições, é disto que falamos quando falamos de *imunidades*:

– salvaguarda contra procedimentos criminais, *máxime* a prisão preventiva;

– liberdade de expressão, opinião e decisão, e

– irresponsabilidade civil, criminal e disciplinar pela prática de atos da função.

De forma cortante, direi que os/as Advogados/as não gozam de nenhuma destas *imunidades*.

É axiomático que não gozam de proteção autónoma contra procedimentos criminais.

E, ao contrário do que sugerem alguns textos legais, não gozam de liberdade de expressão, opinião e decisão nem de irresponsabilidade civil, criminal e disciplinar em moldes substancialmente diversos dos que pode reclamar o cidadão comum.

Só a liberdade de expressão, opinião e decisão e a irresponsabilidade *qualificadas* preenchem o conceito de imunidade.

Só a liberdade e a irresponsabilidade, isto é, no sentido que flui do artigo 157.º, n.º 1, da CRP:

³ Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, pág. 122.



“os deputados não incorrem em responsabilidade criminal por causa de votos e opiniões, nem pelos chamados crimes de responsabilidade [...], nem por quaisquer outros, incluindo os crimes de injúria. Também não incorrem em qualquer responsabilidade civil ou disciplinar com fundamento nos votos ou opiniões”⁴.

São bem diferentes destas a liberdade de expressão, opinião e decisão e a irresponsabilidade reconhecidas aos/às Advogados/as pelo n.º 2, alínea c), do artigo 13.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário⁵, quando prescreve:

“2. Para garantir o exercício livre e independente de mandato que lhes seja confiado, a lei assegura aos Advogados as imunidades necessárias a um desempenho eficaz, designadamente:

[...]

c) O direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão.”

Ao contrário da inviolabilidade e irresponsabilidade amplas asseguradas aos deputados, esta norma restringe-as, no que diz respeito aos/às Advogados/as, pela regra da conformidade dos atos ao estatuto profissional.

Atento o princípio geral da exclusão da ilicitude dos factos consentidos pela ordem jurídica considerada na sua totalidade – que tem guarida, por exemplo, no artigo 31.º do Código Penal –, e dado que o Estatuto da Ordem dos Advogados se contém numa lei, aquela norma, sobre não reconhecer aos/às Advogados/as qualquer espécie de *imunidade*, não representa muito mais do que uma redundância, inútil por natureza.

Só no regime das *buscas, apreensões e interceção de conversações ou comunicações telefónicas ou transmitidas por qualquer outro meio técnico diferente* (estas que poderei designar, por antonomásia, *escutas telefónicas*) e no *segredo*

profissional, onde tal regime encontra a sua verdadeira fonte legitimadora, poderemos encontrar vestígios – ainda assim muito ténues e esbatidos – da *imunidade* dos/as Advogados/as.

São de tal grandeza as limitações dessa *imunidade* que, em bom rigor, a tornam residual e apontam no sentido do incumprimento, por omissão, do comando programático do artigo 208.º da CRP, omissão, aliás, logo detetável na circunstância de os traços identificadores do regime legal ainda hoje vigente neste campo não terem sofrido alteração relevante *positiva* após a revisão da Lei Fundamental em 1997.

Alteração relevante *positiva*, acentuo.

Porque *negativa* e muito grave sofreram-na esses traços em 2008⁶, como direi mais à frente.

O essencial do regime das *buscas, apreensões e escutas telefónicas* está vazado nos artigos 75.º e 76.º do Estatuto da Ordem dos Advogados e nos artigos 177.º, 179.º, 180.º, 187.º, n.º 5, e 189.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Numa primeira aproximação, a partir deste último diploma, tal regime organiza-se a partir:

- da *reserva de Juiz*, no sentido de a busca em escritório de Advogado/a só poder ser decretada por um Juiz e ter de ser presidida pessoalmente por ele, na presença de representante nomeado pela Ordem dos Advogados;
- da proibição de apreensão e controlo da correspondência entre o arguido e o seu defensor (que não constitua objeto ou elemento de um crime);
- da proibição de apreensão, em escritório de Advogado/a, de documentos abrangidos pelo segredo profissional (que não constituam objeto ou elemento de um crime), e
- da proibição de interceção e gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor (que o Juiz não tenha razões fundadas para crer que constituam objeto

⁴ Ob. cit. na nota anterior, pág. 273.

⁵ Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

⁶ Através da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, que já tinha o precedente, apesar de tudo menos agressivo, da Lei n.º 11/2004, de 27 de março.



ou elemento de crime).

Existem, no entanto e a este respeito, discrepâncias assinaláveis entre as previsões do Código de Processo Penal e as do Estatuto da Ordem dos Advogados.

A meu ver, a primeira – definitiva e radical – encontra-se na própria *admissibilidade das buscas* a escritórios de Advogados/as.

O Estatuto estende o manto do segredo profissional e a correlativa proibição de prova aos *“documentos ou outras coisas que se relacionem, direta ou indiretamente, com os factos sujeitos a sigilo”*⁷.

As buscas aos escritórios de Advogados/as que não sejam suspeitos ou arguidos de crimes não podem ter outro objetivo senão o de perceber e apreender *“documentos e outras coisas”* que, por definição, se encontram protegidos pelo segredo profissional.

O resultado dessas diligências só pode ser, por conseguinte, o da obtenção de provas proibidas.

Daí a minha convicção da ilegalidade de tais buscas, convicção que se robustece perante o espetáculo da ampla divulgação mediática de buscas a escritórios de Advogados/as que não são nem suspeitos nem arguidos de crimes.

Espectáculo cujos fautores não podem senão acoitar-se no círculo dos vários níveis da investigação criminal e que degrada a imagem social da Advocacia, reforçando o desprestígio da Justiça.

Demais a mais quanto é certo que a mediatização elimina por completo a presunção de inocência e não admite nenhuma forma eficaz de contraditório.

Ainda, porém, que não se conceda existir aquela divergência extrema entre os dois diplomas – que, já agora, só poderia

resolver-se a favor do Estatuto, até por ser o diploma mais recente⁸ –, outras há de grande monta que interessa relevar.

Desde logo, quanto ao tipo e objeto da diligência processual abrangida pela *reserva de Juiz*, que o Código⁹ circunscreve às *buscas ao escritório do/a Advogado/a* e o Estatuto estende às *diligências equivalentes às buscas* (v. g., a *inspeção judicial*) e a *qualquer outro local onde o/a Advogado/a faça arquivo*¹⁰ (v. g., garagens, viaturas, bolsas, pastas, computadores portáteis, etc.).

Depois, quanto à natureza da correspondência suscetível de ser apreendida.

O Código apenas proíbe a apreensão da correspondência *“entre o arguido e o seu defensor”*¹¹.

O Estatuto leva a proibição mais longe no artigo 76.º:

“1. Não pode ser apreendida a correspondência, seja qual for o suporte utilizado, que respeite ao exercício da profissão.

2. A proibição estende-se à correspondência trocada entre o Advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado.

3. Compreendem-se na correspondência as instruções e informações escritas sobre o assunto da nomeação ou mandato ou do parecer solicitado.”

São notórias as desarmonias entre os dois diplomas, atingindo, inclusive, a própria *noção de correspondência*.

Ao mencionar a apreensão de *“cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência”*, o Código remete-nos para um conceito, digamos, clássico de *correspondência*: uma troca de mensagens escritas entre pessoas.

O Estatuto é muito mais abrangente: define como correspon-

⁷ EOA, artigo 92.º, n.ºs 3 e 5.

⁸ Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro.

⁹ CPP, artigo 177.º, n.º 5.

¹⁰ EOA, artigo 75.º, n.º 1.

¹¹ CPP, artigo 179.º, n.º 2.



dência, não só aquela troca de mensagens, senão também a de quaisquer “*instruções e informações*”.

É, no entanto, na delimitação do círculo dos emitentes e retores da correspondência e dos participantes em conversações ou comunicações telefónicas ou por qualquer outro meio técnico que sobressaem as distinções entre os dois regimes.

O Código limita-se a proibir a apreensão de correspondência e a interceção e gravação de conversações ou comunicações trocadas entre o *arguido* e o seu *defensor*¹².

O Estatuto proíbe a apreensão de correspondência “*que respeite ao exercício da profissão*”.

A correspondência, isto é, toda ela, seja quem for o seu emitente ou recetor, desde que um deles seja Advogado/a e diga respeito ao *exercício da profissão*.

E proíbe a interceção e a “*gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico*” constantes do registo da Ordem dos Advogados, “*utilizados pelo Advogado no exercício da profissão*”.

O Estatuto estende, por conseguinte, a proibição muito além do limite polarizado no *arguido*.

Ressalvada a exceção das que constituam, elas próprias, objeto ou elemento de um crime, abrange toda e qualquer correspondência ou conversação trocadas com o/a Advogado/a, seja o interlocutor, emitente ou recetor *arguido* ou não em processo criminal.

Esta distinção assume particular relevo a dois níveis:

– ao nível das pessoas intervenientes na comunicação (ao contrário do Estatuto, o Código, referindo apenas o *arguido*, parece não proibir a interceção e gravação de conversações telefónicas e equiparadas entre o/a Advogado/a e as *vítimas* ou *suspeitos* ou *peças que sirvam de intermediários entre o suspeito e o arguido*), e

– ao nível da colocação do/a próprio/a Advogado/a sob escuta (que, ao contrário do Código, o Estatuto submete a uma disciplina restritiva).

O Código permite que sejam intercetadas comunicações telefónicas de *vítimas* de crime, *suspeitos*, *arguidos* e *intermediários* (pessoas em relação às quais haja fundadas razões para crer que recebem ou transmitem mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido).

Mas não estabelece nenhum regime especial de escutas telefónicas a Advogado/a que seja, ele/a próprio/a, *vítima*, *suspeito*, *arguido* ou *intermediário* do suspeito ou arguido de um crime¹³.

Nesse pressuposto, segundo o Código, as conversações telefónicas e equiparadas do/a Advogado/a relacionadas com crimes de catálogo podem ser intercetadas e gravadas e os respetivos instrumentos técnicos colocados sob escuta nos *termos gerais*, ou seja, sem outras limitações senão a da prévia autorização do Juiz e, na fase executiva deste meio de recolha de prova, a da exclusão das conversações entre o/a Advogado/a e um *arguido*.

As conversações do/a Advogado/a com *vítimas*, *suspeitos* ou *intermediários* podem, assim e ao que parece, ser intercetadas, gravadas e valoradas, e o telefone e outros meios técnicos do/a Advogado/a podem ser colocados sob escuta.

Num e noutro casos, não se exige mais do que uma *ordem* do Juiz¹⁴.

Não é este, porém, no que tange à escutas, o regime previsto no Estatuto, que prescreve:

“[...] a interceção e a gravação de conversações ou comunicações, através de telefone ou endereço eletrónico, utilizados pelo Advogado no exercício da profissão, constantes do registo da Ordem dos Advogados, só podem ser decretados e presididos pelo Juiz competente.”

Este preceito do Estatuto – que, com alguma deficiência,

¹² CPP, artigo 187.º, n.º 5.

¹³ De um crime, bem entendido, do elenco dos que admitem este tipo de prova.

¹⁴ O mesmo se dirá do *registo de voz e imagem das conversas cara a cara* em que intervenha o Advogado, que estão sujeitas ao regime geral do Código de Processo Penal, por remissão do artigo 6.º da Lei 5/2002.



apenas refere o *telefone* e o *endereço eletrônico*, e não “qualquer meio técnico diferente do telefone” – não proíbe a colocação sob escuta do telefone ou endereço eletrônico registado do/a Advogado/a.

Não diverge, neste particular, do Código de Processo Penal.

E parece referir-se tão só à colocação sob escuta do próprio telefone do/a Advogado/a ou de outro meio equiparado, não abrangendo, portanto, as interceções a partir de meios de terceiros colocados sob escuta.

Mas impõe, apesar disso, uma restrição de elevado alcance, ao exigir que a interceção seja não só *decretada*, como *presidida* pelo Juiz competente.

Tendo em atenção que toda e qualquer escuta telefónica tem de ser decretada pelo Juiz, a exigência de que, no caso específico do/a Advogado/a, seja *presidida* por ele não pode ter outro significado senão o de impor que tenha de ser o Juiz a acompanhar pessoalmente as escutas.

Não conheço nenhum caso de escutas telefónicas a Advogados/as que tenham sido *presididas* por um Juiz.

E, sem grande ousadia, parece-me razoável pensar que o meu desconhecimento se deve a nunca ter ocorrido tal prática.

Se considerarmos esta disciplina integrada na matéria das *imunidades* dos/as Advogados/as, sou forçado a concluir que, quando não a lei, ao menos a *praxis* lhe vota um desprezo sobranceiro.

Revertendo à indicação programática do artigo 208.º da CRP, tenho de expressar o meu convencimento, assente na realidade e na *praxis*, de que esta matéria das buscas, apreensões e escutas nunca densificará uma verdadeira *imunidade* se e enquanto não se estabelecer, sem tergiversar, a proibição pura e simples de o escritório e os telefones (ou instrumentos técnicos semelhantes) utilizados pelo/a Advogado/a no exercício da profissão serem alvo destes meios de recolha de prova – quando, já se vê, o/a Advogado/a não seja, ele próprio,

vítima, suspeito, arguido ou *intermediário doloso* do crime.

Ou, no mínimo, se e enquanto a lei não elevar para os Tribunais superiores o patamar da competência para os decretar e acompanhar.

Prossigo retomando a ideia consensual a que antes aludi de que o regime destes meios de obtenção de prova, seja qual for a sua relevância e incidência ao nível da pretendida *imunidade* dos/as Advogados/as, se legitima no *segredo profissional*, à luz do qual tem de ser interpretado e cumprido.

A alínea a) do n.º 2 do já citado artigo 13.º da Lei de Organização do Sistema Judicial proclama, a propósito,

“o direito à proteção do segredo profissional”.

Apesar desta proclamação enfática, manifesto as mais sérias dúvidas acerca da efetividade do *direito à proteção do segredo profissional* do/a Advogado/a.

Assentemos em que não poderá falar-se de *imunidade* neste contexto se o conjunto de mecanismos e de procedimentos legais de proteção do segredo profissional não estiver estruturado num corpo sistemático de normas blindado a exceções que o neutralizem.

Se o número, e sobretudo a natureza das exceções, for de molde a corroer a essência do segredo profissional, a proclamada *imunidade* não passará de letra morta.

Ora, há, pelo menos, duas derrogações do direito à proteção do segredo profissional que, pela sua incidência e gravidade, apontam, segundo creio, no sentido desta última hipótese:

- o regime legal de levantamento compulsivo do segredo em processo criminal e civil, e
- as normas relativas aos deveres de comunicação e colaboração em sede de prevenção de crimes de branqueamento e de financiamento do terrorismo.

¹⁵ Artigos 135.º do CPP e 417.º, n.º 4, e 497.º, n.º 3, do CPC.



Quanto ao levantamento do segredo, a lei ¹⁵ permite aos Tribunais superiores imporem a “quebra do segredo profissional, sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante”.

E não concede ao/à Advogado/a meios para exercer o direito ao contraditório e, o que será mais grave, permite que a quebra lhe seja imposta ainda que a Ordem recuse libertá-lo da obrigação de sigilo.

Se tivermos presente que o “princípio da prevalência do interesse preponderante” remete, i. a., para a “imprescindibilidade do depoimento [do Advogado] para a descoberta da verdade” – que, amiúde, não passa de um pretexto para esvaziar de conteúdo o princípio constitucional do acusatório em processo penal –, e ainda que a questão da quebra do direito ao silêncio só se coloca no domínio processual (civil ou criminal), posto que, fora desse âmbito, o segredo não é um direito, senão um dever indissociável da função social do/a Advogado/a e como tal regulado no Estatuto,

se tivermos presente, dizia, ficamos com a noção clara da enorme e desprotegida fragilidade deste direito e da sua ilusória categorização como *imunidade*.

Quanto aos deveres de comunicação e colaboração, recorde que, no âmbito do regime da *prevenção e repressão do branqueamento e do financiamento do terrorismo*, a lei ¹⁶ impôs a obrigação da quebra do segredo profissional dos Advogados.

O segredo foi, assim, eliminado enquanto *direito*, para ser convertido em *infração grave*.

É conhecida a génese daquele diploma legal que reverencia diretivas europeias ¹⁷ e impõe sobre os/as Advogados/as os deveres de:

– *por sua própria iniciativa, informar[em] de imediato o Procurador-Geral da República e a Unidade de Informação Financeira sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões*

para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação suscetível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo” ¹⁹;

– “*prestar[em] prontamente a colaboração requerida pelo Procurador-Geral da República, pela Unidade de Informação Financeira [...], pela autoridade judiciária [...] e pelas autoridades competentes para a supervisão ou fiscalização [...], nomeadamente garantindo o acesso direto às informações e apresentando os documentos ou registos solicitados”* ²⁰.

Para satisfazerem aquele dever de informação, os/as Advogados/as terão de:

“*comunica[r] ao Bastonário [...] as operações suspeitas [...] cabendo a esta [...] entidade [...] a comunicação, pronta e sem filtragem, ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira”* ²¹.

O incumprimento, mesmo negligente ²², destes deveres implica a abertura de procedimento disciplinar e a punição com penas que vão desde a simples multa até à expulsão.

Para termos a noção do verdadeiro alcance deste regime de quebra do segredo profissional, havemos de ter presente que o crime de branqueamento tem como objeto as vantagens provenientes de um extenso elenco de ilícitos típicos, incluindo dos que sejam puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

São muito poucos os crimes subtraídos a esta disciplina legal, que, de uma assentada, entre outros malefícios:

- destrói o princípio absolutamente crucial da confiança dos cidadãos nos/as Advogados/as;
- lança sobre estes a ignomínia da delação;
- desprestigia e insulta o Bastonário, convertendo-o em mero

¹⁶ Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, cuja redação inicial não sofreu alterações, na parte que agora interessa.

¹⁷ Diretivas n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e n.º 2006/70/CE, da Comissão.

¹⁸ Artigo 4.º, al. f).

¹⁹ Artigo 16.º, n.º 1.

²⁰ Artigo 18.º.

²¹ Artigo 35.º, n.º 1.

²² Artigo 47.º



recadeiro, sem poder de decisão ou sequer de opinião, e

- desjudicializa o controlo da quebra do segredo profissional, retirando-o da competência (aliás, controversa) do Juiz, para o facultar, inclusive, às autoridades de supervisão ou fiscalização.

Bem sei que o n.º 2 do artigo 35.º da Lei 25/2008, de 5 de junho, exclui do âmbito do dever de comunicação

“as informações obtidas no contexto da avaliação da situação jurídica do cliente, no âmbito da consulta jurídica, no exercício da sua missão de defesa ou representação do cliente num processo judicial, ou a respeito de um processo judicial, incluindo o aconselhamento relativo à maneira de propor ou evitar um processo, bem como as informações que sejam obtidas antes, durante ou depois do processo.”

Todavia, esta exclusão está longe de esconjurar as críticas que ficaram assinaladas.

Desde logo, porque não contempla um amplíssimo leque de atos próprios dos/as Advogados/as que ultrapassam a fase da mera consulta jurídica e não têm conexão com qualquer processo judicial.

Depois, porque a omissão dos deveres de comunicação e informação é punível a título de *negligência*, o que a situa num campo de aplicação muito mais vasto do que o dos crimes de branqueamento ou de financiamento ao terrorismo, só puníveis a título doloso.

Finalmente, porque se a conduta do/a Advogado/a é suscetível de ser enquadrada, mesmo sob a forma de cumplicidade, num crime de branqueamento ou de financiamento ao terrorismo, a imposição daqueles deveres nem sequer chega a colocar-se: entraria em colisão frontal com o direito constitucional ao silêncio e à não autoincriminação.

Vale por dizer: o regime legal em causa tem a ver e só tem a ver com a mais ampla quebra do direito ao segredo profissional.

E, se outra fosse a vontade própria do legislador português, nem mesmo assim poderia libertar-se da sujeição a diretivas perante as quais é impotente.

Isto pela razão inafastável de que o artigo 208.º do CRP, na sua vacuidade e falta de densificação, não definiu critérios nem formulou regras que pudessem impedir a absorção acrítica das diretivas a que fiz referência.

Face a este quadro, considero que, enquanto não for cumprida pela lei ordinária a enunciação programática do artigo 208.º do CRP, está muito longe de se poder afirmar que os/as Advogados/as gozam de qualquer tipo de imunidade, porque só vejo fiapos ou vestígios dela em sede de buscas, apreensões e escutas telefónicas.

Termino com duas notas brevíssimas, para recentrar as minhas palavras no segmento do tema que me foi proposto (e que, afinal, malissimamente abordei) relativo ao *contraditório* no processo penal conexo com o respeito (ou falta dele) pelas imunidades no exercício do patrocínio forense.

Uma, para acentuar a ideia de que a defesa contra o desrespeito pelos resquícios das imunidades dos/as Advogados/as nunca será eficaz sem a fixação de prazos processuais curtos e cominatórios para a decisão dos incidentes que com elas contendam.

Outra, para recordar que é impossível exercer o contraditório quando a matéria dos processos escorre para os meios de comunicação social, tantas vezes com o patrocínio de quem devia guardar sigilo sobre ela.

E para consignar que defendo o restabelecimento do princípio do segredo de justiça complementado pela proibição absoluta de divulgação do conteúdo de qualquer processo criminal pelos meios de comunicação social até ao trânsito em julgado da respetiva decisão.

Mas desenvolver esta nota levar-me-ia muito além dos limites consentidos pelo espaço que a Ordem generosamente me concedeu e pela bondosa paciência com que VV. Ex.^{as} me leram. ■ *Artur Marques*



COMUNICAÇÃO DO 1.º CICLO
DE CONFERÊNCIAS DAS
CELEBRAÇÕES DOS 40
ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA PORTUGUESA

**DR. JOÃO DA SILVA
CARAPETO**

PRESIDENTE DO INSTITUTO DE
ADVOGADOS EM PRÁTICA INDIVIDUAL



Para poder pensar em 40 anos de Constituição da República Portuguesa, dei comigo a reler a Constituição plebiscitada nos idos dos anos 30 do século passado, para confirmar a ideia que tinha de que ela é omissa relativamente aos/as Advogados/as e à Advocacia enquanto instrumento de realização do Estado de Direito.

Na verdade, lê-la e procurar a palavra “Advogado” ou profissão dos/as Advogados/as é tarefa votada ao insucesso: não estávamos lá, pura e simplesmente!

O que, na verdade, até se compreende: os/as Advogados/as eram talvez o empecilho maior ao tempo dos Tribunais plenários e da (pseudo) Justiça que neles se praticava...

Diferentemente, a Constituição que hoje celebramos teve o cuidado de referir a Advocacia e os/as Advogados/as, prevendo (e cito) que “a lei assegura aos Advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da Justiça”.

Cuidemos, porém, que não o fez originariamente: a redação do artigo 208.º que acabo de vos relembrar é da revisão de 1997. Até aí, nós, Advogados/as, continuávamos ausentes do texto constitucional.

Seríamos menos necessários à administração da Justiça antes de 1997?

Seríamos menos essenciais?

Creio que a resposta não pode ser senão em sentido negativo. A essencialidade da Advocacia para a administração da Justiça, a necessidade do/a Advogado/a para a plena realização do Estado de Direito Democrático não é menor ou maior consoante os tempos: ambas são perenes e ambas pouco moldáveis à transitoriedade.

Então, porque é que o legislador constitucional não deixou à lei, conforme até aí tinha sucedido, a afirmação destes princípios?

A minha convicção é a de que o legislador constitucional percebeu que era imperioso que aquele fosse o tempo de dar aos/as Advogados/as a dignidade da referência textual, porque se começava ali a ver (e não apenas em Portugal, um pouco por todo o mundo) uma tentativa de desqualificar a Advocacia como sempre a conhecêramos e como eu continuo a estimá-la e a querê-la.

Estudante de Direito nessa altura, apercebi-me de que se os deputados revisores afirmavam pela primeira vez uma proteção do que até ali não tinha sido necessária, decerto sentiriam a necessidade dessa atuação.

Na verdade, só o que está ou pode ser posto em perigo tem de ser protegido.

Mais tarde, já Advogado, acabei por formar a convicção de



que era a Advocacia livre e independente a que se tentava proteger logo ali.

Feito este raciocínio e no meu refletir sobre o passar do tempo, recordei as palavras de Ary dos Santos, que, falando do abril que nos trouxe a Constituição que hoje comemoramos, sonhava da seguinte forma: “Agora que já floriu/a esperança na nossa terra/as portas que Abril abriu/nunca mais ninguém as cerra.”

E a dúvida instalou-se: será, de facto, assim?

Será que as portas que o artigo 208.º abriu à tutela do Advogado e da Advocacia estão ainda abertas como deveriam?

Lembro-me do Código de Processo Civil aprovado em 2013 e de uma pequena (mas significativa!) alteração que o legislador introduziu: inexplicavelmente desconfiado dos/as Advogados/as e com graves repercussões na atividade dos que exercem em prática individual, tornou-se obrigatório ao Advogado identificar o processo e a diligência judicial que o impedem de estar presente numa outra diligência sobreposta para que possa pedir adiamento da marcada em último lugar... O respeito pela palavra – honrada, necessariamente honrada – do/a Advogado/a deixou de ser suficiente ao adiamento de uma diligência porquê?

Lembro-me do mesmo Código e de ter sido precisamente a reforma de 2013 a tornar obrigatório a um/a Advogado/a juntar o original de um cheque ou de uma letra que dê à execução, enquanto todos os restantes documentos ficam, após remessa por transmissão eletrónica de dados ao Tribunal, depositados no seu escritório. Em face do teor da Constituição e da afirmação do mandato forense como essencial à administração da Justiça, como pôde o legislador ordinário ter esse comportamento?

Lembro-me da alteração do Estatuto da Ordem dos Advogados que manda aplicar subsidiariamente à autorregulação da profissão, não as normas do processo penal, como sempre, mas as normas da relação laboral de direito público, as que se aplicam a funcionários, como se alguma vez os/as Advogados/as admitissem ser funcionalizados!

Não é à toa que a Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados disse, há dias, numa iniciativa em que foi oradora: “Todas as reformas que foram feitas nos últimos anos representam

um retrocesso ou recuo nos direitos, nas garantias e nas liberdades (...) que estão consagrados na Constituição.” À vista do artigo 208.º, creio que é impossível não estar de acordo com isto também no que toca à Advocacia, ao que dela se quer e ao que dela se espera!

Passo por muitos Tribunais no exercício da profissão que escolhi. E em alguns (curiosamente – ou talvez não – todos com intervenção no âmbito da última reforma do mapa judiciário), em alguns, a sala dos/as Advogados/as deu lugar a gabinetes de Magistrados, a salas de testemunhas e até a arrumos para material de limpeza. Quantos/as Advogados/as vemos nós a ter de negociar acordos em plenos corredores, a ter de falar de factos que o segredo profissional protege sem a menor privacidade, porque essas salas lhes foram retiradas? É isto compatível com o que a Constituição quis proteger?

Nos meios de comunicação, tantas vezes (demasiadas vezes) ouvimos falar de Advogados/as cujos escritórios são objeto de buscas, não à procura de algo que possam ter feito os Senhores Advogados, mas de algum suporte documental, seja ele o que for, que os seus clientes terão levado a cabo, num total desrespeito por valores essenciais à Advocacia, como é o da confiança cliente-Advogado ou o do segredo profissional. Estarão assegurados, nestes comportamentos, as imunidades de que os/as Advogados/as precisam para o serem cabalmente? Onde está nessas atitudes processuais o respeito pelo mandato forense que a Constituição manda ter?

Isto para já não falar das vezes – crescentemente vistas – em que se constituem Advogados como arguidos, mais parecendo que se pretende retirar de cena um oponente capaz do que realizar a Justiça! Ou daquelas vezes em que nos apercebemos de que escutas telefónicas de conversas entre arguidos e seus defensores são escrutinadas, como se tal fosse admissível!

Em todas essas ocasiões, pergunto-me se o legislador (e, não menos, o julgador) terá lido o artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa.

Todos me dizem que sim e que os direitos têm de ser graduados, como a própria Constituição manda.

Mas a verdade é que muito vejo feito contra esse preceito, à luz de princípios que, a meu ver, não têm – objetivamente – a



mesma dignidade!

E, de igual sorte, muito vejo por fazer para que o artigo 208.º se concretize!

Há verdadeiro reconhecimento da importância da Advocacia quando não está assegurado, em tantos locais, o acesso dos/as Advogados/as aos seus constituintes em condições que permitam o respeito pelo constituinte, pelo/a Advogado/a e pela sua profissão?

Estará a regular-se o patrocínio forense como elemento essencial à administração da Justiça quando o Advogado teria de estar no dirimir de um processo se ele corresse no Tribunal, mas não tem se ele correr num qualquer meio alternativo de resolução dos litígios?

Está a assegurar-se que os/as Advogados/as são esse elemento essencial à administração da Justiça quando vemos funcionários em conservatórias do registo civil, em julgados de paz, em centros privados de mediação de conflitos a dizerem aos seus utilizadores que o/a Advogado/a não faz ali falta (ou que só complica, como ouvi num balcão de um deles aqui há uns dias)?

Creio que todos sabemos que muito há a fazer! E que é inadiável que assumamos a reivindicação desse muito como encargo de cada um de nós!

Neste que é um momento de comemoração dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa, não poderia deixar de dizer que, como a democracia que a Constituição nos legou e ainda hoje protege, a própria Constituição tem de ser aprofundada sistematicamente; tal como a liberdade que ela garante, também a Constituição tem de ser demonstrada como essencial a todos, importante como o ar que respiramos!

É nesse contexto que a enalteço!

E é nesse contexto que me atrevo a deixar um tema para a reflexão de cada um de nós: sabemos (principalmente nos últimos anos) que o Tribunal Constitucional tem sido o baluarte da defesa da Constituição da República Portuguesa; sabemos também que assim tem sido muitas vezes por intervenção da Ordem dos Advogados, que sempre apela ao respeito pela nossa Lei Fundamental, dando cumprimento à sua atribuição, enquanto associação pública: “Defender o Estado de Direito e os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e colaborar na administração da Justiça.”

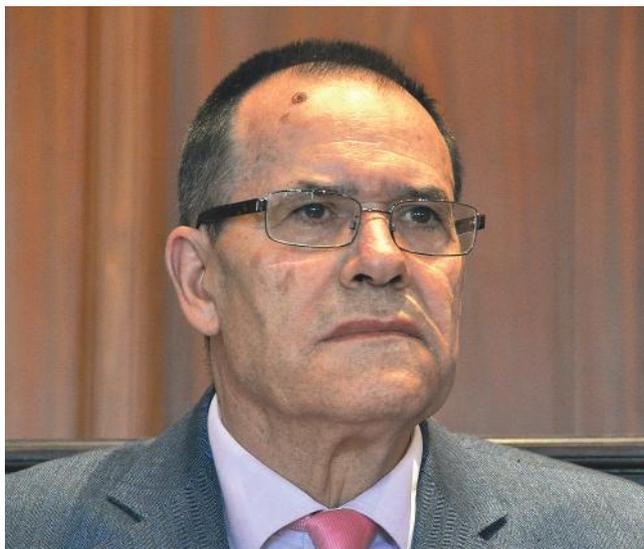
Aliás, só nessa intenção de proteção do Estado de Direito e da Constituição devem, a meu ver, ser analisadas a luta contra a reforma do mapa judiciário, contra um desastrado novo Estatuto da Ordem dos Advogados, contra muitas das reformas restritivas em matéria de direitos, liberdades e garantias como foram as que envolveram o processo penal, o processo administrativo, as normas de regulação, entre outras...

Não será tempo de pensarmos em aprofundar a Constituição, juntando ao elenco dos que, nos termos do disposto no artigo 281.º, n.º 2, podem solicitar a fiscalização abstrata da constitucionalidade também o/a Bastonário/a da Ordem dos Advogados?

Seria, quanto a mim, um primeiro passo a demonstrar na prática o apreço que a própria Constituição manda ter pelos/as Advogados/as...

Seria essencialmente, uma maneira de defendermos a Constituição com as unhas e com os dentes com que ela merece ser defendida!

Porque, afinal, nestes tempos que são os do “economês” e não os dos direitos, liberdades e garantias, a Constituição da República Portuguesa (esta, com 40 anos e que aqui comemoramos) é talvez o instrumento que mais nos permite dizer, como dizia José Gomes Ferreira, que temos “saudades do futuro” ... e é por isso que merece que a evoquemos e, sobretudo, que a protejamos! ■ *João da Silva Carapeto*



OS 40 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

DR. JOÃO REIS TEIXEIRA

PRESIDENTE DO INSTITUTO
DO ACESSO AO DIREITO

Para quem nasceu, cresceu e se fez gente durante o Estado Novo, celebrar a revolução operada na madrugada do dia 25 de abril de 1974 é um imperativo de consciência que os 42 anos passados sobre aquela data não diluem.

À semelhança da longínqua revolução de 1789, em França, o sonho de uma sociedade pautada pelos princípios da igualdade, fraternidade e solidariedade nasceu no ideário coletivo da sociedade portuguesa da segunda metade do século XX, muito depois das conquistas sociais iniciadas na França do século XVIII e que, ainda assim, não obviaram às muitas convulsões sociais dos séculos seguintes, culminando nos dois conflitos mundiais ocorridos já em pleno século XX e nos diversos regimes totalitários que na Europa, e também noutros pontos do globo, se instalaram de forma que quase se tomariam por eterna.

Em Portugal, a eternidade do fascismo durou praticamente meio século, mas os seus efeitos prolongaram-se além dos 48 anos da ditadura que manteve o povo na pobreza e na ignorância.

Índices hoje dificilmente acreditáveis de analfabetismo, trabalho infantil, mortalidade infantil, pobreza, absoluto isolamento do interior face ao litoral, trabalho precário e sem quaisquer direitos, inexistência de liberdade de expressão e repressão brutal e permanente baseada na PIDE e suportada na sua rede de informadores, muitos deles facilmente seduzidos precisamente porque motivados, dadas as enormes

dificuldades financeiras, por um pequeno rendimento extra que lhes era proporcionado pelo Regime (dizia-se até que em cada família portuguesa haveria, a dada altura, em média, um informador) caracterizavam as condições deploráveis de vida dos Portugueses. [“Portugal antes e depois do 25 de Abril - Da Ditadura Política à Ditadura Financeira”, Tenente-Coronel António Costa Mota (Secretário-Geral da AOFA, 25.03.2014)]

Por esse Portugal fora vivia-se sem acesso a coisa nenhuma; sem educação, saúde e Justiça, os três pilares fundamentais de um Estado de Direito.

Apesar dos ziguezagues ao longo destes 42 anos, porque os houve, após o derrube da ditadura com a Revolução dos Cravos tudo mudou, e mudou para melhor.

Hoje vivemos de acordo com as normas e ditames de uma democracia. Antes do 25 de abril de 1974 vivíamos como se vive praticamente em todas as ditaduras: na ausência de liberdades e direitos fundamentais.

É exatamente um ano após a Revolução de 25 de Abril de 1974 que se realizam as primeiras eleições livres, com o propósito de eleger a Assembleia Constituinte que viria a ser responsável pela elaboração da Constituição da República de 1976.

A Constituição da República Portuguesa, cujo 40.º aniversário se celebra, pode, sem margem para dúvidas, ser considerada a mais avançada do seu tempo e o documento fundador da



democracia portuguesa.

Poder-se-ia dizer que se os Descobrimentos Portugueses, uns séculos antes, vieram dar novos mundos ao Mundo, a Constituição da República Portuguesa de 1976 veio, depois de mais de 40 anos de ditadura, abrir as portas do Mundo aos portugueses.

Como se pode ler no preâmbulo do texto originário, a Revolução de Abril de 1974 *restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais* de que haviam sido privados durante 48 anos de fascismo.

É do exercício desses direitos e liberdades que, em 2 de abril de 1976, nasce a Lei Fundamental, consagrando os princípios basilares da democracia e o primado do Estado de Direito com o propósito de construir *um país mais livre, mais justo e mais fraterno*.

O pendor socializante originário veio a esbater-se nas sucessivas revisões que visaram adequar a Constituição, nascida do 25 de abril de 1974, aos princípios da economia de mercado, viabilizando a adesão de Portugal à então CEE.

Não obstante as revisões a que foi sujeita, não obstante os muitos atropelos de que a anterior legislatura foi paradigmática, na sua essência, a Constituição de 1976 mantém-se inalterada, resistindo como baluarte de uma sociedade pautada pelo primado do Direito e da dignidade da pessoa humana.

Como Presidente do Instituto do Acesso ao Direito da Ordem dos Advogados, não posso deixar de salientar a consagração, como garantia fundamental de cidadania, expressa no artigo 20.º da Constituição, do acesso ao Direito e aos Tribunais, conferindo ao Estado o dever de assegurar que ninguém fique impedido de aceder à Justiça por insuficiência de meios económicos, assim respeitando o princípio fundamental da igualdade.

Tal garantia vai subsistindo ao desvario dos problemas financeiros do país, no seu conjunto, e de uma larga maioria dos seus cidadãos, em particular, para quem o acesso ao Direito e aos Tribunais não passa de uma bem redigida norma da Lei Fundamental cuja exequibilidade há muito se dissolveu no avultado custo das taxas de justiça, na demora na obtenção de uma decisão judicial e, não menos importante, no recente encerramento de inúmeros Tribunais a pretexto de uma iné-

dita reforma que mais não fez do que atentar contra o direito fundamental consagrado no aludido artigo 20.º

Com efeito, é inegável que o encerramento de vários Tribunais por todo o país e a desqualificação de outros veio dificultar ainda mais o acesso à Justiça.

Às já onerosas custas judiciais acrescem todas as despesas inerentes às longas distâncias que, em inúmeras localidades, populações envelhecidas e com baixos recursos financeiros são agora obrigadas a percorrer para comparecer em Tribunal.

Em não raros casos, em diversas zonas, sobretudo do interior do país, as pessoas têm de percorrer largas distâncias, em muitos casos superiores a 50 quilómetros para cada lado, para se deslocarem aos Tribunais. Ora, percorrer 50 quilómetros no interior do país não é o mesmo que percorrer 50 quilómetros nas áreas de Lisboa ou do Porto.

E se o benefício do designado “apoio judiciário” serve para ultrapassar as dificuldades que resultam da incapacidade em suportar as custas judiciais ou os honorários de um/a Advogado/a, já não serve para compensar todos os restantes encargos que resultam do afastamento das casas da Justiça dos cidadãos a quem servem.

Acresce ainda que os parâmetros da condição de recursos que importa verificar para atribuição do benefício do apoio judiciário se encontram de tal forma espartilhados que apenas aqueles que dispõem de parques ou nenhuns recursos financeiros dele podem beneficiar.

Fica assim fora do alcance do benefício da proteção jurídica uma larga franja da população, cujos rendimentos permitem pouco mais que a satisfação de necessidades básicas e que se vê assim impedida de litigar nos Tribunais por manifesta incapacidade de suportar os encargos associados, nomeadamente com as taxas de justiça.

Alternativamente, pretendeu-se retirar dos Tribunais matérias teoricamente menos controvertidas e cuja especificidade técnica permitiria que fossem dirimidas perante instâncias carecidas de soberania. Atribuíram-se assim competências às conservatórias, aos notários, aos centros de arbitragem, de entre outros, e, diz-se, desjudicializou-se a Justiça.

Mas não prevê a Constituição que a Justiça se faça nos Tri-



bunais, órgãos que, dotados de soberania, têm competência para a administrar em nome do povo?!...

Teremos hoje mais e melhor Justiça?!...

Estará, por estas vias, a Justiça mais próxima dos cidadãos?!...

Salvo melhor opinião, estou em crer que as respostas as estas questões devam ser negativas.

A litigiosidade inerente a algumas matérias e procedimentos não obsta a que, pese embora se possam iniciar numa qualquer conservatória de registo ou num notário, acabem a ser dirimidas num Tribunal por um Magistrado, profissional cuja formação e competência técnica o preparou especificamente para lidar com a conflitualidade que subjaz àquela mesma matéria.

Por outro lado, matérias que possam ser levadas à apreciação de um qualquer centro de arbitragem esbarram com a inexistência da imparcialidade que apenas ao Juiz, investido de poderes de Estado, pode ser exigida, ou não fosse aquele centro de arbitragem financiado pela entidade contra a qual o particular vai litigar.

E litiga sem patrocínio de Advogado, porque, não sendo obrigatória a constituição de mandatário, é aqui que o particular vai encontrar forma de reduzir os custos do litígio, o que, no

entanto, tem a perversão de prejudicar o princípio da igualdade de armas, tornando este litigante o elo mais fraco num sistema que, à partida, apenas por pretexto, pretendeu tornar menos oneroso o custo e mais simples o procedimento de resolução desse mesmo litígio.

E são estes apenas pequenos exemplos para ilustrar o quão avesso à Justiça e à própria Constituição é o caminho percorrido pelo legislador em busca de novas e alternativas formas de resolução de litígios.

Uma palavra final para sublinhar também o reconhecimento constitucional, introduzido na revisão de 2005, e expresso no artigo 208.º, do papel dos/as Advogados/as e do patrocínio forense como elemento essencial à administração da Justiça, traduzido este, nas palavras de António Arnaut, nas três vertentes da actividade do/a Advogado/a: de apoio e informação jurídica, de instância de resolução amigável de conflitos e de mandatário processual das partes. (*Iniciação à Advocacia*, António Arnaut, Coimbra Editora.)

Remato com a célebre frase de Winston Churchill: *a democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas*.

Celebremos, pois, a democracia alcançada naquela longínqua madrugada de abril de 1974 e a Lei Fundamental que constitui a sua base. ■ *João Reis Teixeira*



O SISTEMA DE ACESSO AO DIREITO (SADT) E A PLENA REALIZAÇÃO DO ARTIGO 20.º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

DR.ª VERA SAAVEDRA
ADVOGADA E VOGAL DO INSTITUTO DE ACESSO AO DIREITO



O direito aos direitos

O acesso ao Direito e à Justiça é um direito consagrado nas diversas cartas internacionais dos direitos humanos e na Constituição da República Portuguesa que visa assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos.

Constituição da República Portuguesa – Decreto de 10 de abril de 1976

ARTIGO 20.º (Defesa dos direitos)

1. A todos é assegurado o acesso aos Tribunais para defesa dos seus direitos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

“(…) ao assegurar a todos o acesso aos Tribunais para defesa dos seus direitos, o legislador constitucional reafirma o princípio geral da igualdade consignado no n.º 1 do artigo 13.º Mas indo além do mero reconhecimento de uma igualdade formal no acesso aos Tribunais, o n.º 1 do artigo 20.º, na sua

parte final, propõe-se afastar neste domínio a desigualdade real nascida da insuficiência de meios económicos, determinando expressamente que tal insuficiência não pode constituir motivo de denegação da Justiça.”

Parecer n.º 8/78, da Comissão Constitucional

O texto constitucional do artigo 20.º sofre alterações com a Lei n.º 1/82, de 30/9, que altera a epígrafe do artigo para “Acesso ao Direito e aos Tribunais”, passando a contemplar o direito à informação e proteção jurídica.

Na revisão Constitucional de 1989 (Lei n.º 1/89, de 8/7), o artigo 20.º passa a prever o direito à informação, à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário.

Lei n.º 1/97, de 20/9

Artigo 20.º (Acesso ao Direito e tutela jurisdicional efetiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao Direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por Advogado perante qualquer autoridade.



3. *A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.*
4. *Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.*
5. *Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*

A nossa Constituição consagra o acesso ao Direito e aos Tribunais como um direito fundamental.

O direito de acesso ao Direito, à Justiça e aos Tribunais caracteriza-se por ter uma relação única com o regime dos direitos fundamentais plasmado na Constituição Portuguesa de 1976, na medida em que constitui uma garantia imprescindível na proteção dos demais direitos fundamentais, sendo um princípio estruturante do Estado de Direito.

O Direito em análise desdobra-se nos seguintes direitos:

- Direito de acesso ao Direito (n.º 1, primeira parte);
- Direito de acesso aos Tribunais (n.º 1, segunda parte);
- Direito à informação e consulta jurídica (n.º 2, primeira parte);
- Direito a patrocínio judiciário (n.º 2, segunda parte);
- Direito à assistência de advogado (n.º 2, segunda parte, *in fine*);
- Direito à proteção do segredo de justiça (n.º 3);
- Direito a uma decisão em prazo razoável (n.º 4, primeira parte);
- Direito a um processo equitativo (n.º 4, segunda parte);
- e direito à tutela efetiva (n.º 5).

Nas palavras de Salvador da Costa, o acesso à Justiça e aos

Tribunais tem uma dupla dimensão:

- a garantia de defesa de direitos;
- a imposição ao Estado do dever de assegurar que ninguém fique impedido de aceder à Justiça, em termos que respeitem o princípio fundamental da igualdade.

Na senda de Gomes Canotilho, “o direito de acesso aos Tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de atos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar num prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando um correto funcionamento das regras do contraditório (...)”.

“(...) o direito à tutela jurisdicional efetiva concretiza-se fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo”.

“Este preceito reconhece dois direitos, conexos mas distintos: (a) o direito de acesso ao Direito (n.º 1), e (b) o direito de acesso aos Tribunais (n.º 2). A sua conexão é evidente, pois o conhecimento dos seus direitos (e dos seus deveres) por parte de cada um é condição para os exercer e fazer valer (e para cumprir e observar os deveres). (...) O direito de acesso ao Direito engloba o direito à informação jurídica e à proteção jurídica. A Constituição não delimita, ela mesma, o âmbito desse direito, remetendo para a lei a sua concretização, mas é incontestável que esse direito só terá um mínimo de substância na medida em que abranja a possibilidade de recurso, em condições acessíveis, a serviços públicos (ou de responsabilidade pública) de informação jurídica e de patrocínio jurídico, sob pena de não passar de um direito fundamental formal.”

Gomes Canotilho e Vital Moreira.

O conceito foi, assim, fluindo numa evolução que creio ainda não terminada, com diversas alterações e na busca pela construção do melhor instituto possível, com o intuito de reforçar a proteção e efetivação de Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos.

A assistência judiciária

DECRETO-LEI N.º 33 548/44, DE 23 DE FEVEREIRO

- Assistência judiciária nas causas cíveis:



- A) Patrocínio gratuito;
 - B) Dispensa do pagamento prévio de custas.
- Assistência judiciária nos processos criminais:
- A) Em proveito do ofendido;
 - B) Outras pessoas a quem a lei conceder a faculdade de acusar.
- Concedida a:
- A) Litigantes pobres;
 - B) Pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, para o efeito de obterem patrocínio gratuito.

Lei n.º 7/70, de 9 de junho

- A assistência judiciária compreendia a dispensa, total ou parcial, de preparos e do prévio pagamento de custas e o patrocínio oficioso.
- Concedida a todos os que se encontrassem em situação económica que não lhes permitisse custear as despesas normais do pleito.
- Extensivo às pessoas coletivas, sociedades e outras entidades dotadas de personalidade judiciária.
- Aplicável em qualquer jurisdição.
- Independentemente da posição processual do requerente e de já ter sido concedida à parte contrária.
- Nos processos-crime, concedida apenas aos arguidos e àqueles de cuja acusação dependia o exercício da ação penal pelo Ministério Público.
- A decisão competia ao Juiz da causa e o pedido constituía incidente processual.
- O requerente seria responsável pelos honorários, que seriam fixados na decisão final, quer fosse vencedor ou vencido.

- A obrigação de pagamento das custas e honorários só seria exigível quando o beneficiário adquirisse meios para o efetuar.

Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de fevereiro

“Depois da revisão de 1982, o artigo 20.º da Constituição passou a conter uma inovação sem precedentes em Direito comparado. Proclamou, na sua epígrafe, o acesso ao Direito. E, ligando essa epígrafe ao texto, ter-se-á que ela se reporta ao n.º 1: ‘Todos têm direito à informação e à proteção jurídica, nos termos da lei.’”

Tinha-se em vista, por um lado, aproximar o Direito da vida das pessoas, depurando-o do hermetismo que enfraquece o seu sentido humano, o que deixaria de ser, para elas, uma ‘sobrecarga accidental’. Tratar-se-ia de incluir, não impositivamente, o Direito, como valor e como realidade, na ‘aparelhagem cívica’ que enriquece a sociabilidade e a dignidade das pessoas, fazendo com que elas melhor compreendam a imprescindível presença e autoridade do Estado e fazendo com que este, em todas as suas expressões, compreenda que não pode ‘estatizar’ a personalidade e a dignidade das pessoas (...).”

Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de fevereiro

O Acesso ao Direito e aos Tribunais

O direito à informação e proteção jurídica:

O regime legal previa a realização de ações permanentes e planeadas tendentes a divulgar aos cidadãos os seus direitos e o ordenamento legal, nomeadamente através da criação de serviços de acolhimento junto dos Tribunais para procederem às referidas ações.

O Estado e as instituições representativas das profissões forenses deviam assumir a responsabilidade conjunta pelo desenvolvimento e eficácia do instituto de acesso ao Direito, assumindo-se o Estado como garante de uma adequada remuneração aos profissionais forenses que prestassem serviços jurídicos no âmbito do sistema de acesso ao Direito.

A **proteção jurídica** passou a revestir as modalidades da **consulta jurídica** (que poderiam compreender a realização de diligências extrajudiciais ou comportar mecanismos informais de conciliação) e do **apoio judiciário** (aplicável em



todos os Tribunais, qualquer que fosse a forma do processo, sendo também aplicável aos processos de contraordenações, mantendo-se para efeitos de recurso e sendo extensível aos processos que seguissem por apenso).

O Advogado passou a ser nomeado pela Ordem dos Advogados, por solicitação do Juiz.

A Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro

A atribuição da competência de apreciação dos pedidos de concessão de apoio judiciário aos serviços da Segurança Social.

A decisão de concessão de apoio judiciário passou a consistir num ato administrativo.

O facto de ser hoje o Instituto de Segurança Social a entidade competente para apreciação dos pedidos de apoio judiciário não significa que estejamos perante uma dimensão do direito à segurança social, mas sim perante uma dimensão prestacional de um Direito, Liberdade e Garantia.

(nesse sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira.)

Lei n.º 34/2004, de 29 de julho

Altera o regime de acesso ao Direito e aos Tribunais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2003/8/CE, do Conselho, de 27 de janeiro, relativa à melhoria do acesso à Justiça nos litígios transfronteiriços através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios.

O diploma é aplicável sempre que Portugal seja o Estado do domicílio ou da residência habitual do requerente de proteção jurídica, no caso de litígio em que os Tribunais competentes pertençam a outro Estado membro da União Europeia, ou, em alternativa, o Estado do foro, no caso de o requerente residir noutro Estado membro da União Europeia.

Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto

- Revisão do critério de insuficiência económica;
- Cobertura da consulta jurídica em todo o território nacional, passando a ser prestada nos escritórios dos/as Advogados/as;

– Alargamento da aplicação aos meios de resolução alternativa de litígios;

– Aplicável a modalidade de apoio judiciário apenas às pessoas coletivas sem fins lucrativos.

Destinatários:

1 - *Têm direito a proteção jurídica, nos termos da presente lei, os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e os apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica.*

2 - *Aos estrangeiros sem título de residência válido num Estado membro da União Europeia é reconhecido o direito a proteção jurídica, na medida em que ele seja atribuído aos Portugueses pelas leis dos respetivos Estados.*

3 - *As pessoas coletivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada não têm direito a proteção jurídica.*

4 - *As pessoas coletivas sem fins lucrativos têm apenas direito à proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário, devendo para tal fazer a prova a que alude o n.º 1.*

5 - *A proteção jurídica não pode ser concedida às pessoas que alienaram ou oneraram todos ou parte dos seus bens para se colocarem em condições de o obter, nem, tratando-se de apoio judiciário, aos cessionários do direito ou objeto controvertido, quando a cessão tenha sido realizada com o propósito de obter aquele benefício.*

Artigo 7.º da Lei n.º 34/2004

A informação jurídica

“Incumbe ao Estado realizar, de modo permanente e planeado, ações tendentes a tornar conhecido o direito e o ordenamento legal, através de publicação e de outras formas de comunicação, com vista a proporcionar um melhor exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres legalmente estabelecidos.”

Artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004

A consulta jurídica



“A consulta jurídica consiste no esclarecimento técnico sobre o direito aplicável a situações concretas em que estejam em causa interesses pessoais legítimos ou direitos próprios lesados ou ameaçados de lesão.”

Artigo 14.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004

Apoio judiciário

“O apoio judiciário compreende as seguintes modalidades:

- a) *Dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo;*
- b) *Nomeação e pagamento da compensação de patrono;*
- c) *Pagamento da compensação de defensor oficioso;*
- d) *Pagamento faseado de taxa de justiça e demais encargos com o processo;*
- e) *Nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono;*
- f) *Pagamento faseado da compensação de defensor oficioso;*
- g) *Atribuição de agente de execução.*”

Artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004

Âmbito de aplicação

1 - *O regime de apoio judiciário aplica-se em todos os Tribunais, qualquer que seja a forma do processo, nos julgados de paz e noutras estruturas de resolução alternativa de litígios a definir por portaria do membro do governo responsável pela área da Justiça.*

2 - *O regime de apoio judiciário aplica-se também, com as devidas adaptações, nos processos de contraordenação.*

3 - *O apoio judiciário é aplicável nos processos que corram nas conservatórias, em termos a definir por lei.*

(...)

Artigo 17.º da Lei n.º 34/2004

Apoio judiciário e as garantias do processo penal

“O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por Advogado/a é obrigatória.”

Artigo 32.º, n.º 3, da CRP

O direito a ser assistido por defensor constitui uma das mais importantes garantias de defesa em processo penal.

Em conjugação com o artigo 20.º da CRP, nos termos do qual se reconhece a todos o direito de acesso ao Direito e aos Tribunais, para defesa dos seus interesses e direitos legalmente protegidos, não podendo o exercício de tal direito ser limitado por motivo de insuficiência económica, logo se concluirá que o direito a ser assistido por defensor não poderá ser posto em causa por insuficiência económica do arguido.

A Lei 34/2004, de 29 de julho, estabelece no seu capítulo IV as disposições especiais aplicáveis ao processo penal.

- O requerimento para concessão de apoio judiciário não afeta a marcha do processo.

- São elaboradas escalas de prevenção para assistência de arguidos em diligências urgentes.

- No caso de pedido de dispensa de patrocínio, o defensor nomeado mantém-se para os atos subsequentes, enquanto não for substituído.

- O defensor não pode, no mesmo processo, aceitar mandato do mesmo arguido.

- O apoio judiciário pode ser requerido até ao termo do prazo de recurso da decisão em primeira instância.

As pessoas coletivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada

A questão da aplicação ou não do Sistema de Acesso ao Direito às pessoas coletivas com fins lucrativos e aos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada foi sofrendo um tratamento diferenciado por parte quer do legislador, quer do Tribunal Constitucional, sendo que, atualmente, não tem



qualquer aplicação, ainda que, provada a sua insuficiência económica, se demonstre que o custo do processo judicial para o qual é requerido o apoio se revela manifestamente superior às possibilidades económicas da entidade requerente.

“O direito à proteção jurídica é compatível com a natureza das pessoas coletivas e, nessa medida, também lhes é aplicável. Por isso, não obstante as hesitações jurisprudenciais, deve entender-se que uma norma que vede, em termos genéricos e absolutos, a concessão de patrocínio judiciário gratuito às sociedades (e aos próprios comerciantes em nome individual e estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada) que provem que os respetivos custos são consideravelmente superiores às suas possibilidades económicas contraria a universalidade do direito de acesso aos Tribunais e, em particular, do direito ao patrocínio judiciário, independentemente da situação económica.” Jorge Miranda e Rui Medeiros.

Nesse sentido se decidiu no acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22.12.2010, proc. C-279/09 (DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft vs Bundesrepublik Deutschland):

“O princípio da proteção jurisdicional efetiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não está excluído que possa ser invocado por pessoas coletivas e que o apoio concedido em aplicação deste princípio pode abranger, designadamente, a dispensa de pagamento antecipado dos encargos judiciais e/ou a assistência de um Advogado.”

No mesmo sentido, o Provedor de Justiça viria a fazer a Recomendação n.º 3/B/2010 ao Ministério da Justiça, no sentido de se promover a “alteração à Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, que regula o Regime de Acesso ao Direito e aos Tribunais, no sentido de se permitir a concessão de apoio judiciário às entidades com fins lucrativos que, provando a sua insuficiência económica, demonstrem que o litígio para o qual é requerido o apoio exorbita da respetiva atividade económica normal, ocasionando custos consideravelmente superiores às possibilidades económicas das mesmas”.

A insuficiência económica

O legislador constitucional não define o conceito de insuficiência económica para efeitos de concessão de proteção

jurídica, deixando a tarefa de concretização desse conceito ao legislador ordinário.

No regime atualmente em vigor, a insuficiência económica é apreciada de acordo com os critérios definidos no artigo 8.º-A da Lei n.º 34/2004.

- Direito a todas as modalidades – rendimento relevante igual ou inferior a €314,42.
- Pagamento de consulta jurídica e pagamento faseado – rendimento relevante entre €314,42 e €1048,05.
- Sem direito a proteção jurídica – rendimento superior a €1048,05.

A lei não permite que o requerente demonstre que, não obstante o seu rendimento, o seu património ou a sua despesa permanente, não dispõe de condições económicas que lhe permitam suportar os custos de um processo judicial.

(Por exemplo, porque sofre de doença que representa avultadas despesas médicas e medicamentosas.)

Melhoria do SADT e reforço da proteção de Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos:

- Consideração dos custos previsíveis inerentes à ação;
- Permissão de o requerente demonstrar que, não obstante o seu rendimento, o seu património ou a sua despesa permanente, não dispõe de condições económicas que lhe permitam suportar os custos de um processo judicial.
- Alargamento do âmbito de concessão da modalidade do pagamento faseado da taxa de justiça e demais encargos com o processo e pagamento faseado da compensação de defensor ou patrono nomeado.
- A concessão de proteção jurídica nos recursos hierárquicos de decisões proferidas por autoridade administrativa, bem como em sede de audição prévia.
- Defesa de trabalhadores em processo disciplinar.
- Sujeição a uma avaliação prévia do pedido por Advogado/a, garantindo-se a viabilidade da ação e a correta formulação



do pedido.

- Garantia de concessão de proteção jurídica em todos os meios alternativos de resolução de litígios.

O papel da Ordem dos Advogados e dos/as Advogados/as na concretização do artigo 20.º da CRP:

Constituem atribuições da Ordem dos Advogados:

- a) Defender o Estado de Direito e os Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos e colaborar na administração da Justiça;
- b) Assegurar o acesso ao Direito, nos termos da Constituição;

[artigo 3.º, als. a) e b), do EOA.]

No âmbito das suas obrigações para com a comunidade, deve o/a Advogado/a colaborar no acesso ao Direito (artigo 90.º, n.º

2, al. f), do EOA).

O/A Advogado/a está obrigado/a a defender os Direitos, Liberdades e Garantias, a pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas (artigo 90º, n.º 1).

O/A Advogado/a, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão, especialmente a que resulte dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao Tribunal ou a terceiros (artigo 89.º do EOA).

A efetivação dos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos, nomeadamente o acesso ao Direito e a tutela jurisdicional efetiva, só pode ser assegurada por Advogados/as dotados/as de aptidão técnica e profissional, em pleno exercício da sua liberdade e da sua independência. ■ *João Reis Teixeira*

“A primeira igualdade é a Justiça”, Victor Hugo



DISCURSO DE ABERTURA DO
2.º CICLO DE CONFERÊNCIAS
DAS COMEMORAÇÕES DOS 40
ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA PORTUGUESA

DR. ELDAD MÁRIO NETO

PRESIDENTE DA COMISSÃO DOS DIREITOS
HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Comemorar os 40 anos da aprovação da Constituição da República Portuguesa é, antes de mais, comemorar a data que a tornou possível, ou seja, o 25 de abril de 1974.

O dia em que Portugal, finalmente, saiu da noite escura da ditadura, facto que viria a tornar possível a aprovação da atual Lei Fundamental.

Por isso, é da mais elementar justiça que aqui prestemos homenagem a todos aqueles que, sobretudo os que já não se encontram entre nós, no dia 2 de abril de 1976, aprovaram o diploma que viria a constituir o alicerce da II.ª República, do Estado de Direito Democrático, da Liberdade e da Democracia.

Um país sem memória é um país pobre, sem exemplo, sem sentido de cidadania!

A Ordem dos Advogados orgulha-se! Foram tantos e tão generosos os/as Juristas e Advogados/as que se distinguiram na luta pela causa da liberdade, da livre expressão do pensamento e da fundação do Estado de Direito Democrático.

A todos eles o nosso “muito obrigado”.

As sucessivas revisões da CRP acompanharam o evoluir da sociedade portuguesa e os legítimos representantes dos Portugueses, na casa mais representativa dos seus anseios e ambições, a Assembleia da República, souberam encontrar, sempre, as soluções adequadas ao prosseguimento e imple-

mentação dos Direitos Fundamentais dos seus representados.

A criação do Tribunal Constitucional, como órgão de fiscalização da legalidade conforme à Lei Fundamental, merece o nosso aplauso e consideração. É um reduto dos Direitos, do viver em segurança, do viver em conformidade com a Lei Fundamental e com os princípios que a informam, sendo que, como sentimos, foram várias as tentativas de “sangramento” da legalidade constitucional.

A Ordem dos Advogados e a sua Comissão dos Direitos Humanos manter-se-ão vigilantes na denúncia aos atropelos dos Direitos Fundamentais da pessoa humana e erguerão bem alto a bandeira da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a “*carta mater*” da cidadania, da paz e da democracia, e exorta todos os órgãos de soberania, designadamente Sua Excelência o Senhor Presidente da República, a Assembleia da República e os Tribunais, ao cabal cumprimento, desde logo, do artigo 1.º da Constituição:

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Todos somos chamados e convocados a prosseguir tais desígnios!

Todos seremos corresponsabilizados pelas gerações futuras!

Todos seremos poucos para elevar, bem alto, o nome de Portugal! ■ *Eldad Mário Neto*



A CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA PORTUGUESA
COMO GARANTE DA JUSTIÇA E
DA SEGURANÇA JURÍDICA

DR.^A TERESA LEAL COELHO

DEPUTADA À ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA



Quando falamos de Constituição enquanto garante dos Direitos nela consignados surge uma percepção na sociedade civil de que a Constituição, enquanto catálogo de Direitos, é por si só garantística. Ora, sabemos que assim não é. A proclamação dos Direitos só será efetivada se acompanhada de meios de ação para o efeito. Por outro lado, é minha convicção que é pressuposto dos Direitos Fundamentais, escrito ou não escrito, o princípio da sustentabilidade financeira. Efetivamente, sem garantir as condições financeiras adequadas a um quadro sustentável de Justiça equitativa, por via das prestações sociais e económicas e da redistribuição, a eficácia do catálogo dos Direitos Fundamentais fica diminuída, onerando os destinatários no presente e no futuro quando se recorre ao endividamento para assegurar a despesa corrente. Por último, a garantia de um quadro normativo de Direitos Fundamentais depende de uma dinâmica mais abrangente que envolve os atores políticos, seja o legislador, o executivo e os Tribunais, bem como outras instâncias de poder político, sejam os agentes económicos e os atores na sociedade civil, muito particularmente também os/as Advogados/as. Quero com isto fazer uma referência ao imperativo de formação para uma cultura democrática e garantística dos Direitos Fundamentais, que deve estar materializada nas consciências individuais e na consciência coletiva.

Hoje comemoramos os “40 anos da Constituição da República Portuguesa”. De 1976 a 2016 ocorreram transformações estruturais em Portugal, na Europa e no Mundo que não podemos ignorar. É incontornável referir a queda do Muro de Ber-

lim, o desmembramento da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a unificação da Alemanha, o aprofundamento e o alargamento da União Europeia, as Primaveras Árabes e as respetivas derivas, a crise financeira, em suma, os fenómenos da globalização do Mundo em mudança e de geometria variável.

A Constituição da República Portuguesa, adiante designada por CRP 76, foi aprovada em contexto internacional bipolar e nasce manifestamente marcada por esse contexto. Precede, naturalmente, à nossa adesão às Comunidades Europeias, acontecimento que vem alterar o paradigma em que nos inseríamos. Também o aprofundamento e o alargamento da União Europeia são fatores supervenientes à CPR 76. Referi-me a opções de desígnio nacional que se operaram no atual quadro constitucional, concretizadas por manifestações de vontade soberana operadas através de cada processo de ratificação de tratados europeus, seja de adesão ou de revisão. Mas outros fenómenos sobre os quais a ação política não tem influência, não pode travar ou modificar – como o fenómeno da globalização – alteram de forma evidente as condições de contexto mundial. Também no plano normativo. E por mais que se proclame a soberania constitucional, qualquer versão do “*orgulhosamente sós*” não tem hoje enquadramento, seja de contexto, seja normativo, como, aliás, em rigor nunca teve no plano normativo, sobretudo em paradigma pós-westfaliano. Hoje, a ordem jurídica constitucional é (no mínimo) cooperativa no plano europeu e subordinada no plano global. Este contexto normativo é reflexo das condições de contexto so-



ciopolítico e económico globais. A realidade da globalização determina o plano normativo e condiciona-o. Por outro lado, já no plano do desígnio nacional, a construção europeia é modelada em função das condições de contexto numa lógica de interdependência fática.

Para acentuar a consolidação normativa da natureza subordinada das ordens jurídico-constitucionais à ordem jurídica constitucional global, relembro a afirmação da natureza imperativa e inderrogável do *ius cogens*, ainda em contexto bipolar, e em concreto a posição assumida pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas quando declarou nulo e de nenhum efeito o texto constitucional sul-africano adotado na sequência de um sufrágio que excluía uma parte substancial do povo.

Também a CRP 76 resultou aprovada com condicionalismo que considero traduzir um desvio ao princípio democrático na medida em que agrilhoada pelo pacto MFA/Partidos Políticos.

Na sequência da reflexão feita, não resistindo aos reptos que me foram lançados neste quadro dos 40 anos da Constituição, gostaria de fazer uso de alguma da minha experiência na anterior legislatura, na medida em que a anterior legislatura foi também marcada pela expressão de linhas conceptuais distintas em matéria de interpretação em contexto da CRP 76. É público e foi notório que a linha de orientação filosófico-política sustentada pela maioria parlamentar foi divergente da fundamentação apresentada em alguns acórdãos tirados pelo Tribunal Constitucional no que respeita a matérias orçamentais e financeiras. A interpretação da CRP 76 que reclamámos sustenta-se no paradigma normativo da integração europeia e dos compromissos firmados neste quadro, no pressuposto da sustentabilidade dos Direitos Fundamentais e na equidade intergeracional.

O Tribunal Constitucional é um instrumento absolutamente determinante de garantia da Constituição, mas, como já foi referido pelo Prof. Jorge Bacelar Gouveia, não só o Tribunal Constitucional, mas todos os Tribunais em sede da obrigação de desaplicação das normas que apreciem como inconstitucionais (artigo 204.º da CRP 76), que poderá dar origem a processos de fiscalização concreta, eu acrescentaria que essa é a primeira instância jurisdicional de garantia da Constituição, de garantia dos direitos consignados na Constituição.

Na verdade, embora a Constituição constitua uma materialização da Justiça, e aquilo de que me foi proposto falar foi da Constituição como garante da Justiça e da segurança jurídica, afirmando desde já que as posições que irei exprimir apenas me vinculam a mim própria, não constituindo vontade funcional, considero que a Constituição, por si só, não é garante de coisa nenhuma se os meios de ação não forem instrumentos garantísticos efetivos, e por isso mesmo a fiscalização concreta aqui referida é determinante para efeitos de materialização dos direitos na esfera jurídica das pessoas. Um extraordinário catálogo de Direitos Fundamentais não terá expressão concreta se o sistema de aplicação não for eficiente. Por outro lado, quando o que está em causa são prestações económicas, a sustentabilidade financeira é pressuposto do alcance e extensão dos Direitos Fundamentais consagrados.

Este sistema de fiscalização da constitucionalidade que passa pelos Tribunais e pelo Tribunal Constitucional, e que muito evoluiu nos 40 anos de Constituição, desde logo na revisão constitucional de 1982, pois sabemos que até 1982 a fiscalização estava cometida ao Conselho da Revolução, embora coadjuvado por uma Comissão Constitucional, e sabemos também que o Conselho da Revolução não era um órgão eleito, agora temos um órgão que só é composto por Juizes e professores de Direito que são eleitos pelo Parlamento (10) e cooptados (3), que têm uma legitimidade democrática indireta mas que faz toda a diferença.

O Prof. Jorge Bacelar Gouveia lançou-me o repto relativo à revisão da lei orgânica do Tribunal Constitucional, e falámos várias vezes na anterior legislatura sobre esta matéria, não só no sentido de racionalização dos recursos do Tribunal Constitucional e do aprofundamento de normas de rigor, que foram aqui referidas pelo Prof. Jorge Bacelar Gouveia que se devem aplicar aos Juizes do Tribunal Constitucional como a qualquer titular de cargo em órgão de soberania ou político. O meu entendimento pessoal sobre a matéria é que qualquer impulso de revisão da lei orgânica do Tribunal Constitucional (ou de qualquer outra lei) deve pretender sistematicamente aprofundar os mecanismos de rigor, mas julgo que a ordem jurídica portuguesa já consagra esses mecanismos de rigor, talvez estejamos num processo de readaptação num processo de constante aprofundamento democrático nos últimos 40 anos de Democracia, e estaremos nós e outras ordens jurídicas, não é algo que nos diga respeito só a nós. Não podemos negar que durante os últimos 40 anos de Democracia houve alguns privilégios e prerrogativas indevidas, bem como abusos



de outra natureza, mas não podemos estigmatizar nenhum segmento. Temos somente de aprofundar os instrumentos de prevenção, de fiscalização e de punição.

Não sei se vou desanimar os presentes com esta minha opinião pessoal, é meu entendimento que a revisão da lei orgânica do Tribunal Constitucional deve ser feita, por um lado, para acentuar as questões de rigor, mas sobretudo para dar condições mais adequadas à tarefa de que estão incumbidos os Juízes do Tribunal Constitucional. Defendo que as incompatibilidades dos Juízes devem ser reformuladas no sentido de permitir que os Juízes do Tribunal Constitucional, como quaisquer outros Juízes, possam exercer funções docentes com acumulação de remuneração. Não vejo porque não possa haver acumulação de rendimentos para os Juízes, desde que sejam provenientes de atividade docente ou de participação em conferências que não se enquadrem em nenhum paradigma de conflito de interesses, porque aí penso que aqueles que conhecem o meu pensamento sabem que, quanto aos conflitos de interesses, eu sou completamente adversa. Volto a acentuar que esta é uma opinião pessoal, o que significa que eu não estou aqui a anunciar nenhuma reforma legislativa, mas é uma opinião pessoal que eu naturalmente defendo em várias sedes e aqui também.

Por outro lado, defendo que se estabeleçam mecanismos legais que habilitem o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização abstrata, a consultar peritos individuais ou institucionais, nomeadamente em matérias orçamentais e financeiras. E, sempre que as matérias em apreciação tenham interdependência com o quadro normativo europeu, que se estabeleça tendencialmente o diálogo com instituições europeias. Defendo, ainda, que deve ser institucionalizada a audição dos autores das normas em apreciação em sede de fiscalização abstrata. Por outro lado, há que alterar alguns constrangimentos já identificados, como a aplicação das férias judiciais – que, como verificámos, pode obrigar a que o Tribunal Constitucional, numa versão reduzida (7 Juízes), decida por maioria de 4 Juízes matéria que foi aprovada por maiorias mais expressivas no plano parlamentar.

Nesta revisão, continuando a responder ao repto do Prof. Jorge Bacelar Gouveia e ao acordo que fiz com a Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados, eu entendo que devem ser dadas melhores condições ao Tribunal Constitucional e aos Juízes do Tribunal Constitucional. Julgo que devemos criar condições mais apelativas para que o recrutamento dos

Juízes possa ser feito num universo mais alargado.

Assim, sobre este ponto, conluo afirmando que a dinâmica interinstitucional deve ser aprofundada por forma a habilitar o Tribunal Constitucional a cada vez mais decidir com informação técnica privilegiada e com efetiva ponderação da fundamentação do legislador. Estarão todos os presentes de acordo que nem a Assembleia da República nem o Governo têm como intenção desvirtuar a Constituição ou violar a Constituição. Há, no entanto, quadros conceptuais e constrangimentos normativos europeus e internacionais, bem como informação técnica, que são determinantes no processo de decisão política e que devem instruir os processos de fiscalização das medidas por forma a habilitar plenamente a compreensão do contexto da medida pelo Tribunal Constitucional. E a história recente demonstrou que até os prazos da divulgação da decisão são relevantes. No recente período de intervenção externa e de dependência das avaliações da *troika* para efeitos de libertação de tranches do empréstimo necessário para assegurar a despesa corrente do Estado, houve pelo menos uma decisão divulgada em vésperas de produção do relatório pela *troika* que, adiada 24H ou 48H, teria salvaguardado interesse nacional de especial relevo no contexto de emergência financeira que então vivíamos. E há que avaliar os impactos nos mercados, no investimento e no financiamento. Estando Portugal dependente de financiamento e investimento externos, os efeitos colaterais das medidas e das decisões tomadas cá dentro devem ser avaliados também em função do respetivo impacto externo. Julgo tratar-se de matéria de relevante interesse nacional.

Por último, julgo que o Tribunal Constitucional deve abster-se de juízos de ponderação política. Na pendência da anterior legislatura fui crítica de algumas decisões do Tribunal Constitucional. Considero que em alguns momentos o Tribunal Constitucional proferiu decisões com juízos de ponderação política que não lhe competem. Aliás, esta crítica está muito bem retratada num muito bem fundamentado voto de vencido pela Vice-Presidente do Tribunal Constitucional, Conselheira Lúcia Amaral.

Porque o Tribunal Constitucional e os Tribunais em geral são instrumentos garantísticos da Constituição e da lei, estes mecanismos e limites devem estar muito bem definidos na lei. A CRP 76 permite que a Assembleia da República suplante uma pronúncia de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, recorrendo a uma maioria de confirmação do veto por inconstitucionalidade que é uma maioria de dois terços,



precisamente dando prevalência à separação de poderes e, designadamente, à prevalência do poder constituinte distribuído ao Parlamento. Coloquei em perspetiva a dinâmica entre a Assembleia da República e o Tribunal Constitucional, isto porque pretendi lançar o foco para o poder legislativo, os limites jurídicos e os mecanismos de fiscalização. Posto isto, penso que respondi ao repto do Prof. Jorge Bacelar Gouveia, mas neste sentido em que considero que cada vez mais temos de dar mais condições aos Tribunais comuns e ao Tribunal Constitucional para o exercício das respetivas funções, tão determinantes para a qualidade da ordem jurídica. Ainda hoje ouvi o resultado do inquérito de opinião em que os cidadãos portugueses colocaram no topo das prioridades de acordo de regime precisamente a Justiça.

Voltando à Constituição como garante da Justiça e da segurança jurídica, temos uma Constituição que faz 40 anos, temos uma Constituição – e não é segredo para ninguém – que nasceu de uma Assembleia Constituinte eleita por sufrágio universal, igual, direto e secreto, mas condicionada pelo pacto MFA/Partidos Políticos. Não posso deixar de repetir a referência a este facto e também acentuar que gosto sempre de relembrar que, em 1984, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (apesar da sua configuração aristocrática e em sistema bipolar) declarou nula e de nenhum efeito a Constituição sul-africana por não ter sido adotada na sequência de um sufrágio universal. Não tem comparação o regime sul-africano em 1984 e o contexto da aprovação da CRP 76, dir-me-ão, não tem comparação, é verdade! Ainda bem que não tem comparação, mas serve para relembrar o contexto à época, para memória presente e futura.

Para terminar, quero reafirmar mais duas questões: em primeiro lugar, quando olhamos para a Constituição em 2016 não nos podemos esquecer o que se passou nestes 40 anos de Constituição, seja no que reporta à globalização, seja no que reporta à nossa integração na União Europeia e aquilo que foram os compromissos que nós assumimos nesse paradigma, aquilo que nós ambicionámos quando iniciámos o processo de integração europeia e quando começámos o processo de integração – estamos a falar da Comunidade Económica Europeia (CEE) –, o que ambicionámos coletivamente e aqueles que nos representaram e que tiveram um papel absolutamente fundamental nesse processo de integração europeia. Ambicionávamos ir ao encontro daquilo que o Tribunal de Justiça da União Europeia apelida, de uma forma muito feliz, como uma *ordem jurídica de qualidade*. E esta ambição, esta garantia de

uma ordem jurídica de qualidade, referindo-se à ordem jurídica da União Europeia, e que está expressa em diversos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, é uma ordem jurídica que se traduz precisamente no grau de eficiência garantística dessa ordem jurídica. É determinante que a ordem jurídica tenha os instrumentos adequados para garantir efetivamente os direitos que são reconhecidos e também, naturalmente, os deveres..... exigir a todos as responsabilidades, seja aos titulares de cargos públicos, seja aos cidadãos.

Em segundo lugar, e no que diz respeito aos Direitos Fundamentais, termino dizendo que a Constituição devia ser mais bem conhecida pelos cidadãos portugueses, o constitucionalismo devia ser mais bem ensinado e compreendido. Costumo dizer aos meus alunos na universidade que as declarações de direitos devem ser lidas (não em sentido literal) – seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), seja a declaração de independência dos EUA e muitas outras declarações de direitos –, devem começar a ser compreendidas a partir dos três anos de idade.

Eu dou aulas no 1.º ano de Direito e quando peço, na primeira aula, que ponham o braço no ar aqueles que já leram a declaração de independência dos EUA, que é fundacional do constitucionalismo moderno, como sabemos, ou a DUDH, ou qualquer outra, são poucos os que já leram ou que leram na íntegra. A Democracia consolida-se em grande medida pela cidadania e é a participação dos cidadãos que condiciona e/ou inspira o poder político representativo, o que é absolutamente determinante para que os direitos sejam garantidos.

O meu último ponto vai, de novo, para uma referência à integração europeia. Eu não sou dos que considera que o Direito da União Europeia prima sobre a Constituição, porque eu entendo que a lógica é a de um relacionamento de dualismo jurídico nessa matéria, mas há muitos em Portugal que o defendem, alguns companheiros meus. O atual primeiro-ministro tem algo escrito sobre esta matéria, defendendo o primado do Direito da União Europeia, inclusive, sobre a Constituição. Eu entendo que há um dualismo jurídico, mas entendo (aliás, como a jurisprudência da UE) que tem de haver interpretação conforme, mas não estou a estigmatizar quem pensa de maneira diferente, porque hoje temos firmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos provocados em razão da violação do Direito da União Europeia, e esse princípio aplica-se ao Estado legislador, ao Estado executivo ao Estado judicial. ■ *Teresa Leal Coelho*



ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA
– A REFORMA JUDICIÁRIA
E A COMPRESSÃO DOS
DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONALMENTE
CONSGRADOS

**DR. ANTÓNIO
JAIME MARTINS**

PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL
DE LISBOA DA ORDEM DOS ADVOGADOS



Foi honrado que aceitei o convite que me dirigiu a Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados, Dr.^a Elina Fraga, para abordar o tema do “Acesso ao Direito e à Justiça – A Reforma Judiciária e a Compressão dos Direitos e Garantias Constitucionalmente Consagrados”, volvidos que estão 42 anos sobre o 25 de abril de 1974 e 20 anos sobre a aprovação pela Assembleia Constituinte da Constituição da República Portuguesa.

O tema em causa, sendo apropriado e o momento oportuno, não deixa de encerrar as suas dificuldades e mesmo incomodidades várias, mas, por isso mesmo, não deixa de ser simultaneamente aliciante e de constituir indeclinável desafio.

1. O acesso ao Direito e aos Tribunais: o eterno problema da morosidade da Justiça.

Os preceitos constitucionais respeitantes aos Direitos, Liberdades e Garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas (artigo 18.º, n.º 1, da CRP).

A lei só pode restringir os Direitos, Liberdades e Garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

Deste modo, as leis restritivas de Direitos, Liberdades e Garantias devem, além de revestir carácter geral e abstrato,

respeitar os princípios constitucionais da necessidade, da proporcionalidade, da não retroatividade e da salvaguarda do conteúdo mínimo essencial.

É, do mesmo modo, decorrência da Lei Fundamental que os órgãos de soberania não possam suspender o exercício dos Direitos, Liberdades e Garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição (artigo 19.º, n.º 1, da CRP).

E a verdade é que, compulsado o catálogo das exceções ali previstas (artigo 19.º, n.º 2, da CRP), a falta de verba no Orçamento do Estado para a Justiça não constitui fundamento constitucionalmente reconhecido para justificar uma qualquer “suspensão” – que, por ser uma mera “suspensão”, sempre teria de ser temporária – do direito dos cidadãos de acesso aos Tribunais, como o mesmo é, expressa e inequivocamente, consagrado nos artigos 20.º, n.ºs 1 e 2, e 208.º da CRP.

Com efeito, pode ler-se no n.º 1 do artigo 20.º da CRP, com a epígrafe “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”, que “a todos é assegurado o acesso ao Direito e aos Tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos”, não podendo a Justiça “ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

Trata-se, como tem sido defendido pelo Tribunal Constitucional e pela melhor doutrina constitucionalista, de um “direito fundamental de natureza análoga aos Direitos, Liberdades e



Garantias”, sendo-lhe, consequentemente, aplicável, *mutatis mutandis*, o mesmo regime.

E que, por isso, coadjuvados pelo n.º 2 do mesmo artigo 20.º da CRP, podemos referir que a todos os cidadãos, independentemente da sua condição socioeconómica, deve ser assegurado que possam recorrer aos Tribunais para reconhecimento dos seus direitos e interesses legítimos e que para tal possam ser acompanhados por Advogado/a que lhes garanta o patrocínio judiciário, devendo os honorários deste, em caso de insuficiência económica, ser suportados pelo Estado. Resulta de igual modo da Lei Fundamental que aos cidadãos seja garantido o direito a informação e consulta jurídicas, o que, por força da Lei dos Atos Próprios dos Advogados e Solicitadores (Lei n.º 49/2004, de 24.08.), deve por estes ser exclusivamente assegurado.

Acresce, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 20.º da CRP, que a decisão que os cidadãos têm direito a ver proferida, ou seja, “em prazo razoável e mediante processo equitativo”, devendo os procedimentos judiciais ser “caracterizados pela celeridade e prioridade”, de modo a que a tutela seja “efetiva e em tempo útil”.

O que nos coloca perante o eterno problema da morosidade da Justiça e da inerente e consequente “suspensão” indevida e ilegítima do direito de acesso à mesma, que desde há 40 anos se vem colocando e que o Estado e a sociedade portuguesa não lograram ainda conseguir resolver.

2. Os Tribunais, os Magistrados e os/as Advogados/as.

Ora, para garantir um sistema público de Justiça, o legislador constitucional previu a existência de Tribunais, de Magistrados e de Advogados/as.

“Os Tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a Justiça em nome do povo”, competindo-lhes “assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (artigo 202.º, n.ºs 1 e 2, da CRP).

Na “administração da Justiça” os Tribunais são independentes, estando apenas submetidos ao previsto na lei (artigo 203.º da CRP).

“As decisões dos Tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quais-

quer outras autoridades” (artigo 205.º, n.º 2, da CRP), sendo o resultado de audiências “públicas, salvo quando o próprio Tribunal decidir o contrário (...) para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento” (artigo 206.º da CRP).

Não obstante que o n.º 4 do artigo 202.º da CRP preveja que o Estado pode “institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”, entendo que um Estado de Direito democrático não deve abdicar de ter uma máquina judicial de resolução de conflitos moderna e eficaz. Na realidade, a mediação, a conciliação e, em geral, todos os meios alternativos de resolução de conflitos, incluindo os Tribunais arbitrais, devem ser, por um lado, isso mesmo, isto é, alternativos, e, por outro, de escolha totalmente voluntária e não obrigatória.

Na verdade, a Lei Fundamental permite ao Estado a criação de meios alternativos sejam eles jurisdicionais – v. g., os Tribunais arbitrais – ou não jurisdicionais – v. g., a conciliação e a mediação –, mas não lhe permite substituir os meios jurisdicionais públicos por não jurisdicionais e jurisdicionais de natureza privada.

Durante a última década, assistimos a uma paulatina mas continuada “privatização” da Justiça, ora feita diretamente – por ato intencional e expressamente dirigido à desjudicialização traduzida no desaforamento dos litígios –, ora feita indiretamente – através da desqualificação da Justiça, seja através da falta de recursos humanos, seja através da desqualificação das tradicionais profissões do judiciário.

Ora, a Justiça é feita por homens e mulheres, Magistrados/as Judiciais, Magistrados/as do Ministério Público e Advogados/as. E qualquer reforma do judiciário dificilmente terá sucesso se não for compreendida e aceite por estes profissionais, que são os atores do teatro real que é a vida judiciária.

E, por isso, a Lei Fundamental consagra o estatuto de inamovibilidade dos Juizes, que não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos expressamente previstos na lei (artigo 216.º, n.º 1, da CRP). E consagra a sua irresponsabilidade e exclusividade, competindo a nomeação, a colocação, a transferência e a promoção dos Juizes dos Tribunais judiciais e o exercício da ação disciplinar, não ao poder político, mas ao Conselho Superior da Magistratura (artigos 216.º, n.ºs 2 e 3, e 217.º da CRP).



Uma reforma que ponha na prática em causa o referido estatuto constitucional dos Juizes – onde se deverá incluir o respetivo estatuto remuneratório –, o qual visa assegurar a condignidade do exercício independente e em exclusividade da judicatura, não poderá ser bem-sucedida.

Por outro lado, ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, em especial exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade, gozando de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei (artigo 219.º, n.ºs 1 e 2, da CRP).

Uma magistratura do Ministério Público que se traduza num corpo de profissionais enfraquecido e carenciado de meios terá, apenas para limitar a análise ao campo da ação penal, um resultado trágico para a sociedade, correspondendo-lhe um Estado incapaz de perseguir os infratores e os criminosos, criando no cidadão a sensação de impunidade e a insegurança que lhe corresponde.

Eis-nos chegados aos profissionais do foro aos quais compete a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, os/as Advogados/as, pedindo a vossa compreensão se a estes dispensar um pouco mais da minha atenção.

Na realidade, os/as Advogados/as, ao longo dos tempos, sempre desempenharam um papel central na representação dos interesses dos seus mandantes, contribuindo para a justa composição dos conflitos e para a pacificação das relações sociais. Com a eclosão das hodiernas democracias ocidentais, a Advocacia assumiu a liderança na defesa dos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos e do acesso destes ao Direito, princípio estruturante de qualquer Lei Fundamental de um moderno Estado de Direito Democrático.

Os/as Advogados/as fazem parte integrante dos Tribunais, com os Magistrados/as Judiciais, os Magistrados/as do Ministério Público e os Funcionários/as Judiciais. Todos e cada qual devem estar preparados para cumprir integralmente os seus papéis e, quando digo integralmente, refiro-me não só à preparação técnico-jurídica necessária para o exercício das suas funções, mas terem também a clara perceção – que tem de existir em todos os atores do judiciário – que a razão de ser de qualquer sistema de Justiça é a de servir os cidadãos e as empresas que a ele têm de recorrer para salvaguarda dos seus direitos e interesses legítimos. Uma Justiça que não cumpra prazos razoáveis de decisão, pouco uniformizada ou que não

seja compreendida pelos seus destinatários não cumpre o seu papel. A confiança dos cidadãos no sistema de Justiça é, pois, a pedra de toque da sua utilidade para a sociedade civil e para o desenvolvimento do tecido empresarial de um país.

Da desacreditação das tradicionais profissões do judiciário e dos Tribunais enquanto órgãos de soberania que devem administrar a Justiça em nome do povo, seja de forma voluntária ou involuntária, por ação ou omissão, aos fenómenos da desjudicialização e da desjurisdicionalização, vai apenas um pequeno passo. Neste cenário, aquelas são apresentadas como panaceia para resolução de todos os males, pois ambas aliviam o Estado do gasto com a Justiça e têm ainda o condão de limpar da estatística oficial o adjetivado de excesso de litigância e elevada pendência. Mas a verdade é que nenhuma delas resolve o problema do acesso à Justiça e aos Tribunais.

E, na realidade, os fenómenos do desaforamento e da subtração das atribuições dos Magistrados aparecem-nos sob as mais diversas formas:

- Através da proliferação de meios alternativos de resolução de conflitos, inicialmente facultativos para depois se tornarem obrigatórios;
- Através da proliferação de julgados de paz, onde a independência e a preparação técnica de quem julga não estão em muitos casos asseguradas;
- Através da penalização do recurso à via judicial, em que o acesso à Justiça é penalizado com taxas de justiça elevadíssimas, com taxas agravadas na litigância de massa, com taxas agravadas para as ações ditas complexas ou com taxas que penalizam as partes que pudessem ter recorrido a estruturas de resolução alternativa de litígios;
- Através do encerramento e da desqualificação dos Tribunais, fechando-os e retirando-lhes competências, assim afastando a Justiça dos cidadãos; ou, muito simplesmente
- Sob a forma de desqualificação dos profissionais do judiciário, reduzindo as exigências no acesso às tradicionais profissões do judiciário, como aconteceu recentemente com as alterações introduzidas ao Estatuto da Ordem dos Advogados, ou substituindo os Magistrados Judiciais e os/as Advogados/as por outros profissionais menos qualificados e dependentes do trabalho que o Estado lhes vai garantindo.



Tem, com efeito, o Estado, nesta última década, delegado o exercício dos seus poderes de autoridade em estruturas e profissões privadas, desvalorizando o valor da cultura de independência da tradicional e mais antiga profissão do judiciário que são os Magistrados Judiciais.

O mesmo se tem passado com os/as Advogados/as, profissão do judiciário com consagração constitucional, os quais são os garantes de importantes funções do Estado que através deles as concretiza, como é o “acesso ao Direito e aos Tribunais” e o “patrocínio judiciário” (artigo 20.º, n.ºs 1 e 2, da CRP), seja através do exercício do mandato forense, seja como patronos e defensores no âmbito do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais (SADT). Os/as Advogados/as constituem “elemento essencial da administração da Justiça” (artigo 208.º da CRP), sendo-lhes com esse propósito conferidas garantias e imunidades no exercício do mandato forense, num claro e inequívoco reconhecimento da relevante função social de interesse público da profissão.

Atente-se, aliás, na redação do artigo 13.º da Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/1013, de 26.8), com a epígrafe “Imunidade do mandato conferido a Advogados”, nos termos do qual o legislador “assegura aos Advogados as imunidades necessárias ao exercício dos atos próprios de forma isenta, independente e responsável, regulando-os como elemento indispensável à administração da Justiça”, e que, para “garantir o exercício livre e independente de mandato”, lhe assegura “as imunidades necessárias a um desempenho eficaz, designadamente:

- a) O direito à proteção do segredo profissional; b) O direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão; c) O direito à especial proteção das comunicações com o cliente e à preservação do sigilo da documentação relativa ao exercício da defesa; d) O direito a regimes específicos de imposição de selos, arrolamentos e buscas em escritórios de Advogados, bem como de apreensão de documentos”.

É a mesma missão de interesse público da profissão que justifica, no plano da sua Ordem – a mais antiga das ordens profissionais, criada pelo Decreto n.º 11.715, de 12 de junho de 1926 (regulamentada pelo Decreto n.º 12.334, de 18 de setembro do mesmo ano) –, o dever de colaboração para com os seus órgãos das entidades públicas, autoridades judiciais, policiais e particulares (artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, do EOA).

Aliás, atentas as garantias e imunidades que a Constituição e a lei conferem aos/às Advogados/as para o exercício da profissão, não se compreende que em sede da última revisão legislativa do Estatuto que regula o exercício da profissão o legislador tenha rejeitado a proposta da Ordem dos Advogados de ali prever a certificação dos atos próprios dos/as Advogados/as, continuando-se, na prática, a permitir que se defraudem os cidadãos e as empresas, permitindo que terceiros não qualificados pratiquem em seu nome atos que só devem – só podem – ser praticados por Advogados/as e Solicitadores.

Tais garantias e imunidades, constitucional e legalmente garantidas aos/as Advogados/as, têm como objetivo criar condições para que estes profissionais preservem o segredo profissional, uma das pedras angulares do direito de defesa dos arguidos em processo penal, como já reconhecido em diversa jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal Constitucional.

É minha convicção que o segredo profissional tem recentemente sido, de forma fácil e pouco ponderada, colocado em causa, a ponto de entender que o regime da salvaguarda do sigilo profissional dos/as Advogados/as deva ser revisto. Na verdade, banalizaram-se nos últimos tempos a realização de buscas a escritórios de Advogados, não porque os/as Advogados/as tenham cometido qualquer ilícito, mas para lhes apreender correspondência, discos rígidos e outros suportes informáticos que permitam incriminar os seus constituintes. A constituição dos/as Advogados/as como coarguidos em processos sem que existam indícios muito sérios e fortes da prática de ilícito penal tem apenas como efeito impedi-los de exercer o mandato em processos nos quais tenham sido constituídos defensores. O direito de defesa constitui, num Estado de Direito democrático, um direito fundamental dos cidadãos e o mesmo não deve – não pode – ser posto em causa por qualquer prática judiciária que se queira generalizar de quebra sistemática do segredo profissional ou de constituição dos/as Advogados/as como arguidos. Num Estado de Direito democrático a ação penal exerce-se com respeito pelos Direitos, Liberdades e Garantias de todos, em liberdade e com liberdade, devendo o judiciário abster-se de quaisquer práticas que, na dúvida, debilitem o direito de defesa dos arguidos e coloquem em causa a dignidade pessoal e profissional de outros profissionais do foro como são os/as Advogados/as.



3. O Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais (SADT).

Mas a independência e a dignidade do direito de defesa dos cidadãos devem ser igualmente preservadas no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais (SADT).

Com efeito, um modelo de participação dos/as Advogados/as no Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais que não seja condigno ou dignificante para o exercício da profissão diminui a defesa dos cidadãos que ao mesmo recorrem, que são os mais frágeis. E por isso se deve rejeitar em absoluto um modelo de acesso ao Direito funcionalizado, próximo ou mesmo preparatório do modelo do “defensor público”, em que o/a Advogado/a, mais cedo ou mais tarde, passa a depender diretamente do Ministério da Justiça, perdendo por completo a sua independência, liberdade e autonomia.

Por outro lado, o sistema deve servir para garantir o acesso à Justiça por parte dos verdadeiramente necessitados, quer porque não têm meios que lhe permitam suportar a demanda, quer porque têm direitos e interesses efetivos a acautelar. Convém, por isso, introduzir alterações à legislação que afastem do sistema os utilizadores crónicos e abusivos, que têm vinte, trinta e cinquenta patronos para propor ações e que recorrem aos Tribunais de forma compulsiva, sem que lhes assista verdadeiramente qualquer direito ou interesse legítimo, seja substantivo, seja adjetivo.

Por fim, refira-se a urgente necessidade de ser melhorada a interoperabilidade das plataformas informáticas que servem de suporte aos Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais, além da introdução de funcionalidades que tornem justo e atempado o sistema de pagamentos aos que nele participam.

4. A Reforma Judiciária de 2014.

Como estaremos seguramente todos recordados, o ano de 2014 ficou marcado pela entrada em vigor da última reorganização judiciária, tendo em agosto de 2013 sido publicada a Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei n.º 62/2013, de 26.08.) e, em março de 2014, a respetiva regulamentação (DL n.º 49/2014, de 27 de março).

A nova organização judiciária saída daqueles diplomas ditou que as duzentas e trinta e uma comarcas fossem substituídas por vinte e três grandes comarcas, que, no geral, coincidem com os distritos administrativos, à exceção de Porto e Lisboa

que são divididas em duas e três comarcas.

Foram encerrados vinte Tribunais e outros vinte e sete passaram a funcionar como secções de proximidade. Entre estas, apenas algumas asseguram a realização de julgamentos e outras diligências.

Ora, tudo o que afaste os Tribunais dos cidadãos não pode em consciência ter o aval dos/as Advogados/as e da sua Ordem, sendo que a Justiça, em momento algum, poderá deixar de constituir um serviço de proximidade às populações, em especial às do interior do país.

E por isso mesmo merecem o aplauso da Advocacia as medidas que constam do *Plano Justiça + Próxima*, recentemente publicado pelo Ministério de Justiça do XX Governo Constitucional, que contribuem para a reaproximação da Justiça ao cidadão, em especial as que passam pela possibilidade de realização de julgamentos nas secções de proximidade e nos Tribunais que perderam valências e a possibilidade de realização de videoconferências entre instâncias da mesma comarca.

Contudo, se é verdade que muitas das medidas ali anunciadas permitirão tornar a Justiça mais próxima do cidadão, não é menos verdade que, como todos infelizmente sabemos, existem muitos outros problemas por resolver.

E, desde logo, estão por resolver muitos dos problemas criados pelo colapso do CITIUS no último trimestre de 2014 e pelos cerca de oito meses de atraso que a reorganização do mapa provocou entre abril e dezembro de 2014. Há milhares de execuções que aguardam tramitação nas instâncias centrais de execução para as quais migraram, e os tempos de resposta nas secções de execução com número de funcionários e Juízes manifestamente insuficiente para o elevadíssimo número de processos são difíceis de perceber, a não ser numa lógica que poderá ter estado subjacente à reforma judiciária de 2014, que foi a de retirar dos Tribunais as execuções, esquecendo que o processo executivo é, em muitos dos seus aspetos, um processo jurisdicional no que diz respeito à defesa dos direitos dos executados, que passa muitas vezes pela preservação do direito à habitação e outros que, por razões evidentes, não podem ser decididas por um profissional que age movido para dar satisfação à pretensão do exequente. Nas execuções, estando em causa muitas das vezes a subsistência dos cidadãos e a sobrevivência das empresas, não é



admissível que os mesmos possam estar meses ou anos com as suas contas e créditos penhorados, porquanto ninguém consegue estar tanto tempo sem prover ao sustento do seu agregado ou pagar aos seus trabalhadores.

Na Justiça penal, a mediatização da Justiça fez tábua rasa do segredo de justiça na vertente em que o mesmo constitui uma garantia da presunção de inocência dos arguidos. O respetivo regime deve, pois, ser revisto, iniciando-se uma discussão pública séria sobre a manutenção do atual regime.

Nas secções de família e menores, a nova lei do processo tutelar cível, com muitas imperfeições, em nada veio ajudar e a falta crónica de Magistrados faz com que se possa continuar a ter moratórias de um ano e mais para regular mesmo que provisoriamente a guarda de menores. O processo de regulação de menores deveria ser um processo da criança, mas os pais e o legislador têm sido os atores principais.

Na instância administrativa, na qual o Estado e as entidades públicas são réus, os processos arrastam-se de modo paquidémico e a plataforma informática de suporte (o SITAF) constitui anacronismo a substituir, mais não seja pelo CITIUS ou plataforma equiparável.

Na instância tributária, também os atrasos crónicos têm paralisado empresas e reduzido a sua capacidade de investir ou de concorrer a concursos públicos, durante por vezes uma década ou mais, enquanto o processo é discutido.

Há por isso – ninguém de nós dúvida – muita coisa a fazer!

E o que dizer das atuais taxas de justiça que servem de claro entrave ao recurso dos cidadãos e empresas à Justiça civil? Se no acesso ao Direito a exigência para beneficiar de Justiça gratuita é ao nível da indigência, aqui passa-se exatamente o oposto. A Justiça para o cidadão dito da classe média ou

remediado e para a pequena e média empresa é cobrada como sendo um “bem” de luxo. Se a reforma judiciária trouxe, como alguns defendem, a racionalização dos gastos do Estado com a Justiça, é altura de o fazer refletir nas taxas de justiça, pugnando-se pela sua urgente revisão em baixa.

Uma última referência para o relevantíssimo papel que o Tribunal Constitucional tem desempenhado na última década na defesa dos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos, para o que aqui releva, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

No entanto, crê-se que se poderá ir muito mais além se deixarem de ser aplicadas por iniciativa do próprio Tribunal as atuais exorbitantes custas judiciais e for adotada uma interpretação menos restritiva na admissão dos recursos. Ambas as práticas têm limitado severamente o direito dos cidadãos e das empresas a ver apreciado aquilo que julgam ser uma interpretação no seu processo menos conforme à Constituição da República Portuguesa. Com efeito, se no processo civil se procurou na lei adjetiva aprovada em 2013 privilegiar a justiça material, em desprimor da formal, rejeitando que o incumprimento de rituais adjetivos pudesse impedir a apreciação do que verdadeiramente interessa, ou seja, a pretensão do utente da Justiça, permito-me dizer que, também em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, por maioria de razão, o mesmo se deve verificar.

Em conclusão, uma reforma judiciária pensada e implementada de “costas voltadas” a todas ou algumas das circunstâncias que se acabam de mencionar dificilmente poderá resultar numa melhoria ou aperfeiçoamento do sistema de Justiça e comprometerá o desígnio do Estado de garantir, em definitivo, aos cidadãos, como é sua obrigação constitucionalmente positivada, uma Justiça que produza decisões justas, em tempo útil e a um preço que a todos permita a sua acessibilidade. ■

António Jaime Martins



OS RECURSOS PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ¹

PROF. DOUTOR JORGE BACELAR GOUVEIA

PROFESSOR CATEDRÁTICO



1. Gostaria de salientar a importância desta cerimónia de exaltação dos 40 anos da Constituição: realmente, não é um momento qualquer. Já tenho um pouco mais de 40 anos, mas 40 anos na vida de uma Constituição é um tempo razoável. E até conheço Constituições que, tendo sido feitas, nunca lograram entrar em vigor e, inversamente, outras que têm mais de 200 anos de vida.

Mas, na verdade, a idade da nossa Constituição é uma idade boa e, sobretudo, devemos louvar esse tempo porque é um tempo em que a Constituição cumpriu o seu papel e chegou à realidade constitucional. É isso o que interessa e o que fica, não obstante as várias revisões que já sofreu, ou não obstante algumas controvérsias jurídicas e políticas que viveu durante estes 40 anos.

Este mês é, além do mais, um mês de pequenas comemorações na comemoração maior do 40.^o aniversário natalício da Constituição: foi a 2 de abril de 1976 a sua aprovação na Assembleia Constituinte, embora um partido tivesse votado contra, e nesse mesmo dia ocorreu a sua promulgação pelo Presidente da República de então, o General Francisco da Costa Gomes; depois, foi a 10 de abril de 1976 que o seu texto foi publicado no *Diário da República*, precisamente no primeiro dia em que o jornal oficial de Portugal – que se chamava *Diário do Governo* – passou a ter este novo nome, o qual, aliás, foi sugerido por um deputado da Constituinte

e grande professor de Direito (infelizmente prematuramente falecido), o Prof. Carlos Mota Pinto; e ontem, 26 de abril de 2016, perfizeram-se, exatamente, 40 anos da entrada em vigor da Constituição, em 25 de abril de 1976.

2. O tema que me foi sugerido foi o dos recursos para o Tribunal Constitucional. Devo dizer que aqui a comissão organizadora deste colóquio me “pregou uma partida”. Como me atrasei na indicação do tema, a certa altura disseram-me que o tema iria ser este, e pronto... Bem, então pensei: se um constitucionalista fala sobre qualquer coisa relativa à Constituição, também está habilitado a falar sobre este tema.

Faço-o, agora sem qualquer gracejo, com muito gosto, porque também sou Advogado e tenho tido ocasião de intervir em processos que especificamente incluíram recursos para o Tribunal Constitucional.

3. Gostaria de enquadrar a questão dos recursos para o Tribunal Constitucional num tema mais geral, o da garantia da Constituição. Isso ainda se explica por ter sido esse tema muito importante na anterior Constituição, que a Constituição de 1976 veio revogar, a Constituição de 1933, texto constitucional de má memória: a tal Constituição que foi referendada em 1933 mas em cujo plebiscito, curiosamente, as abstenções eram contadas como votos a favor...

¹ Transcrição adaptada da intervenção realizada em Lisboa, no dia 26 de abril de 2016, no âmbito da sessão comemorativa organizada pela Ordem dos Advogados.



Isto dizia tudo sobre a natureza do sistema político que esse texto constitucional de 1933 formalizou, pois que o regime da II – ou da não – República (depende da perspectiva) foi um regime que teve duas fases: a da ditadura militar, desde o golpe militar de 28 de maio de 1926 até 1933; e uma segunda fase, após a aprovação da Constituição de 33, que foi feita por um Conselho Nacional, mas em que, evidentemente, a mão do professor Salazar foi determinante.

Um dos problemas que essa Constituição tinha era a da quase total ausência de mecanismos de defesa da própria em relação à ordem constitucional. Poderão alguns dizer que, mesmo que tais mecanismos existissem, isso não serviria de nada, porque tínhamos uma Constituição autoritária, nominal ou semântica, conforme as interpretações de cada um.

Tal é seguro até certo ponto, porque mesmo no anterior regime da Constituição de 1933 havia um regime de fiscalização da constitucionalidade, mas pouco efetivo, havendo até uma distinção habilidosa entre a inconstitucionalidade material, por um lado, e a inconstitucionalidade formal e orgânica, por outro.

O facto é que as poucas decisões que existiram não tiveram qualquer impacto, porque, do ponto de vista substantivo, o assunto estava arrumado para nunca se chegar à dimensão adjetiva de haver recursos efetivos para os Tribunais no sentido de fazerem prevalecer a Constituição.

É que na parte mais sensível dos direitos fundamentais, a Constituição até os tinha enunciado em termos quase similares a todos os que temos agora, mas pelo célebre ponto 2.º do artigo 8.º se permitia que, por lei ordinária, o legislador estabelecesse as restrições que muito bem entendesse para evitar a “perversão da opinião pública”. E, com efeito, fê-lo: criou a censura, controlou as associações, proibiu os partidos políticos. Em resumo: através da lei ordinária esvaziou por completo aquilo que era bom e que estava atribuído pela própria Constituição.

4. Ora, é precisamente nesta matéria da efetividade de os Tribunais intervirem para defender a Constituição que a partir de 1976 tudo mudou e para muito melhor.

Como é evidente, a ordem constitucional transfigurou por completo o sistema político, o sistema económico e o sistema social. Tudo se alterou radicalmente também ao nível

do sistema da justiça e, em particular, no que respeita à fiscalização da constitucionalidade, embora essa mudança não tivesse sido feita de uma só vez.

Na primeira versão da Constituição de 1976 não se criou o Tribunal Constitucional. Tínhamos uma fiscalização feita a duas mãos, através do Conselho da Revolução – que era constituído apenas por militares, a quem tinham sido atribuídas competências de fiscalização da constitucionalidade das leis – e através de um órgão consultivo, também deliberativo na fiscalização concreta, a Comissão Constitucional.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional não é um ganho da versão primitiva da Constituição, mas foi um bom resultado importante – que saúdo – da revisão constitucional de 1982, tendo começado a funcionar em abril de 1983.

Desse ponto de vista, há todo um sistema que se transformou com a Constituição de 1976: não só na efetividade que passou a ser atribuída a um poder judicial verdadeiramente independente e imparcial, além de um Estatuto dos Juizes respeitado como deve ser respeitado; como também na consagração, de forma específica, de um modelo – que tem o seu quê de original – que a Constituição de 1976 passaria a consagrar depois da revisão de 1982.

5. Antes de vermos esse sistema, qual a relação disto com a garantia da Constituição?

É simples: qualquer Constituição tem de ter mecanismos de garantia, porque, de contrário, desaparece na primeira esquina e não há nenhuma Constituição que queira desaparecer na primeira esquina. Por pior ou melhor que seja, qualquer Constituição tem sempre uma vocação de eternidade: essa é a verdade, mesmo que não esteja lá escrito.

Como todas as Constituições têm essa vocação de eternidade, eis que se coloca o problema dos mecanismos que se alinham para preservar essa própria continuidade da ordem constitucional. Um deles, o mais imprevisível e paradoxal de todos, é o próprio facto de a Constituição prever a sua revisão: se a Constituição admite que ela possa ser revista é porque quer continuar a ser eterna e a saber adaptar-se às novas circunstâncias, e nisso a nossa Constituição fez muito bem, porque, apesar de todas as controversas dos chamados limites materiais de revisão constitucional, a verdade é que a Constituição permite a sua própria revisão e isso aconteceu



sete vezes, tendo até sido graças a isso que ela, em grande medida, conseguiu sobreviver em certos momentos dramáticos de mudança substancial, quer no sistema político, quer no sistema económico, como, em particular, aos anos 80. A revisão constitucional, no fundo, acerta um equilíbrio para evitar um poder excessivo e um poder fraco, sendo uma condição de garantia da própria Constituição.

6. Podemos também agora falar num assunto que eu debati muito quando fiz a minha tese de doutoramento, que são as próprias situações do estado de exceção, que têm o paradoxo estranho de às vezes não termos nada para continuarmos a ter tudo, ou termos muito pouco para continuarmos a termos alguma coisa...

O próprio estado de exceção permite suspender parte da ordem constitucional, para que ela própria se reanime, permitindo que, entretanto, pelo reforço do poder público, se possa debelar a crise que instabiliza essa mesma ordem constitucional, assim se conseguindo dali a uns tempos – o menor tempo possível – a recuperação dessa estabilidade da ordem constitucional.

É este o paradoxo do estado de exceção constitucional, o qual igualmente se situa num equilíbrio difícil entre, de um lado, a eficiência desses mecanismos – que têm de ser eficazes e de funcionar para derrubar aqueles que querem fazer um golpe de Estado ou aqueles que querem invadir o país – e, do outro lado, a limitação de tais mecanismos – que não podem ser assim tão fortes que impeçam que o país retorne à estabilidade institucional e à ordem constitucional que preexistia, a qual deve ser permanente.

7. Terceiro mecanismo – e é o mais importante de todos – é o mecanismo do quotidiano, a fiscalização da constitucionalidade. Tal significa que a Constituição prevê instrumentos que podem, em cada momento, averiguar da conformidade dos atos que são praticados pelas várias instituições públicas ou privadas com os princípios e normas constitucionais. Tais mecanismos existem de uma forma bastante ampla e até se pode dizer que qualquer órgão público é um órgão que fiscaliza a constitucionalidade das leis.

Isso é verdade porque a fiscalização da constitucionalidade – e não como às vezes nós supomos – não é uma prerrogativa exclusiva dos Tribunais: obviamente que é necessário que os Tribunais possam fazer a fiscalização da constitucionalidade

de das leis; mas esse dever é um dever que impende sobre qualquer órgão, de soberania ou de não soberania, e não é por acaso que o Presidente da República faz o juramento da sua posse sobre um exemplar da Constituição, jurando "... cumprir e fazer cumprir a Constituição...".

De um modo geral, em todos os órgãos públicos, quando assumimos funções públicas, juramos ou prometemos que vamos respeitar a Constituição. Portanto, o dever de respeitar a Constituição é um dever que recai sobre toda a atuação dos órgãos jurídico-públicos e também sobre a atuação jurídico-privada.

Claro que esse dever concretiza-se de um modo mais forte e solene se for garantido por uma instância judicial, na medida em que um órgão político não tem as mesmas características de um órgão judicial: não tem imparcialidade, não tem independência e tende muitas vezes a confundir um juízo de constitucionalidade com um juízo de natureza política.

Eu já fui deputado à Assembleia da República e já assisti no Parlamento a um conflito de consciências dos deputados entre, por um lado, considerarem que certa lei é inconstitucional e portanto não devendo votá-la, e, por outro lado, considerarem que aquela inconstitucionalidade não interessa ao seu partido, não convém à sua estratégia política ou partidária, pelo que se impunha que a votassem favoravelmente.

8. Como é óbvio, o que aqui interessa é a fiscalização feita pelos Tribunais, porque esses é que têm, em Estado de Direito, um poder importante que certifica, no fim do percurso, a invalidade das leis que são feitas contra a Constituição.

Temos, em Direito comparado, vários modelos, mas essencialmente dois grandes modelos, informalmente designados pelos países que neles foram os pioneiros: no século XIX, o modelo americano, chamado *judicial review*, em que o poder é atribuído aos Tribunais em geral, com recurso para o Supremo Tribunal Federal; e, depois, no século XX, o modelo austríaco, que tem a designação do país que o inaugurou, através da Constituição austríaca de 1920, após o Império Austro-Húngaro ter sido desmembrado a seguir à I Guerra Mundial, modelo concebido por um grande jurista europeu, Hans Kelsen, em que a fiscalização se concentra num Tribunal próprio, o Tribunal Constitucional.



Estes dois modelos têm vindo a ser divulgados um pouco por todo o mundo, e na Europa domina o modelo de Tribunal Constitucional. E chegaria também o momento de Portugal o adotar como o nosso sistema: não o fizemos logo em 1976, porque era um período de transição e o Conselho da Revolução ocupava essas funções; mas em 1982 o sistema que adotámos foi um sistema misto de fiscalização judicial da constitucionalidade, no qual esse carácter misto se traduz na intervenção combinada tanto de todos os Tribunais, em geral, como do Tribunal Constitucional, em particular.

Quer isto dizer que o facto de o Tribunal Constitucional existir não anula a intervenção dos outros Tribunais, e o facto de todos os Tribunais fiscalizarem a constitucionalidade, do mesmo modo, não prejudica a intervenção do Tribunal Constitucional.

Diga-se, porém, que noutros países esta separação é uma separação mais rígida: é só o Tribunal Constitucional que fiscaliza e, quando há um problema, suspende-se o processo por incidente, cabendo ao Tribunal Constitucional unicamente decidir. Nestes casos, o Juiz da causa nada decide.

9. O nosso sistema é diferente porque, embora haja uma instância específica, um Tribunal com um conjunto de 13 Juizes que faz a fiscalização da constitucionalidade, o certo é que os outros Tribunais não são privados de “acederem” à Constituição.

Isto para muitos autores é uma contradição: dizem que suscita uma confusão e uma acrimónia entre as várias jurisdições e a jurisdição constitucional, favorecendo conflitos.

A meu ver, contudo, o balanço é altamente positivo e ainda bem que os Tribunais em geral – sejam eles comuns, financeiros, administrativos ou de contas – têm acesso à Constituição, podendo dizer de sua justiça em matéria de fiscalização da constitucionalidade.

É um grande ganho porque é o ganho da argumentação jurídica: quando um processo chega ao Tribunal Constitucional, já alguém disse qualquer coisa e o “dizer qualquer coisa” significa que há uma decisão, ainda que provisória, mas com uma fundamentação. Portanto, o Juiz constitucional não está isolado na argumentação e, quando vai decidir, julga com base num processo que já tem decisões de sim ou de não em relação à constitucionalidade de certas normas que tenham

sido suscitadas no âmbito desse processo. Isso é extremamente relevante.

10. Agora, para terminar, foco a minha intervenção no âmbito específico da fiscalização que tem que ver com os tais recursos para o Tribunal Constitucional.

Não vou falar aqui na fiscalização abstrata, em que não há propriamente um recurso, não sobe de um caso concreto para o Tribunal Constitucional. Essa fiscalização abstrata apenas cabe a certas entidades públicas. Poderia não ser assim e muitas vezes tenho dito que nesta próxima revisão constitucional – que já está aberta desde 7 de abril de 2016 – a Ordem dos Advogados deveria ser uma das instituições com o poder de suscitar a fiscalização abstrata.

Também não vou falar da fiscalização preventiva, porque essa acontece num contexto particular do processo legislativo.

11. Vou ater-me à fiscalização concreta. As coisas têm corrido suficientemente bem. O Sr. Presidente do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados já me tirou as palavras da boca. Mas, apesar de as coisas estarem a correr assim, tem havido algumas armadilhas de percurso que, infelizmente, certos Juizes do Tribunal Constitucional têm levantado.

Claro que há uma crítica generalizada – não latente, mas patente – segundo a qual os/as Advogados/as utilizam o Tribunal Constitucional como mais uma instância de recurso e em várias alterações da lei processual tem havido mecanismos que permitem aos Juizes do Tribunal Constitucional decisões sumárias e de indeferimento.

Mesmo assim, entendo que esse mecanismo tem sido às vezes usado abusivamente por parte do Tribunal Constitucional no sentido de se poupar ao trabalho de resolver certas questões que, sendo conhecidas no seu mérito, poderiam envolver a descoberta de novas inconstitucionalidades.

Há depois a questão das custas: o Tribunal Constitucional tem um regime diferente, mas não pode o mesmo desviar-se do regime geral das custas, até porque estamos num assunto de interesse público superior, que é o serviço da justiça constitucional, o que pressuporia até um regime de custas mais barato.



12. O que me parece mais importante frisar é a necessidade de haver uma revisão geral da Lei do Tribunal Constitucional.

Estando aqui a Dr.^a Teresa Leal Coelho, pode ser que leve o assunto aos seus pares e a Assembleia da República possa legislar sobre isto e de uma vez por todas. Para mais agora, com o problema da necessidade de compatibilizar o regime dos recursos para o Tribunal Constitucional com a superveniência do novo Código de Processo Civil.

13. Para terminar, o balanço que eu faço destes 40 anos da Constituição Portuguesa é um balanço muito positivo. Penso que o Tribunal Constitucional, podendo nós criticar algumas das suas decisões, tem uma quota-parte de responsabilidade nesse balanço positivo.

Se repararmos bem, nestes 40 anos em que a ordem jurídica portuguesa deu um salto gigantesco de progresso e modernização, verificamos que nessas reformas está quase sempre o dedo do Tribunal Constitucional. Há um conjunto de legislação matricial que passou pelo crivo deste alto Tribunal e que beneficiou da profundidade dos seus acórdãos.

Ao contrário do que dizem os seus detratores, que afirmam que o Tribunal Constitucional é um Tribunal político, essa sua intervenção supostamente política tem sido reduzidíssima.

O Tribunal Constitucional tem tido o grande mérito de proferir decisões bem fundamentadas, com Juizes em geral bem preparados e que, realmente, têm dignificado a própria instituição.

Por isso, julgo que o Tribunal Constitucional está de parabéns olhando ao seu percurso desde 1983. Decerto que isto não impede que possa haver alterações na Constituição no que respeita ao estatuto do próprio Tribunal Constitucional.

14. Há uma questão que está em cima da mesa há muitos anos e que é a possibilidade de haver recurso de amparo para Tribunal Constitucional. Isso seria uma alteração óbvia e é algo que não consigo compreender até hoje – perdoem este pobre constitucionalista que não consegue perceber isto – como é possível ter um mecanismo urgente de defesa de Direitos, Liberdades e Garantias, mas para cuja solução a instância competente é a jurisdição administrativa e não a jurisdição constitucional... ■ *Jaime Bacelar Gouveia*



PRINCÍPIO REPUBLICANO
E TITULARES DE CARGOS
PÚBLICOS: ALGUMAS
REFLEXÕES NOS 40 ANOS
DA CONSTITUIÇÃO

**DR. PEDRO
DELGADO ALVES**

DEPUTADO À ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA

Uma centralidade readquirida

Ao comemorarmos o 40.^o aniversário da Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976, na sequência de oportuno convite da Ordem dos Advogados, instituição sem par na defesa do Estado de Direito Democrático e pilar da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, um dos eixos de reflexão principais a explorar deve passar por um diagnóstico em torno do estado das instituições democráticas da República. A crise de confiança nas democracias representativas contemporâneas, que tem motivado o afastamento de muitos cidadãos das suas instituições, realidade, aliás, bem refletida em inúmeros indicadores de participação eleitoral e cívica, e em sucessivos estudos de opinião, não deixa de se sentir também entre as jovens democracias, como a portuguesa.

Não se trata de um tema novo, ou sequer de um tema que esteve longe das preocupações dos constituintes de 1976, que o souberam acolher e acarinhar na configuração que fizeram das novas instituições da II República, nascida depois de abril. É, no entanto, um tema que readquire importância e centralidade, em momentos em que a Europa se reencontra com velhos espectros e novos desafios, capazes de fragilizar a solidez das instituições arduamente conquistadas e generalizadas ao longo dos últimos séculos.

Importa, pois, reassumir a importância que os princípios inspiradores do nosso modelo constitucional devem assumir na tarefa de reforço das Democracias e do Estado de Direito,

resistindo a pressões populistas e assentes numa demagogia que se alimenta da generalização fácil e anatemizadora de todas as instituições. Em particular no que respeita à configuração do modelo constitucional e legal regulador do estatuto dos titulares de cargos públicos, importa beber nos bons princípios republicanos as coordenadas fundamentais do regime a edificar, através de um reflexão global e estruturada sobre o tema, que se afaste das intervenções avulsas e erráticas que muito têm contribuído para a cacofonia legislativa e para a inexistência de um rumo claro por parte do legislador.

Em busca do princípio republicano

O primeiro aspeto a focar passa pela definição de qual o alcance do princípio republicano nos dias de hoje. Se entendermos uma análise histórica e teórica do conceito de República, como fizemos em estudo de 2005 sobre o princípio, a cujas conclusões em parte regressamos nesta reflexão, deparamo-nos com um retrato muito heterogéneo e que demonstra a impossibilidade de elaborar um conceito universal, imutável no espaço e no tempo. Estamos perante uma realidade que é, em grande medida, histórica e cultural e que traduz mais do que uma mera questão de organização política. O princípio republicano é depositário de um conjunto de valores essenciais da comunidade política e é nessa dimensão axiológica que deve ser apercebido.

Por exemplo, a ideia republicana em França merece ser destacada pela forma como praticamente monopoliza a construção



do Estado, reclamando como seus corolários os princípios estruturantes do Estado democrático e social de Direito. Mais do que um princípio jurídico, a República em França adquire uma dimensão de filosofia política e de mística redentora. A recente corrosão do consenso em torno desta ideia no quadro francês é bem reveladora da urgência do debate e do necessário investimento na sua defesa e adequação ao século XXI.

Entre nós, o estudo do movimento republicano português revela um período de intenso debate programático no último quartel do século XIX, que culmina no Programa do Partido Republicano Português de 1891 e que é, em larga medida, tributário de muitas das concepções bebidas na III República francesa (mas não apenas nessa fonte, diga-se com justiça). Contudo, a constitucionalização da República em 1911 fica aquém das propostas políticas do partido, particularmente no que respeita ao sufrágio universal e aos elementos federalizantes ibéricos e internos que também incorporava. Ainda assim, a República revoluciona diversos aspetos da tradição constitucional portuguesa. A forma republicana de governo e o fim de todos os privilégios fundados no nascimento ou conferidos a título vitalício constituem o legado republicano mais imediato e perene. Para além disso, o republicanismo introduz parte da sua mundividência cultural no código genético do constitucionalismo português, com destaque para a laicidade e para um novo papel para o Estado na formação cívica dos cidadãos.

Finda a I República com o golpe militar do 28 de maio de 1926, a estrutura constitucional que o Estado Novo edificaria a partir da década de 30 preserva unicamente a dimensão estritamente institucional da forma republicana de governo, rejeitando o seu conteúdo axiológico, que apenas sobrevive no discurso e prática políticas da oposição democrática.

Hoje em dia, o princípio republicano *lato sensu* na Lei Fundamental portuguesa de 1976 deve qualificar-se como princípio estruturante do ordenamento constitucional, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional, sendo densificado com recurso a outros princípios e regras constitucionais. O artigo 1.º da CRP utiliza o termo República no sentido de coletividade política, enquanto *res publica*. Contudo, a opção pela referência à República não é desprovida de consequências em sede de escolha de uma forma institucional de governo.

Apesar de não se encontrar expressamente especificado

em qualquer artigo da Constituição, o princípio republicano encontra-se latente em diversas disposições, entre as quais avulta o primeiro artigo da Constituição. O princípio republicano manifesta-se, naturalmente, na opção do legislador constituinte pela forma institucional de governo republicana, traduzida na instituição de um Presidente da República e no respetivo regime jurídico-constitucional.

Neste contexto, o princípio republicano avulta com particular interesse na configuração do regime aplicável ao exercício de funções públicas, encontrando-se inúmeras manifestações desta valorização no texto constitucional. Em todos os aspetos da participação política de um cidadão, desde a sua designação para o desempenho de uma função pública ao término dessa função e, em certos casos, em momentos posteriores a esse, o princípio republicano faz apelo a um modelo ético próprio, assente na virtude cívica e no serviço à comunidade. Mais do que uma questão a colocar num plano estritamente de debate ético, ele é também um debate jurídico, e da maior relevância nos dias que correm.

Veja-se, neste patamar, desde logo, a centralidade do princípio da renovação, consagrado no artigo 118.º da Constituição de 1976, corolário que se traduz em quatro aspetos nucleares. Em primeiro lugar, na afirmação de uma componente didático-cívica de fomento da participação dos cidadãos na vida da *res publica* e de rejeição de concepções carreiristas do fenómeno político. Em segundo lugar, dele retiramos uma reafirmação da igualdade cívica e política de todos os cidadãos, através da demonstração de que todos têm de ser governados para poderem governar, e vice-versa. Em terceiro lugar, é por esta via que se assegura a garantia da natureza institucional do cargo, prevenindo qualquer tentativa de personalização e de confusão de esferas públicas e privadas. Finalmente, e no que concerne aos cargos políticos em particular, é dele que se deve também retirar uma garantia contra a instalação e permanência junto dos centros do poder de redes clientelares potenciadoras de fenómenos de corrupção, desvio de poder e caciquismo.

É em torno destas ideias que pensamos ser possível identificar um princípio republicano *stricto sensu*, englobando aquilo que a doutrina portuguesa tende a reconduzir à forma republicana de governo. Este princípio republicano *stricto sensu* abarcaria a dimensão negativa do conceito (rejeição de uma forma de Estado monárquica), a não vitaliciedade dos cargos públicos, a renovação dos titulares desses cargos, bem como



a edificação do seu estatuto jurídico (inelegibilidades, imunidades, responsabilidade, incompatibilidades).

A República deve, pois, ser concebida enquanto democracia mais exigente e mais qualificada. A ideia republicana vem acrescentar um conteúdo axiológico à democracia, blindando-a contra algumas tensões e conflitos internos. O Estado de Direito democrático carece da dimensão ética que lhe acresce por via do princípio republicano, e que envolve o serviço em prol da comunidade, livre de influências e de interesses pessoais, partidários ou corporativos e assente na virtude cívica dos cidadãos.

Pluralidade de regimes

A primeira dificuldade na edificação de um regime coerente e bem pautado por um programa “republicano” assenta na existência de uma pluralidade de regimes jurídicos sobre o exercício de funções e cargos públicos, carecidos de uma harmonização clarificadora e simplificadora, tornando acessível o seu sentido quer ao cidadão que pretende, legitimamente, requerer a prestação de contas dos titulares das instituições da República, quer aos próprios titulares, que têm de conseguir saber adequar os seus comportamentos perante um quadro legal que bem defina os seus deveres e direitos.

Não se pretende, ao invocar a necessidade de um esforço unificador ou, pelo menos harmonizador, neutralizar as significativas diferenças que a realidade do exercício de funções públicas convoca. Efetivamente, sob esta realidade enquadram-se não apenas os titulares de cargos políticos (eletivos ou não), como todo o exercício de atividades direcionadas ao serviço público, perpassando todas as funções do Estado (política, legislativa, administrativa e jurisdicional), todos os níveis da organização dos poderes públicos (Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais) e todo o tipo de funções, sejam elas dirigentes, consultivas ou de trabalhadores em funções públicas.

Assim, a título exemplificativo dos regimes mais impressionantes, além das disposições aplicáveis aos trabalhadores em funções públicas, e que enquadram muitos dos eixos determinantes do que devem ser as coordenadas orientadoras do serviço público (no quadro de um vínculo profissional), deparamo-nos hoje também com normativos específicos para o exercício de funções dirigentes (superiores e intermédias na Administração Pública), para o exercício de funções na

qualidade de gestor público ou como membros de órgãos de gestão de entidades administrativas e reguladoras independentes. Adicionalmente, conhecem igualmente especialidade os regimes próprios aplicáveis a titulares de cargos políticos ou a titulares de órgãos de soberania que não se reconduzem àquela qualidade, a magistratura judicial.

O quadro dos titulares de cargos políticos deve ser especialmente merecedor de atenção. Em primeiro lugar, devido à exposição que lhes é devida nas sociedades mediatizadas em que vivemos, exposição essa naturalmente decorrente do facto de junto a si se encontrar a definição das decisões políticas determinantes da comunidade. Por outro lado, no plano estritamente jurídico, o estudo do regime aplicável aos titulares de cargos políticos convoca ainda uma complexidade acrescida, atenta a necessidade de definição de regimes próprios, adequados à especificidade de cada função exercida – não sendo, naturalmente, possível a edificação de um regime único que não atenda à natureza do cargo (executivo ou deliberativo), ao processo de designação (eleição ou nomeação), à pessoa coletiva pública a cujo órgão se reportam (Estado, Regiões Autónomas ou autarquias locais).

Adicionalmente, os inúmeros aspetos parcelares relevantes na edificação de um estatuto para os titulares de cargos políticos (remuneração, incompatibilidades e impedimentos, prevenção de conflito de interesses, transparência de rendimentos, imunidades e prerrogativas processuais, crimes de responsabilidade, entre outros) ora se encontram transversalmente previstos em legislação construída tematicamente (e por vezes aplicável não apenas a titulares de cargos políticos), ora se encontram dispersos e regulados de forma autónoma para cada categoria de titular. Senão vejamos.

Seguindo a primeira opção, conhecemos hoje uma lei que estabelece as regras de controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos (que se reporta também a alguns titulares de cargos públicos que não se reconduzem à noção de cargo político), o regime remuneratório dos titulares de cargos políticos, um diploma que prevê os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos e um regime de incompatibilidade e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos (aprovado pela Lei n.º 64/93, de 26 de agosto).

Curiosamente, nem sequer o elenco dos titulares de cargos



políticos definidos nas respetivas normas definidoras do seu âmbito de aplicação subjetiva são coincidentes, vingando em cada momento uma lista diferente, acompanhada por vezes de um quadro de equiparações ou de exclusões contraditórias com a necessidade de fixação de um elenco claro e de um universo preciso de destinatários das normas.

Na linha da segunda opção, temos diplomas que definem o estatuto remuneratório do Presidente da República, o estatuto dos deputados, o estatuto dos eleitos locais, o estatuto dos representantes da República nas Regiões Autónomas ou o estatuto dos membros do Conselho de Estado. Mais uma vez, a diversidade é grande, regulando-se aspetos parcelares, excecionando-se regimes transversais ou procedendo-se a remissões mútuas e/ou cruzadas. Em certos casos, apesar do que o título promete (a regulação integral do regime), cumpre ir procurar disposições complementares em mais diplomas.

Aproximado a esta realidade, mas sem consagração em diploma próprio, os Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas consagram a disciplina jurídica aplicável ao estatuto dos titulares de cargos de governo próprio das Regiões Autónomas, por força de uma disposição constitucional (o n.º 7 do artigo 231.º) que define que esta é matéria de reserva estatutária...

Algumas pistas para reflexão

As múltiplas componentes que integram os regimes carecem, em primeira linha, de uma leitura integrada e equilibrada, justapondo os elementos que garantem a prevalência do serviço público como dever orientador do exercício de funções, os elementos que acautelam o não prejuízo e não sujeição a privação desnecessária de direitos fundamentais de quem exerce essas funções (no plano da sua privacidade, por exemplo) e os elementos que asseguram que não se cria uma categoria de cidadãos distintos dos demais, uma “casta” protegida e isolada dos cidadãos que não exercem funções, que perigosamente corroeria a igualdade entre todos os membros da comunidade política. Neste debate, parecem-nos determinantes cinco eixos principais.

Em primeiro lugar, importa fixar uma tendencial orientação do regime de exercício de funções públicas no sentido do seu desempenho em regime de exclusividade ou, pelo menos, de claro apuramento das regras sobre incompatibilidades, impe-

dimentos e prevenção de conflitos de interesses, em torno de zonas de consenso. Joga-se, neste plano, não apenas a proteção das decisões públicas de influências alheias ao interesse público, como também, em cada vez maior escala, a necessidade de proteção reputacional da credibilidade das instituições, afastando a percepção de que o seu funcionamento está viciado pela contaminação por interesses externos (percepção essa quase tão corrosiva quanto a real intensidade do problema). A prioridade deverá ser a da simplificação, fazendo desaparecer regimes assentes em exceções e contra exceções e excessivamente particularizados para cada categoria de titular de cargo.

Em segundo lugar, e conexas com a primeira, verifica-se a necessidade de criação de condições para o exercício de funções de forma estável, que adequadamente assegure que o necessário afastamento das atividades profissionais usuais do titular do cargo decorrente do exercício de funções públicas seja acautelada. Ainda que polémica e complexa, a questão da remuneração dos titulares dos cargos não pode desaparecer do debate, sob pena de se enveredar pelo caminho perigoso de apenas se permitir o exercício de funções a quem já se encontre dotado de recursos financeiros para se poder dar a esse luxo – cumpre recordar que a luta pela remuneração dos titulares de cargos representou uma aspiração que acompanhou a ascensão de partidos operários ao exercício de funções públicas, e o aparecimento de um novo perfil de titulares dos cargos.

É, no entanto, inegável que, num momento em que as restrições orçamentais com impacto direto nas remunerações e poder de compra de todos os cidadãos se fazem sentir num contexto de austeridade supostamente redentora, se torna injusto abrir um caminho de valorização do quadro remuneratório de alguns titulares de cargos públicos sem ter o todo em atenção e sem fazer esse caminho de forma a respeitar plenamente as exigências de uma leitura que privilegia o princípio da igualdade. No entanto, alguns passos podem ser dados: a legislação sobre a matéria pode e deve ser menos labiríntica e de mais fácil compreensão e pode e deve ser objeto de um esforço racionalizador nos critérios de definição das remunerações (numa lógica idealmente piramidal e com limites claros).

Em terceiro lugar surge um importante eixo de intervenção, assente no reforço da transparência no exercício de funções, permitindo o controlo dos interesses e evolução patrimonial de



quem é chamado ao exercício de funções públicas – trata-se de um instrumento que serve quer a eficácia das normas sobre incompatibilidades e impedimentos, quer a solidez da percepção pública em torno da probidade dos responsáveis públicos. No entanto, a salvaguarda da esfera pessoal do titular do cargo e seus familiares não pode ser sacrificada sem mais no altar da Pátria, principalmente num contexto de disseminação de informação em autoestradas de alta velocidade na internet.

Em quarto lugar, os tempos recentes, em vários Estados, têm revelado uma readquirida centralidade dos debates em torno da responsabilidade penal dos titulares de cargos públicos, sendo novamente discutida com intensidade a existência de riscos de politização mediatizada da justiça, de inadequação dos meios de proteção da investigação criminal por força de prerrogativas processuais e/ou imunidades desenhadas noutro contexto, problematizando-se, em ambos os sentidos os desafios colocados à salvaguarda da separação de poderes (o recente processo de destituição da Presidente da República e do Presidente da Câmara dos Deputados, no Brasil, dão uma ilustração eloquente do problema).

O aparecimento de novos e intensos debates em torno de novas formas de responsabilização penal (veja-se o debate jurídico-constitucional em torno da opção pela criminalização do enriquecimento ilícito), que suscitam as maiores reservas no plano da sua conformidade com o Estado de Direito e com os princípios estruturantes do património processual penal, ainda que movidas pelas melhores intenções de combate à corrupção, é bem revelador de que este eixo de preocupações não se encontra esgotado.

Finalmente, urge alargar o alcance do desiderato de renovação subjacente ao princípio republicano, nas linhas já suprarreferidas em torno da caracterização do princípio. O nosso texto constitucional circunscreve a introdução de limites à renovação sucessiva de cargos públicos aos cargos de natureza executiva, mas urge alargar a previsão para lá deste escopo, ainda limitado.

Notas finais

Mais do que um enunciado de respostas fechadas, a presente reflexão provocada pelo 40.º aniversário da Constituição da República Portuguesa de 1976 pretende apenas diagnosticar os principais desafios que se colocam às instituições da República e apontar possíveis caminhos para a sua resolução, procurando recuperar a vitalidade da nossa ainda jovem democracia.

Se é certo que poderíamos desdramatizar o problema e reconduzi-lo às normais dores de crescimento que todos os sistemas constitucionais recentes enfrentam mais ou cedo ou mais tarde, o contexto económico e social europeu que enfrentamos, pautado cada vez mais por extremismos, inflexibilidades e incertezas, aconselham uma abordagem prudente e empenhada, capaz de responsabilizar os decisores políticos, inverter o desinteresse dos cidadãos e motivar todos para uma maior exigência perante os riscos para a Democracia e para República. Esperemos que a comemoração dos cinquentenário do texto constitucional permita realizar um balanço mais otimista e, quem sabe, a superação do problema. ■ *Pedro Delgado Alves*



FREEDOM OF SPEECH - A
LIBERDADE DE EXPRESSÃO
NA ERA DIGITAL

DR. JOSÉ MAGALHÃES

OBSERVATÓRIO DO MUNDO DIGITAL
ANTIGO DEPUTADO À ASSEMBLEIA
DA REPÚBLICA



Aceitei com muito gosto o convite da Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados para participar nesta reflexão alargada sobre as traves mestras da Constituição que faz agora 40 anos e que é seguramente uma das maiores façanhas do nosso regime democrático. Não posso queixar-me: o tema que me foi atribuído tem cada vez maior relevância. Decidi chamar a esta apresentação “A liberdade de expressão na era digital”. Poderia ter subtitulado “Grandes realizações e algumas pedras no meio do caminho”, bebendo inspiração no delicioso poema do Carlos Drummond de Andrade.

Encimando a reflexão decidi acrescentar uma frase atribuída a George Washington: “Se a liberdade de expressão nos for tirada, então, estupidificados e silenciados, seremos levados como carneiros para o matadouro.” Muito arrepiante, mais tem o mérito de ir sem rodeios ao cerne da questão.

A vastidão e a complexidade da longa linha da História humana nos vários continentes desaconselham qualquer tentativa de fazer um levantamento dos passos da longa marcha da liberdade de expressão através dos séculos.

Uma abordagem alternativa simplificadora poderia consistir em delimitar um antes e um depois.

Por exemplo: antes do terramoto de 1755 e depois dele. Essa perspetiva permitiria porventura colocar em destaque o legado precioso dos filósofos das Luzes e citar Voltaire, a quem foi

atribuída uma frase apócrifa, mas bem inventada: “Não estou de acordo com o que dizeis, mas bater-me-ei até à morte para que tenhais o direito de tal dizer.” A frase foi formulada em 1906, em inglês, na obrinha *The Friends of Voltaire*, escrita pela senhora Evelyn Hall, sob pseudónimo de SG Tallentyre.

Essa via permitiria, por exemplo, evocar com bom fundamento a nossa primeira Constituição (1822), cujo artigo 7.º proclamava:

“A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo o português pode conseguintemente, sem dependência de censura prévia, manifestar as suas opiniões em qualquer matéria, contanto que haja de responder pelo gozo desta liberdade nos casos e pela forma que a lei determinar.” E, logo no artigo seguinte, determinava-se: “As Cortes Constituintes nomearão um Tribunal especial para proteger a liberdade de imprensa e coibir os delitos resultantes do seu abuso.”

Não sem logo acrescentar que ficava salva aos bispos “a censura dos escritos publicados sobre dogma e moral”, devendo o governo “auxiliar os mesmos para serem punidos os culpados”.

Sendo Constituição de um império pluricontinental, a Lei Fundamental do liberalismo não se esquecia de aditar:

“No Brasil haverá também um Tribunal especial como o de Portugal.” Dando o grito do Ipiranga, D. Pedro resolveu esse



problema de forma mais criativa, o que não o impediu de outorgar a Carta Constitucional de 1826, também fiel à liberdade de expressão.

Explorar as sucessivas normas constitucionais entre o vintismo e a farsa constitucional de 1933 seria uma via interessante e instrutiva, para a qual não temos espaço.

A grande clivagem a invocar com utilidade é outra e óbvia: o 25 de Abril, a revolução libertadora da minha geração e das seguintes, o grande divisor entre o antes e o depois. “Abril já feito. E ainda por fazer”, como disse o poeta Manuel Alegre e ficou bem dito.

Em todas as matérias o contraste entre o antes e o depois é enorme, mas é saborosamente significativo no tocante, precisamente, à liberdade expressão, cuja explosão foi uma das mais saborosas novidades da revolução, fazendo baixar à cova da História quase meio século de censura e miséria intelectual. Foi sobre esse fundo ruidoso de liberdades em exercício pleno que os constituintes exerceram a sua missão. Essa boa gesta encontrou expressão não apenas no artigo 37.º da Constituição mas num verdadeiro e muito amplo ecossistema de liberdades. Dele fazem parte, entre outros, o artigo 16.º (que delimita o âmbito e sentido dos direitos fundamentais todos), o artigo 26.º (que consagra os direitos à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada, ao bom nome e reputação e muitos outros direitos pessoais) e, evidentemente, toda a teia de normas sobre tutela de direitos fundamentais.

É importante sublinhar que a pessoa cujos direitos foram garantidos pelos constituintes foi encarada por estes como um ser digno e autónomo, membro de uma comunidade de seres humanos livres, diferentes, iguais, sem medo de existir num mundo sem fronteiras nem blocos. Uma formidável ambição, que os redatores da Constituição consagraram conjugando os esforços de famílias políticas muito distintas.

Além disso, essa ambição encontra-se deliberadamente aberta a patamares de realização ilimitados.

Por serem ilimitados esses patamares de realização da liberdade de expressão em plena era digital é especialmente útil realçar a importância que a inovação tecnológica para expandir a liberdade (embora possa ser usada também para limitá-la e vigiá-la).

Para esse efeito, ao lado dos compêndios de Direito Constitucional importa colocar a poderosa contribuição dos especialistas em revoluções tecnológicas.

Escolho como guia a professora Carlota Perez, da London School of Economics, que é autora de uma sugestiva categorização das mudanças ocorridas nos últimos 240 anos. Identifica cinco, desde a chamada primeira revolução industrial (com as suas máquinas, fábricas e canais) até à era das tecnologias de informação e comunicação, cujo começo situa três anos antes do 25 de Abril. Estamos agora na etapa da explosão de inovações nos domínios da biotecnologia, da nanotecnologia e da descoberta de novos materiais, com a robotização a marcar a revolução industrial 4.0, num caminho sem fim à vista.

Nessa teia complexa e intrincada de períodos de *boom*, de crise, de austeridades e de prosperidades desiguais, está ao nosso alcance, encoraja-nos Carlota Perez, viver uma idade de ouro em que possamos colher os frutos das descobertas científicas e progredir rumo a sociedades do conhecimento sustentáveis, em tempos de segunda vaga da globalização (a primeira foi protagonizada por Portugal!).

Concretamente, em matéria de liberdade de expressão temos a vantagem de poder fazer uma distinção entre o antes e o agora – coisa que a controvérsia decorrente de recentes vicissitudes sangrentas (como o caso Charlie Hebdo) não nos deve fazer esquecer.

Na longa marcha de 2500 anos, a liberdade de expressão teve momentos altos e baixos, mas conhece hoje ampliações notáveis graças às plataformas e demais meios digitais disponíveis para veicular ideias e opiniões.

No caso português entrámos a horas na carruagem da revolução. Foi a primeira vez que tal ocorreu nos últimos 240 anos, saliente-se que pela mão do Prof. José Mariano Gago, que, a partir de 1995, pilotou sabiamente as políticas públicas de promoção da sociedade de informação. As realizações de Portugal neste domínio são bastante assinaláveis e levam a que ocupemos um lugar decente nos diversos *rankings* mundiais, pesem embora os recuos e desacelerações decorrentes dos excessos do período 2011/2015.

No tocante a liberdade de expressão, talvez seja correto sintetizar o ponto em que nos encontramos nos termos seguintes:



do ponto de vista tecnológico, multiplicámos as ferramentas e meios propícios às mais inovadoras formas de liberdade, mas a sua expansão destrói as ferramentas antigas e é profundamente desigual na sua apropriação social. Tendem a ficar de fora os mais idosos, os menos qualificados, os pobres de dinheiro e os pobres de espírito. A tecnologia – sobre isso não há qualquer dúvida – atua diferentemente consoante a qualificação de quem a utiliza.

Por isso nos modernos ecossistemas comunicacionais os seres humanos podem ser: passivos ou ativos; meros recetores ou participantes; consumidores apenas ou cidadãos de pleno direito; excluídos do conhecimento ou beneficiários do conhecimento; sobreexpostos a *bits* informativos sem filtragem alfabetizada e crítica ou protegidos por filtros críticos contra *infobits* viróticos.

Sendo certo que vivemos em sociedades de risco (como teorizou doutamente Ulrich Beck) e cada vez menos sólidas (“líquidas” avisa Zygmunt Bauman), não é pouco importante ter um sistema info imunitário deficiente ou, ao invés, dispor de um sistema info imunitário saudável, capaz de nos permitir, por exemplo, detetar facilmente a diferença entre informação e deformação, lixo ou cultura.

Neste contexto, simultaneamente inovador e carregado de incertezas, a liberdade de expressão (onde existe – porque há regiões do globo onde ainda não impera!) vive hoje momentos de glória expansiva, mas também de sinistras compressões e turbulências.

Anunciam-se por isso formidáveis batalhas. A elas dedicarei as próximas linhas, que são o cerne do alerta.

A primeira grande batalha a travar deverá ser, creio firmemente, contra o secretismo.

O segredo continua a dominar a vida das estruturas dos vários escalões da Administração Pública, apesar de todos os esforços do legislador. Cumprindo uma norma constitucional durante decénios ignorada, conseguimos em 1993, já perto do fim da década cavaquista, aprovar a primeira lei da administração aberta, de que me orgulho de ter sido um dos impulsionadores. Foi um diploma similar ao norte-americano *Freedom of Information Act*, aprovado em 1967 e sucessivamente aperfeiçoado.

As conseqüências do secretismo podem ser devastadoras.

Travei duro combate, em grande parte mal sucedido, contra os malefícios dessa recusa da transparência. Não dou esse tempo por mal utilizado, mas confessei publicamente no livro *Submarinos.pt – Guia para os Perplexos de todas as Convicções* (2015) a minha enorme frustração pela vitória do secretismo, um sentimento muito partilhado na sociedade portuguesa (excetuados os felizes beneficiários de luvas). Foi penoso assistir ao fracasso de todos os mecanismos de fiscalização utilizados para tentar pôr em pratos limpos o caso da aquisição pelo Estado Português dos submarinos *Tridente* e *Arpão* e das contrapartidas que o negócio devia ter trazido e não trouxe à economia portuguesa.

O sucesso da Justiça alemã tornou ainda mais amargo o sabor do despacho de arquivamento que em dezembro de 2014 atirou a toalha ao tapete, após dez anos de esforços investigativos.

Quem corrompeu teve a gentileza de fechar a porta na cara do Ministério Público português, celebrando um acordo de sigilo com a Justiça do seu país, que, com rapidez estonteante, recebeu uma avultada maquia dos condenados confessos, escolhidos a dedo para, dada a sua muito avançada idade, não terem uma reforma doirada excessivamente atribulada. Um deles descobriu mesmo os encantos da linda vila de Cascais e os benefícios do seu ameno clima. Quando o interroguei em Comissão Parlamentar de Inquérito, no ano de 2014, destilou comprometedoras revelações. Na fase em que chegaram ao conhecimento público eram totalmente serôdias. Os magistrados investigadores, encurralados pela ampolheta do tempo, olharam para a areia a cair e concluíram que, mesmo que corresse muito, o gongo soaria antes de atingirem o alvo, pelo que nada fizeram.

O caso dos submarinos ilustra, em doses pantagruélicas, alguns dos malefícios mais temíveis do Estado secreto: destruição deliberada de documentos do Estado para ocultar provas; labirintos negociais intrincados a ponto de o Ministério Público não conseguir verificar se a fórmula matemática usada para fixar o preço a pagar pelo Estado pelos dois navios foi corretamente aplicada ou se houve erro danoso e de quem; tardia descoberta dos documentos que provam que o BES perdeu o leilão em que foi dado como vencedor pelo Ministério da Defesa; uso artístico (planeado pelo BESI, pelo preço de 1,5 milhões de euros) de *offshores* para fazer rotas do dinheiro sujo tão caprichosas que ninguém conseguiu deslindar-lhes os meandros antes de soar o gongo da prescrição.



Este último aspeto é particularmente importante porque associação perversa entre o segredo dos corpos do Estado e o segredo inerente aos paraísos fiscais é especialmente letal para a saúde de várias liberdades e para a própria credibilidade da democracia como sistema de resolução pacífica de litígios, conflitos e divergências.

A impotência revelada por autoridades-sem-autoridade dos Estados, separados ou unidos, para furar o muro de segredos que protege o mundo dos *offshores* mina a credibilidade dos regimes democráticos. Tendem a surgir aos olhos dos cidadãos como fracos com os fortes e fortes com os fracos.

Essa assimetria de tratamento permite aos poderosos ocultar fortunas mal ganhas, gozar na cara de quem os incomoda e recolher tranquilamente os frutos da atividade delinquente. Esse é hoje um dos mais temíveis venenos que corrompem o prestígio das democracias.

Alerta sobre o impacto nefasto da desagregação dos espaços comunicacionais propícios à livre expressão do pensamento.

O nosso mundo comunicacional criado depois do 25 de Abril não daria tantos sinais de envelhecimento se não tivesse ocorrido uma estrondosa aceleração impulsionada pela explosão das ferramentas digitais.

Trata-se de um debate verdadeiramente importante, porque nada pior do que uma ilusão para substituir uma mistificação.

A mistificação é sustentar que numa democracia assediada pela crise económica e pelos doenças típicas da terceira idade do 4.º Poder, o acaso haveria de fazer brotar milagrosamente da internet a solução fácil para o problema complexo da liberdade de expressão no século XXI.

Infelizmente não é assim. Primeiro, porque não há soluções simples para problemas de grande complexidade. Por outro lado, porque a era digital abre portas a novas soluções mas também conduz à ruína dos velhos métodos de trabalho, um domínio cujas peças ao cair fazem grossos estragos.

A verdade é que os jornais de tipo antigo são geringonças pesadas e muitíssimo pouco ágeis. Basta comparar os custos de uma lancha digital rápida como o Observador.pt e os custos pesadíssimos de manter a flutuar um porta-aviões como o *Expresso*, que arrasta atrás do seu grande passado

uma flotilha de pequenas embarcações digitais. De semanário passou a publicação mista: diário, com café Expresso matinal e *site* com notícias ao minuto na Web, fechado por uma *pay-wall* mal concebida, que não permite “monetizar” nada que se veja, mas faz descer radicalmente as *pageviews*, com isso frustrando o sonho de obter lucro publicitário compensatório da quebra das vendas. Custos de impressão do Observador: zero. Custos de distribuição: zero. Formas de monetização: diversificadas.

É contudo um mito que antes vivêssemos numa ordem gentil e doce, que o digital teria vindo perturbar. Quando veio perturbar (muito), já reinava grande desordem na casa velha. Os novos fatores somaram-se aos velhos, num *cocktail* explosivo. Infelizmente, certos ingredientes pioram tudo.

Agências de comunicação

Começo arbitrariamente pela perturbação do normal funcionamento das estruturas de comunicação estabelecidas engendrado pelas chamadas agências de comunicação.

Os *lobbies* são grandes utilizadores deste tipo de serviços, que se tornaram indispensáveis para empresas, clubes de futebol e mesmo partidos políticos. O plantel governativo que tivemos entre 2011 e 2015 utilizou abundantemente os serviços de um marqueteiro brasileiro, André Gustavo (agora apanhado nas malhas da operação LAVAJATO), que, depois de ter averbado uma vitória eleitoral (de Pirro) em outubro de 2015 (e só depois disso), não resistiu a confessar ao *Diário de Notícias* o seu grande trunfo: saber gerir bem o segredo e o silêncio.

Podia ter acrescentado outro trunfo seguramente importantíssimo: a destruição do serviço público de televisão e rádio e a proliferação de programações que nos quatro canais de sinal aberto idiotizam a praça pública e aviltam a qualidade do debate político. O espetáculo nauseante do confronto desigual entre o matraquear das metralhadoras governamentais e as vozes maltratadas das oposições confunde e enjoa quem não pertence aos círculos de opinião da vida partidária, cada vez mais débil. O sentimento de desconfiança cresce em sintonia com essa sensação experimentada pelos cidadãos de que vivem num mundo diferente daquele em que circulam, desligados, os seus representantes.

No atual ciclo político temos uma boa oportunidade para



corrigir essa praga. O Programa do Governo prevê o enquadramento legislativo da atividade dos *lobbies*. Esperemos que isso inclua alguma obrigação de transparência que mitigue a atividade oculta das agências.

“Spin doctors”

A figura deixou de ser nova, porque passou a ser incontornável. Há para todos os gostos e de muitas escolas. Fazem todos o mesmo, embora haja porventura que estabelecer distinções. Alguns têm liquidado mais do que salvo o doente que lhes pede e paga milagres.

Colocação de jornalistas sob pressão

É seguramente uma grande pedra, no meio do caminho e em toda a parte. Despedimentos, substituição de redações experientes por jovens saídos da escola, por vezes estagiários em rotações aceleradas, degradação da função editorial, afastamento dos seniores (tidos por excessivamente caros), cortes orçamentais que reduzem o trabalho a mera cópia de umas destilações das agências noticiosas e de comunicação.

A “lista de Salgado”

A tudo isto veio agora somar-se a recente revelação de que existe uma lista (ainda secreta) apreendida em 2014 ao Dr. Ricardo Salgado.

Graças a essa cirúrgica e nebulosa revelação, temos hoje jornalistas à beira de um ataque de nervos. Como não é conhecida a composição concreta da “lista de Salgado” para a suspeição de que ela possa incluir um número significativo de jornalistas, designadamente da chamada imprensa económica. Desafiado pelo Sindicato dos Jornalistas a revelar nomes concretos, o Expresso replicou, num seco *post scriptum* do seu diretor, que não aceita pressões, tomando as suas “decisões editoriais” como entender, mesmo que, como é o caso, afetem o bom nome de toda uma categoria de profissionais.

Esta pedrada poderia ser mitigada ou mesmo neutralizada se funcionassem normalmente os mecanismos que os constituintes previram para gerir trepidações e conflitos. Mas não é assim. Há dias, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a quem o Parlamento tinha pedido um parecer sobre o alargamento da esquelética oferta da TDT à portuguesa respondeu, através de um ofício insólito, que não se encontra em

condições de o fazer por não ter conseguido reunir o número de membros necessário para tal efeito. A terra não tremeu e o Parlamento deliberou buscar o conselho de que muito precisa num ajuntamento de peritos que irá debater aprofundadamente a matéria, com transmissão garantida via ARTV.

Num outro plano, deparamo-nos com modalidades originais de ativismo judicial avulso, quer favorecendo quer desfavorecendo a liberdade de expressão, em termos tais que o Tribunal Europeu tem vindo a corrigir a mão pesada de certos juizes nacionais. São bons ventos europeus, mas raramente sopram a tempo de evitar lesões graves de direitos fundamentais.

Não poderia omitir, por fim, uma das pedras mais evidentes e mais graves no caminho da liberdade de expressão: os pelourinhos mediáticos que se tornaram realidade banal. A Senhora Bastonária, honra lhe seja feita, tem verberado publicamente esse fruto da conjugação de esforços em parcerias público-privadas de tipo quebra leis. A informação sigilosa sai ilegal e impunemente dos cofres em que deveria estar protegida, é vertida na praça pública, onde circula à velocidade do som e da luz. Consuma-se por essa via um julgamento expedito de pessoa ou instituição, sem contraditório. A execução da sentença é imediata. Recurso não há, nem serviria para coisa alguma se houvesse porque o dano é irreversível. A promiscuidade entre poderes é evidente, impudente e impune.

Sinais do futuro

Quando pensamos no que nos vai trazer o futuro, salta à vista o papel crescente das redes sociais, que estão de resto a incorporar nas suas rajadas de notícias ao minuto conteúdos produzidos pelas velhas máquinas de informar. Enquanto não entram em insolvência, estas são vampirizadas pelos novos senhores da informação e procuram adaptar-se aos solavancos e modernices.

Sem grande sucesso. As imagens que ofereço em abono desta tese aludem a esse processo.

A demissão da direção de um jornal em apuros, a colocação sob administração judicial de um grupo económico que jurava ir fazer maravilhas no mundo mediático – eis apenas dois pequenos fragmentos de um mosaico complexo e vasto.

Sim, é provável que o futuro passe pelo Facebook, que é uma geringonça de comunicação alimentada a *likes*. Servem



sobretudo para armazenar dados sobre cada um dos milhões de utilizadores. Há liberdade de expressão na Zuckerberglândia, mas na Constituição desse enorme “país” a composição de conflitos é original, eletrónica, e bastante eficaz. Na falta de compromisso (ou quando nos apeteça) não precisamos de juiz. Fazemos “justiça” pelas nossas próprias mãos. Podemos bloquear quem nos ofende, mesmo que não ofenda. Podemos ser caprichosos no nosso quintal, idolatrar ou detestar Donald Trump, dialogar ou não dar cavaco, falar só com amigos (por vezes da onça ou infiltrados para nos seguirem os passos) escolhidos por serem como nós. Quem não é fica fora. Um mundo assim é uma Babel finalmente organizada em quintais de iguais, todos diferentes? Bate aos pontos a cacofonia das Nações Unidas na sua impotência homérica? É certo que não tem capacetes azuis, mas pretende ligar à Net sete mil milhões de humanos, o que é muita cabeça.

Certo é que a terceira idade do 4.º Poder é cheia de sintomas de declínio como a dos seres humanos.

Conto-me entre os que acreditam que, tal como os rios, as forças motrizes da liberdade de expressão tendem a romper as margens que a esmagam. Podemos hoje sonhar com um tempo em que será banal ver reportagens em 3D com imersão no mundo descrito. Seres assim imersos serão mais livres? Saber-se como é a vida num campo de refugiados na Turquia ajuda o cidadão da Baviera a sentir solidariedade com as vítimas ou estimula o medo de ver ali ao pé de casa aquilo que, em imersão embora, vai por agora estando longe?! Ninguém sabe!

Nunca digas “por que razão foram os dias passados melhores do que os de hoje? Tal pergunta não seria filha da sabedoria”. Isto diz e anda a aconselhar há milénios o Eclesiastes.

No entanto, parece que ouvimos a frase agora mesmo num telejornal, saída da boca de um vidente eletrónico, destes que ao domingo à noite nos explicam, em frases curtas e incisivas, os mistérios profundos do nosso mundo: “Por que razão foram os dias passados melhores do que os de hoje?” Foram na verdade muito piores, comparados com os de hoje pesem embora tantas imperfeições.

Só uma coisa é certa: teremos pela frente tempos interessantes.

A fórmula é usada na tradição dos chineses para rogar pragas a quem se deseja mal, mas talvez possa servir para exortar os defensores da liberdade a que usem o nosso bom escudo constitucional para tirar, uma a uma, as pedras do caminho. O poeta disse:

“No meio do caminho tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho
tinha uma pedra
no meio do caminho tinha uma pedra.
Nunca me esquecerei desse acontecimento
na vida de minhas retinas tão fatigadas.
Nunca me esquecerei que no meio do caminho
tinha uma pedra
Tinha uma pedra no meio do caminho
no meio do caminho tinha uma pedra.”

A liberdade de expressão é fundamental para tirar pedras do meio do caminho e assim conjurar o espectro de uma Humanidade reduzida a rebanhos e rebanhos de carneiros conduzidos em silêncio aos matadouros dos tempos que vivemos. ■ *José Magalhães*



AS DESIGUALDADES QUE PERSISTEM – DA DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO

DR.^A ISABEL MOREIRA

CONSTITUCIONALISTA,
DEPUTADA À ASSEMBLEIA
DA REPÚBLICA PELO PS



Introdução – a escolha do tema

As pessoas trans são as pessoas mais corajosas que tenho conhecido. São também a categoria sujeita a uma duríssima discriminação silenciada e silenciosa 40 anos após a aprovação da Constituição Portuguesa (CRP).

Como é sabido, o artigo 13.º, n.º 2, da CRP prescreve claramente que *ninguém pode ser privilegiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual*.

Sabemos todas e todos que a enumeração das chamadas *categorias suspeitas* – escolhidas por razões históricas evidentes – tem por efeito, independentemente da necessidade de uma aferição em concreto perante, por exemplo, um diploma que as envolva, a inversão do princípio da presunção da constitucionalidade das leis.

Escolho para tema desta conferência uma categoria que, não estando elencada no artigo 13.º, n.º 2, da CRP, é, também por isso, uma categoria especialmente carente de vozes de alerta e cuja discriminação está, a meu ver, proibida por outros direitos constitucionais além do n.º 2 do artigo 13.º numa interpretação atualista (o qual, desde 2004, inclui a orientação *sexual*): refiro-me ao direito à identidade

pessoal e ao direito ao desenvolvimento da personalidade, previstos no artigo 26.º da CRP, tendo o último direito referido sido introduzido na Lei Fundamental na revisão constitucional de 1997.

É, pois, por interpretação conjunta dos artigos 13.º e 26.º da CRP inadmissível não se permitir a cada uma e a cada um ser *quem é*.

As pessoas trans ainda são um assunto obscuro para muitas pessoas, apesar das campanhas de sensibilização levadas a cabo por diversas organizações não governamentais. Referi há pouco que são as pessoas mais corajosas que tenho conhecido. Nunca me esquecerei da audição, no âmbito da Subcomissão da Igualdade e da Não Discriminação, na legislatura passada, do testemunho de um transexual que falava com mais coragem do que quem o ouvia. Dava o testemunho de como era nascer num corpo de uma mulher sendo homem, de como fora a sua vida escolar submergida no *bullying*, de como a sua transformação física fora um processo e estava a ser um processo brutal, inoportável, assegurado pelos pais dispostos a tudo para que o filho fosse o que é. Ainda não tinha feito a cirurgia de reatribuição de sexo, quase inalcançável no SNS, e dava o testemunho da dor – que é o preço – de se nascer no corpo errado e de se lutar para se habitar o corpo certo: nunca ter conhecido um gesto de afeto; nunca ter ido à praia; não frequentar casas de banho públicas; usar roupas largas disfarçando o seu corpo incompleto, e esperar. E esperar.



Recordo a brilhante incursão na empatia feita por Pedro Almodóvar, no seu filme *A pele que eu habito*: nesse filme um cirurgião plástico, convencido de que a filha se suicidou após ter sido violada por um rapaz, prende esse rapaz e, por vingança, transforma o seu corpo, com os tratamentos de mudança de sexo, num corpo de mulher. O espectador é assim forçado a imaginar ser obrigado a, precisamente, habitar uma pele errada, como aconteceu a este personagem massacrado. O personagem, quando finalmente se liberta do cativo, encontra uma fotografia sua anterior à transformação forçada e beija-a: isto é, beija-se, beijando a sua identidade.

Penso que está explicado por que escolhi este tema, 40 anos depois de a CRP ter sido aprovada.

Síntese do quadro legal

As questões relativas à transexualidade atravessam vários ramos do Direito e, sobretudo, esbarram diariamente com barreiras pessoais cuja ultrapassagem passa pela coragem das próprias pessoas em causa, pela mudança transversal de mentalidades e pela correspondência clara entre Constituição, lei e serviços prestados universalmente.

Não podemos deixar de sublinhar a importância da Lei n.º 7/2011, que cria o procedimento de mudança de sexo, à qual voltaremos.

No que toca ao Código Penal, por iniciativa do GPPS, a par da expressão “orientação sexual”, a expressão “*identidade de género*” foi acrescentada aos artigos relativos ao homicídio qualificado e ofensas à integridade física qualificadas, estabelecendo-se a especial censurabilidade ou perversidade destes atos (e o conseqüente agravamento penal) caso a motivação seja o ódio em função da orientação sexual ou identidade de género da vítima.

Na legislatura passada, o GPPS apresentou um projeto de lei, do qual fui primeira subscritora, que consagra expressamente a identidade de género no âmbito do direito à igualdade no acesso a emprego e no trabalho, procedendo à 5.ª alteração ao Código do Trabalho, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 fevereiro, o qual foi aprovado.

Como se refere num comunicado conjunto assinado, entre outros, pela UGT e pela CGTP, há um consenso alargado em

Portugal sobre o facto de existir uma forte discriminação contra as pessoas transexuais.

Essa discriminação é também frequente no âmbito do trabalho e do emprego. De acordo com os dados do Inquérito LGBT Europeu referentes a Portugal, e de acordo com os dados publicados pela Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais, a discriminação laboral é flagrante.

Principais desafios perante a avaliação da Lei n.º 7/2011 e da sua prática

Neste momento, penso ser de enorme utilidade ler os resultados do estudo feito conjuntamente pelo ISCTE e pela ILGA.

I) Impactos positivos

Como se refere nesse estudo, até 2011, em Portugal, a mudança de sexo legal e nome próprio nas certidões de nascimento apenas era possível através do recurso a Tribunais – em processos judiciais apontados como violações dos Direitos Humanos das pessoas trans, desde logo pela obrigatoriedade de cirurgias genitais e de esterilidade irreversível. A Lei n.º 7/2011 – que serviu de modelo a outros países pelo seu carácter avançado – retirou estes processos da esfera judicial, conferindo um carácter administrativo ao processo de reconhecimento legal da identidade de género. A lei regula o procedimento de mudança de sexo no registo civil e correspondente alteração de nome próprio. Têm legitimidade para requerer este procedimento as pessoas de nacionalidade portuguesa, maiores de idade, residentes em território nacional ou estrangeiro. O pedido pode ser apresentado em qualquer conservatória do registo civil e deve ser instruído com os seguintes documentos: a) requerimento de alteração de sexo com indicação do número de identificação civil e do nome próprio pelo qual o requerente pretende vir a ser identificado; b) relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, elaborado por uma equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro. Este relatório deve ser subscrito pelo menos por um/a médico/a e um/a psicólogo/a.

Os impactos positivos deste procedimento são vários, como na esfera do acesso ao trabalho e manutenção do emprego, acesso a serviços públicos, segurança na via pública, vida familiar, e vida conjugal e amorosa.



II) Dificuldades

Há, no entanto, dificuldades que se prendem, desde logo, com formas de resistência à inovação legal.

Na implementação da Lei n.º 7/2011 parece ter havido uma necessidade do IRN de ter orientações sobre o que constituiria um relatório e como identificar que profissionais estariam habilitados a assiná-los. Na ausência de especificação na lei, e como a sua experiência inicial foi de uma diversidade de documentos e subscritos por profissionais muito distintos, o IRN desenvolveu um modelo próprio do relatório comprovativo do diagnóstico e ainda uma lista de clínicos habilitados a assiná-los, em conjunto com a Ordem dos Médicos, como se refere no estudo atrás citado.

Os resultados do projeto mostram que o processo de construção desta lista baseou-se maioritariamente no conhecimento informal acerca dos profissionais de saúde que trabalham com pessoas trans em Portugal, tanto no Sistema Nacional de Saúde como na prática de clínica privada. Contudo, foi possível verificar que esta lista inclui profissionais que já não trabalham, ou mesmo que nunca trabalharam de modo significativo, com pessoas trans. Por outro lado, existem profissionais com experiência e formação neste domínio e que não constam da lista. Foram ainda relatados problemas resultantes da existência da lista, nomeadamente casos a quem foi rejeitada a mudança de nome/sexo legal pelo facto de os relatórios apresentados nas conservatórias de registo civil não serem assinados por profissionais que constam da lista.

III) Questões decorrentes do diagnóstico

A inclusão do requisito do diagnóstico de perturbação de identidade de género na Lei n.º 7/2011 veio atribuir formalmente a profissionais de saúde a função de *gatekeeping* (isto é, o controlo do acesso) na mudança de sexo legal e nome próprio. Há práticas diversas no exercício desta função. Práticas que não estão previstas na Lei n.º 7/2011 e afastadas das corretas avaliações da identidade e expressões de género das pessoas trans que devem incidir sobre o possível sofrimento subjetivo, clinicamente relevante, que pode resultar da incongruência entre a identidade de género e o sexo atribuído ao nascimento.

Se há práticas diversas, o número de consultas e o tempo necessário para pessoas trans obterem o relatório comprovativo do diagnóstico varia bastante, o que não deve acontecer.

IV) Mais barreiras e desafios

O estudo que venho referindo concluiu claramente que várias pessoas trans alertaram para as dificuldades decorrentes do custo emolumentar de 200 euros associado ao procedimento administrativo criado pela Lei n.º 7/2011, destacando as dificuldades que pessoas trans têm no acesso ao trabalho, em particular antes da mudança de sexo legal e nome próprio. Foram relatados casos concretos de pessoas que, apesar de terem o relatório comprovativo do diagnóstico, ainda não procederam à mudança por dificuldades económicas.

Os resultados revelam as dificuldades que residentes no estrangeiro têm no acesso à lei: por um lado, o facto de os relatórios assinados por profissionais de saúde estrangeiros não estarem a ser aceites nas conservatórias do registo civil, uma vez que estes profissionais não constam da lista de “clínicos habilitados a assinar relatórios”; por outro, o desconhecimento acerca da lei e dos consequentes procedimentos nos consulados. Importa também notar que o diagnóstico de “perturbação de identidade de género” referido na Lei n.º 7/2011 foi extinto do DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), da Associação Americana de Psiquiatria (APA), em 2013. Foi criado um novo diagnóstico de “disforia de género”, distinto nos seus critérios e posição dentro do manual. Nesta ocasião, a APA clarificou que este diagnóstico se refere a uma experiência de sofrimento clinicamente relevante que decorre da incongruência entre o sexo atribuído à nascença e a identidade de género, e não à identidade das pessoas trans.

Como se refere no estudo – e hoje é um tema que será objeto de debate legislativo –, depois de 2011, outros países (Argentina, Dinamarca, Malta e Irlanda) aprovaram leis de reconhecimento legal do género baseadas no princípio da autodeterminação, excluindo qualquer critério médico ou clínico no reconhecimento legal da identidade das pessoas trans

Na minha opinião pessoal, a lei portuguesa deve evoluir nesse sentido.

Outro dos desafios numa eventual revisão do quadro legal tem que ver com a permissão do reconhecimento legal da identidade de género a menores de idade. O que agora é proibido.

Diria que pelo menos devia encontrar-se um consenso quanto aos 16 anos da idade.



Finalmente, a Lei n.º 7/2011 não possibilita o reconhecimento legal do género a pessoas que se identificam fora das categorias binárias feminino/masculino. É urgente o reconhecimento de pessoas intersexo, bem como a proibição de cirurgias de determinação de sexo à nascença.

Conclusão

Penso ter ficado minimamente demonstrado que estamos a falar de homens e mulheres que são discriminados, não

por aquilo que fazem, mas por aquilo que são. Penso ter ficado demonstrado que estamos a falar de pessoas terrivelmente silenciadas, às quais a lei já deu resposta, mas que são muitos os desafios para mais respostas. Penso ter ficado demonstrado que esta categoria de pessoas tem direito à lei como ponto primeiro de proibição de discriminação, mas há um caminho longo a percorrer no que toca à mudança de mentalidades. A palavra é sempre *empatia*. Perguntar, como no filme que citei: e se habitasses outra pele? ■ *Isabel Moreira*



A EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, DE 1976 AO SÉCULO XXI *

**PROF. DOUTOR
JORGE MIRANDA**
PROFESSOR CATEDRÁTICO



As vicissitudes da Constituição

1. Os efeitos da entrada em vigor da Constituição

A entrada em vigor da Constituição teve, por efeitos imediatos e a curto prazo:

- A estabilização institucional e política, com o fim dos Governos provisórios e a progressiva redução da intervenção política das Forças Armadas;
- A afirmação plena dos direitos e liberdades dos cidadãos com consolidação do pluralismo ideológico e político;
- O reforço das garantias de Direito e processo penal;
- A explicitação dos direitos e liberdades e garantias dos trabalhadores;
- O reforço e o aparecimento de novos direitos dos administrados, com tradução no Decreto-Lei n.º 256-A/77, de 17 de junho;
- A consagração da igualdade plena entre os cônjuges e entre os filhos, depois, também, vertida na reforma do Código Civil operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro;
- A concretização da autonomia político administrativa aos Açores e à Madeira, através de eleições logo em 1976 e da conseqüente formação de órgãos de governo próprio;
- A restauração da autonomia municipal, com eleições também logo em 1976;
- A restauração da autonomia municipal;
- O pedido de abertura de negociações para a adesão às

Comunidades Europeias, em 1977;

- A adesão ao Conselho da Europa e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1978;
- O lançamento do Serviço Nacional de Saúde, em 1979.

2. A questão constitucional após 1976

I – A Constituição nunca foi uma Constituição provisória. Continha, no texto de 1976 (explicável pelas vicissitudes de 1974-1975), um órgão transitório, composto por militares, o Conselho da Revolução, só que presidido pelo Presidente da República, eleito por sufrágio universal e direto, e que o iria paulatinamente apagando.

Tanto não era transitório que enumerava explícitos limites materiais da revisão constitucional – quer dizer, princípios substantivos que deviam ser respeitados em ulterior modificação do seu texto. Era, sim, e continua a ser, uma Constituição compromissória.

O lugar indicado para analisar o problema, extremamente complexo, não pode ser, porém, este. Por agora apenas se diga que cláusulas de limites materiais se encontram em várias Constituições (como na nossa de 1911, no seu artigo 82.º, § 2.4, ou, mais amplamente, no artigo 79.º da Constituição alemã de 1949 e no artigo 60.º, § 2.º, da Constituição brasileira de 1988). O que distingue a Constituição de 1976 é prever um copioso elenco, abrangendo também princípios da organização económica.



II – O modo como se deveria fazer a primeira revisão constitucional foi, de todas as questões, a mais agitada. A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* do assunto, cometendo tal poder à Assembleia da República [artigos 164.º, alínea a), 169.º, n.º 1, e 286.º e segs.], houve quem invocasse a possibilidade ou a necessidade de recorrer ao povo através de referendo; foram apresentados um projeto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à organização do referendo, e a campanha eleitoral relativa à eleição presidencial em 1980 teve-o como tema primacial.

O referendo serviria para resolver o problema dos limites materiais da revisão constitucional, pois só o povo, titular da soberania, os poderia ultrapassar; ou para vencer o bloqueamento ideológico que a Constituição traria consigo, ou para eliminar a regra da maioria qualificada de dois terços para a aprovação de alterações à Constituição, ou ainda na hipótese de não se formar na Assembleia da República a maioria qualificada exigida no artigo 286.º, para viabilizar a própria revisão.

Sendo, embora, diversas as funções esperadas do referendo, era comum a fundamentação: o princípio democrático – por o povo, por direito natural (segundo alguns), estar acima da Constituição e esta mesma apelar para a participação direta e ativa dos cidadãos na vida pública (artigos 48.º e 112.º).

Mas a fraqueza jurídica dos argumentos era notória à face dos cânones gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar previsto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos e pluralistas sobre os de democracia direta).

No fundo, o que estava em causa era a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar – o que pressupunha a aceitação das suas regras –, mas um processo para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se, e de que forma, rutura da ordem constitucional de 1976.

Os resultados da eleição presidencial de dezembro de 1980 resolveram este problema no sentido da inadmissibilidade do referendo e do respeito das regras constitucionais sobre revisão.

III – O intenso debate travado teve, pelo menos, uma vantagem: o de propiciar a consideração crítica dos institutos constitucionais e a formulação, em alternativa, de vários projetos de reforma.

3. As revisões constitucionais

I – A primeira revisão constitucional decorreria, como previsto, com um regime jurídico das alterações mais suaves que o das revisões subsequentes – aprovação por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções aí (artigo 286.º, n.º 2, da Constituição); maioria de dois terços dos deputados em efetividade de funções para as revisões subsequentes (artigo 287.º, n.º 3).

Obrigatória por causa da necessária extinção do Conselho da Revolução, foi feita já com apaziguamento político (ou relativo apaziguamento político) e traduziu-se, no essencial:

- a) A redução das marcas ou expressões ideológico conjunturais vindas de 1975 e, em particular, a supressão das referências ao socialismo em todos os artigos, salvo no 2.º;
- b) O aperfeiçoamento dos direitos fundamentais e a clarificação da Constituição económica numa linha de economia pluralista coerente com o princípio político pluralista;
- c) Em conexão com a extinção do Conselho da Revolução, o repensar das relações entre o Presidente da República, a Assembleia da República e o Governo, com reflexos no sistema político, e a criação de um Tribunal Constitucional;
- d) A criação de um Tribunal Constitucional, sucessor da Comissão Constitucional, que fora o órgão de consulta jurídica obrigatória, no domínio da inconstitucionalidade, do Conselho da Revolução e já um supremo tribunal de recursos na fiscalização concreta.

II – A segunda revisão constitucional ocorreu de 1987 a 1989 e os seus pontos fundamentais foram:

- a) Supressão quase completa das menções ideológico-proclamatórias que ainda restavam após 1982;
- b) Aprofundamento de alguns direitos fundamentais, mormente os dos administrados;
- c) Supressão da regra da irreversibilidade das nacionalizações posteriores a 25 de abril de 1974, e, em geral, ali-



geiramento da parte da organização económica – geralmente considerado o ponto mais importante da revisão;

- d) Introdução do referendo político a nível nacional, embora em moldes muito prudentes;
- e) Modificação de três das alíneas do artigo 290.º sobre limites materiais da revisão constitucional.

III – A terceira revisão constitucional deu-se em 1992, por causa do Tratado de Maastricht (que criou a União Europeia) e, no essencial, consistiu no aditamento ao artigo 7.º de um n.º 6, dizendo: *“Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização do princípio da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia.”*

IV – A quarta revisão efetuou-se em 1997 e os seus pontos mais significativos foram:

- a) Consagração, a propósito da proteção do ambiente, dos princípios do desenvolvimento sustentável e da solidariedade entre gerações;
- b) Possibilidade de reforma do sistema eleitoral relativo à Assembleia da República, permitindo uma representação proporcional personalizada à alemã, com círculos uninominais e um círculo nacional de referência ou de reflexo dos resultados obtidos naqueles primeiros círculos;
- c) Reforço de mecanismos de participação dos cidadãos (participação no planeamento urbanístico, referendos nacionais, regionais e locais, iniciativa popular, candidaturas independentes nas eleições locais);
- d) Desenvolvimento dos poderes das Regiões Autónomas (no plano legislativo, tributário, administrativo e europeu), bem como dos poderes das autarquias locais;
- f) Reforço do Tribunal Constitucional (com novas competências relativas aos partidos e às assembleias políticas) e, sobretudo, extensão dos mandatos dos Juizes para nove anos, não renovável.

À semelhança do que acontecera em 1992, também em 2001 foi desencadeado um processo de revisão constitu-

cional por causa de um tratado: o tratado constitutivo do Tribunal Penal Internacional, assinado em Roma em 1998.

A Constituição foi revista para permitir a ratificação desse tratado, visto que algumas das suas cláusulas eram ou poderiam ser consideradas discrepantes de diversas normas constitucionais. E por isso se adotou uma fórmula genérica (no novo artigo 7.º, n.º 7) semelhante à adotada já noutros países. *“Portugal pode, tendo em vista a realização de uma Justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.”*

Mas a revisão de 2001 tocou também (agora diferentemente do que sucedera em 1992) noutras matérias:

- Previsão, a par do exercício em comum, do exercício em cooperação dos poderes necessários à construção da união europeia;
- Previsão aí também de um “espaço de liberdade, justiça e segurança” (artigo 7.º, n.º 6) e, desde logo, desconstitucionalização, para esse efeito, de algumas garantias relativas à expulsão e à extradição (artigo 33.º, n.º 5);
- Proclamação do português como língua oficial (artigo 11.º, n.º 3);
- Alargamento, em paralelo com o disposto na Constituição brasileira, de direitos a atribuir aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com estatuto de igualdade (artigo 15.º, n.º 3).

V – Provocada basicamente por questões referentes à integração europeia e às Regiões Autónomas, realizou-se uma sexta revisão constitucional ordinária em 2003 e 2004.

Num juízo global sobre os resultados desta revisão cabe notar:

- a) As alterações e os aditamentos aos artigos 7.º e 8.º exigem uma interpretação conforme com a própria Constituição, sob pena de, se entendidos à letra, ferirem gravemente a consistência do Estado;



b) As alterações introduzidas no título das Regiões Autónomas deveriam pôr fim às querelas acerca da autonomia, tão vastos foram os novos poderes por elas obtidos – mas nada garante que assim venha a acontecer;

c) Nos domínios da comunicação social e da limitação de mandatos, a revisão não foi além de compromissos dilatatórios.

VI – Por haver dúvidas (aliás, infundadas) sobre a realização de referendo nacional a respeito da União Europeia, fez-se em 2005 uma sétima revisão constitucional extraordinária.

Aditou-se, em disposições finais e transitórias, um novo artigo 295.º, estipulando o seguinte: “O disposto no n.º 3 do artigo 115.º não prejudica a possibilidade de convocação e de efetivação de referendo sobre a aprovação de tratado que vise a construção e aprofundamento da união europeia.”

É esta uma norma derogatória, visto que o regime do referendo nacional implica um duplo procedimento: primeiro, o povo decide se um tratado ou uma lei merece ou não aprovação, e depois, o órgão competente vai, cumprindo essa decisão, aprovar ou não.

Agora, quanto ao referendo europeu, o povo iria logo aprovar ou rejeitar o tratado. Todavia, não foi isso que se verificou com a aprovação do último Tratado da União, o Tratado de Lisboa de 2007.

4. Mutações tácitas

I – Não houve apenas modificações expressas e formais da Constituição. Houve também mutações tácitas, através do costume, de fenómenos de caducidade e de jurisprudência do Tribunal Constitucional.

II – Costume constitucional *secundum legem*, se assim se pode dizer:

– O funcionamento do sistema de governo como verdadeiro sistema de governo semipresidencial, em que o Presidente preside mas não governa, e, embora sempre mais ou menos apoiado por partidos, não é chefe de partido – o que o distingue do servilismo, sim, superpresidencialismo da V República.

III – Como manifestações do costume *praeter constitutionem*

podem ser indicados:

– A inelegibilidade local para cargos políticos de ministros de religião de qualquer culto com poderes de jurisdição;

– A invalidade, e não a mera irregularidade, das leis de trabalho sem a participação das organizações de trabalhadores;

– A incompatibilidade dos cargos de Presidente da República e de membro do Governo com qualquer função pública ou privada;

– A reserva de competência legislativa da Assembleia da República sobre alguns dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores [formalizada pela revisão constitucional de 1982 – hoje artigos 53.º e segs. e 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição];

– As especialidades das autorizações legislativas contidas na lei do orçamento (formalizadas em 1989 – hoje artigo 165.º, n.º 5);

– A admissibilidade de textos de substituição das comissões (formalizada em 1982 – hoje artigo 167.º, n.º 8);

– Os governos de gestão (formalizadas em 1982 – hoje artigo 186.º, n.º 6);

– A admissibilidade dos Tribunais arbitrais, inclusive dos Tribunais arbitrais necessários (formalizada também em 1982 – hoje artigo 209.º, n.º 2);

– O recurso atípico para Tribunal Constitucional da decisão de qualquer Tribunal de aplicação de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral;

– A votação final global das leis de revisão constitucional;

– A aplicação dos critérios dos artigos 9.º e 10.º do Código Civil à interpretação e à integração de lacunas da Constituição.

IV – Como manifestações de costume *contra constitutionem* apontem-se:

– A prevalência do setor privado sobre o setor público de



- propriedade de meios de produção;
- A desvalorização dos planos;
 - A desnecessidade de deliberação para que os projetos e as propostas de lei sejam votados na especialidade em comissão (contra o artigo 168.º, n.º 3, da Constituição);
 - A categoria de ministro de Estado, com precedência sobre os demais ministros (contra o artigo 183.º);
 - O aparecimento, como órgão do município autónomo e com proeminência sobre a câmara, do presidente da câmara municipal (contra o artigo 250.º);
 - A nunca não recusa de ratificação de tratados pelo Presidente da República [artigo 135.º, alínea b)];
 - A nunca não confirmação pela Assembleia da República de diplomas com normas objeto de fiscalização preventiva no sentido de inconstitucionalidade (artigo 279.º, n.º 2, *in fine*).

5. Caducidade

I – Houve também fenómenos de caducidade; a não confundir com o desuso.

No desuso, a norma, se fosse cumprida, ainda desempenharia a função para que fora criada. Na caducidade, a norma já não pode desempenhar nenhuma função.

Deverá ser esse o entendimento a dar à decisão de “abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português” constante do preâmbulo. E é, sem dúvida alguma, o entendimento que têm de receber o artigo 7.º, n.º 3, 2.ª parte (inicial artigo 7.º, n.º 3, 1.ª parte) e o artigo 292.º (inicial artigo 309.º).

II – O preâmbulo tem valor jurídico, e não apenas histórico.

Todavia, o “abrir caminho para uma sociedade socialista” só pode ser encarado de duas formas:

- a) Ou como significando o mesmo que, desde 1989, se diz no artigo 1.º – “Portugal é uma República soberana... empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e soli-

dária” – e no artigo 2.º – visar “a realização da democracia económica, social e cultural”;

- b) Ou, tendo desaparecido desse mesmo artigo 2.º o objetivo de “assegurar a transição para o socialismo” e tendo desaparecido também, de entre as tarefas fundamentais do Estado do artigo 9.º a de “socializar os meios de produção e a riqueza”, do artigo 80.º e do artigo 81.º, alínea n), o “desenvolvimento das relações de produção socialistas” e do artigo 80.º e do artigo 288.º (inicial artigo 290.º) o princípio de “apropriação coletiva dos principais meios de produção” – como significando que tal fórmula deixou de possuir qualquer alcance prático.

Este segundo entendimento afigura-se muito mais adequado no contexto sistemático.

III – Segundo se lê no artigo 7.º, n.º 3, da Constituição, Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão.

Naturalmente, em caso algum ele poderia ser invocado para abranger também parcelas da comunidade política portuguesa (a açoriana ou a algarvia, a madeirense ou a minhota, por exemplo). Em primeiro lugar, porque se dirige exclusivamente às relações internacionais. Em segundo lugar, porque o direito de insurreição que enuncia só pode justificar-se pela ocorrência de situações de opressão, insuscetíveis de se verificarem no respeito da Constituição; só a ofensa dos valores constitucionais poderia legitimá-la, não a própria Constituição (e é esta que integra os Açores e o Algarve, a Madeira e o Minho na República).

Por outro lado, a despeito da sua origem e da contiguidade com a afirmação da existência de laços privilegiados com os países de língua portuguesa (maior em 1976, por esta afirmação aparecer no mesmo n.º 3, e agora n.º 4), nem sequer este preceito vem manifestar o reconhecimento histórico retroativo do direito de insurreição dos povos africanos contra o domínio colonial português. Por duas razões ainda: porque não é função de uma Constituição proceder a legitimações *a posteriori*; porque é princípio básico de Direito internacional o da continuidade do Estado.

Mas até 2002 era possível atribuir ao preceito um sentido útil. Era possível vê-lo em conexão com o dever do Estado Português de promover e garantir o direito à autodetermina-



ção e à independência de Timor Leste, declarado no artigo 307.º, depois artigo 293.º Este dever, fundado na condenação internacional da ocupação indonésia e na relação histórica e jurídica existente entre Timor e Portugal, ficava reforçado pelo reconhecimento do direito do seu povo à insurreição contra à ocupação indonésia. Depois do referendo de 1999 e da proclamação da independência em 2002 já nada justifica subsistir a proclamação no texto constitucional.

IV – Em “Disposições finais e transitórias”, a Constituição ressalvou na qualidade de leis constitucionais, não na de leis ordinárias (artigos 291.º e 309.º, e após as revisões constitucionais 290.º, n.º 1, e 294.º) – três das leis constitucionais publicadas após a revolução de 25 de abril de 1974: as Leis n.ºs 8, 16 e 18/75, respetivamente de 25 de julho, 23 de dezembro e 26 de dezembro, todas referentes à incriminação e ao julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE-DGS, a polícia política do regime autoritário anterior.

Percebe-se facilmente por que razão estas leis não poderiam deixar de ser entendidas como leis constitucionais, embora à margem da Constituição formal primária. É que, por conterem desvios ao princípio da não retroatividade das leis incriminadoras consagrado no artigo 29.º, n.º 1, e no artigo 11.º, n.º 2, da Declaração Universal, elas não poderiam sobreviver se não fosse a própria Constituição a determiná-lo; teriam cessado a sua vigência logo à face dos artigos 292.º e 293.º iniciais.

Permaneceram, pois, dotadas de força constitucional apenas por virtude de expressos preceitos da Constituição. As suas normas não possuíam qualquer espécie de autonomia diante das demais normas constitucionais; deviam ser interpretadas sistematicamente e integradas em correspondência com elas; e – até onde fosse possível – deviam ter a leitura que menos colidisse com os princípios da Constituição material. Estavam bem longe dos moldes desenhados pelo artigo 16.º, n.º 2.

Hoje (e desde há muitos anos) deve considerar-se que caducaram por esgotamento do seu âmbito de aplicação ou por prescrição de procedimento criminal (artigo 118.º do Código Penal).

6. O contributo da jurisprudência constitucional

I – Ao longo destes 40 anos de vigência da Constituição, o papel da Comissão Constitucional, primeiro, e do Tribunal Constitucional, depois, não consistiu apenas na defesa das

normas constitucionais contra violações por ação ou por omissão. Consistiu, além disso, na construção operada sobre elas (com ou sem apoio doutrinal externo) e na definição das modalidades da sua irradiação para a ordem legislativa.

Em qualquer país, a jurisprudência constitucional – sejam quais forem as conceções e os métodos de interpretação – não pode deixar de ser, pela natureza das coisas, uma jurisprudência muito ativa (o que não equivale necessariamente ao ativismo do Superior Tribunal do Brasil). Em Portugal, teve ainda de o ser mais, em consequência, por um lado, da novidade de muitos dos institutos e, por outro lado, do caráter compromissório da Constituição de 1976 e da delicadeza das situações pós-revolucionárias. Afastando-se quer de leituras maximalistas quer de leituras minimalistas – que, umas e outras, teriam feito soçobrar o sistema –, a jurisprudência constitucional conseguiu traçar uma linha média, de concórdia prática, com soluções equilibradas e exequíveis.

E não poucos dos pareceres e acórdãos (e não poucas das declarações de voto que os acompanham) distinguem-se – independentemente de se concordar ou não com as respetivas posições – por uma profundidade de análise e por um rigor argumentativo não comum noutros Tribunais superiores portugueses.

Graças à jurisprudência constitucional e ao progresso da consciência cívica, a Constituição de 1976 tornou-se uma verdadeira Constituição *normativa*, que se impõe à lei e a todos os demais atos do poder público.

II – Entre os contributos mais positivos da jurisprudência constitucional avultam:

- A densificação do princípio da dignidade da pessoa humana (em matérias como o mínimo económico de existência e a punição do lenocínio);
- O repensar o conjunto dos princípios da igualdade e da proporcionalidade;
- A aplicação do princípio do Estado de Direito e da tutela da confiança;
- A explicitação do direito à identidade pessoal;
- A extensão ao ilícito de mera ordenação social e às sanções



disciplinares, inclusive em Direito do trabalho, de alguns dos princípios fundamentais de Direito penal e das garantias de defesa;

- O princípio de igualdade processual das partes;
- O princípio da publicidade dos atos;
- O entendimento dado ao ensino religioso nas escolas públicas;
- O entendimento dado a alguns direitos dos trabalhadores e à segurança social;
- A consagração das ordens profissionais como associações públicas;
- O tratamento dos direitos dos estrangeiros;
- A aplicação judicial das medidas de reeducação privativas da liberdade;
- A garantia do duplo grau de recurso em processo penal;
- O desenvolvimento do Direito urbanístico;
- A densificação da inconstitucionalidade superveniente;
- As decisões interpretativas e aditivas do próprio Tribunal Constitucional.

Alguns destes contributos seriam acolhidos em revisão constitucional.

7. Desenvolvimento e identidade constitucional

I – A Constituição continua sendo, após sete revisões, após a entrada de Portugal para as Comunidades e para a União Europeia e após tantas transformações registadas no país e no mundo, a mesma Constituição que em 1976 foi decretada pela Assembleia Constituinte – porque uma Constituição consiste, essencialmente, nunca é demais frisar, num conjunto de princípios e menos num conjunto de preceitos.

Foi modificada a formulação da maioria dos artigos, mas só em casos com inflexões de sentido; e sobretudo permaneceram os princípios cardeais identificadores da Constituição

– os princípios sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana, base da República, na ideia de Estado de Direito democrático (preâmbulo e também, a seguir a 1982, artigos 2.º e 9.º).

Foi modificada a redação da maioria dos artigos, se bem que, só em certos casos, com inflexões da mudança de sentido. E, sobretudo, permaneceram os princípios cardeais identificadores da Constituição: a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito democrático, o projeto de construção de uma “sociedade livre e fraterna” (como se lê no preâmbulo) ou de “uma sociedade livre, justa e solidária” (como consta do artigo 1.º após 1989).

II – As modificações relativas aos órgãos políticos de soberania não afetaram a continuidade institucional, e as restantes alterações sofridas pela parte III – desde o referendo às Regiões Autónomas e ao poder local – destinaram-se (melhor ou pior) à sua viabilização.

Mais profundas foram as alterações da parte II. Mas só quem veja na Constituição económica o cerne de qualquer Constituição poderá contestar, por causa disso, a continuidade constitucional. Ainda assim, subsistem, transformados ou temperados, institutos com a intervenção e a apropriação pública [artigos 80.º, alínea d), 83.º e 86.º, n.º 2] e os planos [artigos 80.º, alínea e), 90.º e 91.º]; o estatuto da iniciativa privada não apaga o favorecimento da iniciativa cooperativa e a garantia institucional de autogestão [artigos 61.º, 85.º, 94.º, n.º 2, e 97.º] e a ela podem ser vedados certos setores básicos [artigo 86.º, n.º 3]; perduram intocados os direitos dos trabalhadores e das suas organizações [artigos 53.º e segs.]. Já não poderá falar-se em Constituição socializante, mas, pelo menos, em Constituição de economia social de mercado.

Quanto às modificações introduzidas no artigo 290.º (hoje artigo 288.º), corroborando a tese que há muito eu sustentava da revisibilidade de cláusulas expressas de limites materiais de revisão, não representam também senão benfeitorias e atualizações. O princípio da coexistência de setores é – e já era em 1976 – mais significativo do cerne da Constituição do que a apropriação coletiva; a modificação respeitante ao planeamento é pouco mais que verbal; a participação das organizações populares de base no exercício do poder local, aliás praticamente sem efetividade, terá sido tão-só um limite de segundo grau, e essas organizações ou associações de moradores não desaparecem do texto constitucional.



III – Uma Constituição que perdura por um tempo relativamente longo vai-se realizando através da congregação de interpretação evolutiva, revisão constitucional e costume *secundum, praeter e contra legem*. Contudo, pode também acontecer que, noutros casos, o desenvolvimento da Constituição se efetue em períodos mais ou menos breves, principalmente quando Constituição compromissória através da sobreposição dos mecanismos de revisão, de costumes e de garantia da constitucionalidade sob o influxo da realidade constitucional.

O desenvolvimento constitucional não comporta a emergência de uma Constituição diversa, apenas traz o aprofundamento ou a reorientação do alcance da Constituição vigente. De certo modo, os resultados a que se chega ou vai chegando acham-se contidos nos princípios fundamentais em que assenta; e ou se trata de um extrair das suas consequências lógicas ou da prevalência de certa interpretação possível sobre outra interpretação igualmente possível.

Foi um fenómeno de desenvolvimento constitucional, e não de rutura, aquele que atravessou a Constituição de 1976 ao longo destes anos, por efeito da jurisprudência, das revisões constitucionais (pelo menos, das três primeiras), da jurisprudência e da interação dialética da aplicação das normas e do crescimento de cultura cívica no país. Desenvolvimento constitucional, e não transfiguração ou desfiguração da Constituição.

8. Os problemas atuais

Dito isto, não se ignora que a Constituição – como todas ou quase todas – enfrenta desafios graves neste dealbar do século XXI. Sem esquecer os problemas ligados à globalização

em todos os seus níveis e à comunicação informática, pense-se apenas no que se passa na União Europeia.

O Tratado de Lisboa consagra, no artigo 4.º, os princípios da subsidiariedade, da igualdade dos Estados membros e do respeito pelas suas estruturas políticas e constitucionais. O artigo 7.º, n.º 6, da nossa Constituição fala em convencionar o exercício dos poderes à atribuição à União; o Tribunal Constitucional Federal alemão tem sustentado que ela continua sendo uma associação de Estados.

Ora, a prática desde 1992 ou 1999 tem trazido a erosão dos poderes legislativos do Parlamento e intervenções burocráticas vindas de Bruxelas às quais não se tem podido ou querido responder; além da hipocrisia de uma união monetária sem harmonização tributária. As instituições da Europa, por outro lado, atravessam grave crise.

Pode dizer-se que estamos a caminho de uma Constituição global ou cosmopolita, ou mesmo de uma superconstituição europeia. No entanto, sem transdemocracia (perdoe-se o neologismo) não vejo como se consiga ir mais longe. Nem se esqueça a irreduzibilidade plurinacional da Europa, nos últimos meses ainda mais patente nas reações perante o atual afluxo de refugiados.

Por isso continuo a acreditar no papel insubstituível da Constituição como grande carta dos direitos fundamentais – de que os cidadãos têm cada vez mais consciência – e como sistema normativo a garantia pelos Tribunais em geral e pelo Tribunal Constitucional em especial. A trave mestra da integração democrática da comunidade portuguesa continua, e vai continuar a ser, a Constituição de 1976. ■

Jorge Miranda



DISCURSO DE ENCERRAMENTO
DAS COMEMORAÇÕES DOS 40
ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA PORTUGUESA

DR.^A ELINA FRAGA

BASTONÁRIA DA ORDEM
DOS ADVOGADOS



Comemoramos hoje, na Ordem dos Advogados, o 40.^o aniversário da Constituição da República Portuguesa.

Quero, antes de mais, agradecer a todos os oradores e a todas as oradoras que, ao longo deste dia, nos interpelaram a refletir sobre a Constituição e a evocaram, de forma tão eloquente, como um verdadeiro hino à liberdade, à igualdade e à solidariedade.

Caros convidados e convidadas, Senhor Presidente da República, Excelência:

Se neste aniversário fomos e somos convocados a pensar e a refletir sobre a nossa Constituição e, *maxime*, sobre a sua verdadeira aplicação prática, julgo ser uma emergência nacional que a possamos sentir. Senti-la com a força anímica de quem percebe o enorme legado que recebeu. Com a força anímica de quem sabe que tal legado é para manter. Mas também com a força anímica de quem teme que esse legado possa não ser eterno, sobretudo quando temos profunda consciência de que se começam a instalar extensas zonas cinzentas na nossa democracia e nas outras democracias que nos habituámos a conhecer.

E é pela consciência da finitude desse legado que as comemorações do aniversário da Constituição fazem, e farão sempre, todo o sentido. Celebrar, neste Casa, a Democracia, a Liberdade, a Igualdade e a Solidariedade nunca será demais. Nesta casa que é a Ordem dos Advogados e que tanto

tem contribuído, ao longo dos anos em que vivemos em Democracia, para a discussão, para a reflexão e para a defesa intransigente dos princípios de abril e da Constituição.

E é ainda pela mesma consciência da eventual finitude desse legado de abril que a Ordem dos Advogados trava, e travará sempre, enquanto eu for Bastonária, uma luta sem tréguas pelo acesso, de todos e de todas, em condições de inegável igualdade, à Justiça. Uma luta sem tréguas pelos princípios constitucionalmente consagrados, pelo total respeito pelo princípio da presunção de inocência e pelo respeito absoluto de todas as garantias de defesa consignadas na Constituição e próprias de um Estado de Direito Democrático.

Uma Constituição que assenta na dignidade humana é uma Constituição que promove a paz e a democracia e fortalece os direitos humanos. Uma Constituição que nos impele à reflexão durante 40 anos é uma Constituição moderna e avançada no seu tempo. Uma Constituição que permite aperfeiçoamentos ou pequenos ajustes que a adaptem à realidade de cada momento histórico, sem perder os princípios basilares e estruturantes que a enformam, é uma Constituição que nos orgulha. É uma Constituição que resiste, que teima em fazer resistir a Democracia e que nos obriga e impele, a todos e a todas, cidadãos e cidadãs, a deixar de ter medo de existir, citando José Gil, numa célebre alocução ao povo português, em *Portugal hoje – o medo de existir*.



E porque nós, Advogados e Advogadas, não temos, nem teremos nunca, medo de existir, recebemos hoje, na nossa Casa, de forma entusiástica e cheia de esperança, o Senhor Presidente da República, representante máximo de todo o povo português, representante máximo da nossa Democracia e principal guardião da nossa Constituição e, por isso, defensor, de pleno direito, de todos os princípios nela consagrados.

E nós, Advogados e Advogadas, temos o enorme prazer de o receber aqui. Nesta casa onde, todos os dias, se luta por mais e melhor Justiça. E reconhecer a feliz coincidência de o recebermos pela primeira vez no mesmo dia em que celebramos a nossa Constituição e dizer-lhe que nós – Advogados e Advogadas que todos os dias, por todo o país, e em todos os recantos, envergamos as nossas togas para pugarmos e defendermos os Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos – sabemos que V. Ex.^a enverga, na sua alma, a nossa toga, a toga que defende, de forma intransigente e tantas vezes anónima e invisível, todos os cidadãos e todas as cidadãs.

A força de um Estado de Direito Democrático mede-se pela independência da Advocacia: Advogados e Advogadas livres e independentes representam uma voz contra quaisquer políticas que ameacem as liberdades, que triturem direitos ou

suprimam garantias e o seu amordaçamento, o seu silenciamento ou afastamento representarão sempre um passo fatal no sentido da degradação do próprio Estado de Direito.

Os Advogados e as Advogadas não permitirão, nunca, em silêncio interiorizado, o cerceamento de quaisquer Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos deste país. Os Advogados e as Advogadas não permitirão, nunca, a contaminação do pensamento e não pactuarão com quaisquer interesses instalados, sejam eles quais forem, que restrinjam ou limitem os direitos fundamentais de todos os portugueses e de todas as portuguesas.

Temos a plena convicção de que V. Ex.^a também nunca o permitirá!

Bem-haja por isso, e muito obrigada!

Permita-me, Senhor Presidente da República, Excelência, que, enquanto representante de todos os Advogados e Advogadas, o desafie a aceitar, simbolicamente, a nossa toga, e a olhar, daqui para a frente, para cada um de nós como seu aliado na luta e na defesa intransigente da dignidade da pessoa humana e na construção empenhada de uma sociedade mais justa, mais livre e mais solidária. ■ *Elina Fraga*



DISCURSO DE ENCERRAMENTO
DAS COMEMORAÇÕES DOS 40
ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA PORTUGUESA DE
SUA EXCELÊNCIA O PRESIDENTE
DA REPÚBLICA, SENHOR
PROFESSOR DOUTOR MARCELO
REBELO DE SOUSA ¹

**PROF. DOUTOR MARCELO
REBELO DE SOUSA**

PRESIDENTE DA REPÚBLICA PORTUGUESA



A minha primeira palavra vai, naturalmente, para V. Ex.^a, Senhora Bastonária, para lhe dizer a honra que tenho em estar aqui, de aqui vir, de aqui ser recebido nesta casa que é, simultaneamente, uma das casas do Direito, da Democracia e da Liberdade e, portanto, da Constituição da República Portuguesa, e agradecer a saudação de V. Ex.^a e o gesto simbólico que tanto me sensibilizou. ²

Quis o destino que, terminada a minha licenciatura e completado o equivalente ao atual mestrado e, mais tarde, o doutoramento, não tivesse usufruído da faculdade que então vigorava que permitia aos doutorados em Direito um acesso mais expedito, digamos assim, à Advocacia. Não quer isso dizer que não guarde recordações inesquecíveis desta Ordem e da sua biblioteca. Aqui encontrei grandes figuras de causídicos, estudava eu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Na biblioteca preparei praticamente todos os exames de todas as disciplinas, nomeadamente no domínio do Direito privado, do Direito penal e processual, do Direito internacional privado. Isso significa que me senti, desde muito cedo, solidário com a causa dos Advogados. E depois quis também o destino que acompanhasse a vivência dos Advogados, não apenas por razões de natureza familiar, mas pela intervenção que os jurisconsultos amiúde

têm, a solicitação dos Advogados, nas causas mais variadas em apreciação nos órgãos jurisdicionais. E, portanto, pode V. Ex.^a contar, e já podia sem toga, mas acrescidamente com toga, com a atenção, o desvelo e o apoio do Presidente da República, tratando-se da vigência da Constituição da República Portuguesa, da defesa dos Direitos Fundamentais nela consagrados, da vitalização da Democracia em qualquer uma das suas vertentes, representativa, participativa ou referendária, sabendo nós que os Advogados têm, tal como os Magistrados aqui tão eloquentemente representados, um papel essencialíssimo na construção quotidiana dessa Democracia e na defesa da liberdade.

Muito obrigado, Senhora Bastonária, e é de facto uma felicidade que aqui tenha vindo no dia que se celebra a Constituição, volvidos 40 anos da sua aprovação e promulgação.

Mas é impossível separar essa Constituição dos pais fundadores da Democracia, e na primeira fila desta sessão e orador último das comemorações dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa tenho à minha frente um querido Mestre e amigo, Mestre de Direito, Mestre de universidade e Mestre de vida, o Senhor Prof. Doutor Jorge Miranda, mas hoje, sobretudo, tenho perante mim o constituinte, e era isso

¹ Transcrição do discurso proferido por Sua Excelência o Senhor Presidente da República, não revista, mas cuja publicação foi expressamente autorizada.

² Antes do Discurso de Encerramento, a Senhora Bastonária da Ordem dos Advogados, Dr.^a Elina Fraga, ofereceu ao Senhor Presidente da República uma toga que pretendeu simbolizar a aliança de todos os Advogados e Advogadas com o Senhor Presidente na defesa da Constituição. É a esse gesto que o Senhor Presidente da República se refere no seu discurso.



que queria recordar: recordar o que foi uma saga inesquecível vivida na idade que se deve viver esse tipo de sagas, algures entre os vinte e poucos e os quarenta anos de idade. A partir daí também se pode viver, mas com riscos cardíacos acrescidos, porque foi de facto uma saga, a saga da eleição da Assembleia Constituinte, a saga da experiência única, para todos nós, do funcionamento de uma Assembleia Constituinte com escassíssimas estruturas de apoio, a saga da organização dos grupos parlamentares, a saga da verificação dos poderes, a saga da eleição da mesa, a saga da aprovação do regimento, ele próprio essencial, como VV. Ex.^{as} saberão, porque juntava a um período de debate sobre a matéria constituinte um outro período de debate sobre a revolução que nos rodeava. A saga da apresentação dos vários projetos, de notáveis projetos da Constituição, todos eles com o traço do que havia de melhor nos juristas publicistas portugueses, e depois o debate acerca desses projetos na generalidade, o debate sobre a sistematização da Constituição e a matéria de apreciação de todas as temáticas que viriam a integrar a Constituição da República Portuguesa.

Tudo isto, no que parece uma eternidade vivida em menos de um ano, tendo a Assembleia Constituinte arrancado em junho e terminado no início de abril do ano seguinte.

Não houve paragem no Verão, e é certo que o Prof. Jorge Miranda foi, de todos, não só um dos mais influentes no conteúdo, mas certamente dos mais constantes no labor, porque não havia fim de semana que não regressasse com várias propostas entretanto elaboradas, mas devo dizer que ao olhar para o elenco dos constituintes nele encontramos, tirando, naturalmente, a minha modesta pessoa, do que havia de melhor no Direito e porventura no panorama político português.

Foram debates excecionais, muito densos, dos quais eu reteinho algumas ideias fundamentais. Quando encontro alguns saudosistas, e é bom que em Democracia haja também alguns saudosistas, que se perguntam se não teria havido uma solução preferível àquela que foi a solução da revolução e da Constituição de 1976, gosto de lhes recordar que a solução que gostam, de quando em vez, de evocar, com a situação presente de algumas dificuldades sociais, económicas, políticas e culturais, era uma situação sem saída, um beco sem saída em termos de regime político, de sistema de governo, da situação nas colónias, de drama de emigração para a Europa, de crise económica e financeira. Aliás, um dos grandes debates da Constituinte foi o de saber o que seria preferível:

se a revolução continuar, postergando-se a publicação da Constituição, ou a Constituição chegar, institucionalizando o que era possível, um compromisso entre as várias revoluções que nos animavam. E houve um tempo em que parecia prevalecer a ideia de que matar a revolução com a Constituição seria empobrecer a experiência política, económica e social portuguesa. Nunca foi essa a minha posição e vingou a posição que me parece adequada. A Constituição poderá ter travado, congelado, aquilo que era um processo revolucionário que até um determinado tempo era vivido, numa fase que podemos chamar de fluxo, mas o que é facto é que a Constituição teve um valor essencial, que foi o de obrigar a um compromisso mínimo entre forças partidárias para que o país pudesse ter um texto constitucional e, com isso, abrir, de forma institucional e duradoura, uma nova fase de vivência cívica.

E o meu cumprimento ao constituinte Prof. Jorge Miranda é um cumprimento, na sua pessoa, a todos os constituintes. É certo que ele foi dos mais eloquentes e brilhantes, mas todos os constituintes viveram essa saga, felizmente muitos ainda vivos e outros que recordamos com muita saudade e nunca será demais agradecer o seu papel, discutindo e votando uma Constituição no meio de uma revolução, um processo fascinante, mas complexo. A Constituição não só se afirmou no seu momento inicial como teve plasticidade para se ir ajustando às transformações muito profundas em 40 anos de história política, económica, social e cultural contemporânea.

Consecutivas revisões fizeram chegar a Constituição ao seu conteúdo atual, e, como já disse por várias vezes e nunca é demais repetir, ela é um programa normativo compromissório e consensual na sociedade portuguesa, porque todas as forças políticas acabaram por votar, pelo menos uma parte, dessa Constituição, e neste momento aí está condensado o verdadeiro consenso de regime. Neste tempo em que se fala de consensos de regime, o essencial do consenso de regime está plasmado na Constituição, está plasmado nos princípios fundamentais, está plasmado na organização social e económica e na organização do poder político, está plasmado na garantia da Constituição e na garantia da revisão. Esta plasticidade justifica que possamos hoje agradecer um compromisso que é estabilizador na Democracia portuguesa: podem existir vários termos alternativos de governação, e é bom que eles existam, mas nenhum desses termos questiona o essencial da Constituição. Defendo, naturalmente, como é legítimo em Democracia, revisões, modificações e ajustamentos, mas não questiono o essencial da Constituição material portuque-



sa, uma vez que todos aprendemos que, mais importante do que a Constituição formal, é a Constituição material, aquilo que é verdadeiramente nuclear no texto constitucional. Todos os demais consensos são projeções setoriais desse consenso global e, felizmente, quanto a esse consenso global, estamos genericamente de acordo, e isso explica-se porque não há na sociedade portuguesa radicalismos, xenofobias, marginalizações, fenómenos extrassistemáticos ou sistémicos que existem noutras sociedades europeias.

A Constituição, ela própria, teve um papel pedagógico, e muitos dos que se não reviam nela no início ou que se reviam mais nela no início do que em momentos subsequentes acabam por não a questionar, e ela é um fator de integração nacional e é um denominador comum, e é a esse denominador comum que devemos largamente a estabilidade institucional da nossa Democracia. E por isso é tão pedagógico que existam iniciativas como aquela que a Ordem dos Advogados promoveu. Eu entendo, como tenho dito muitas vezes, que a Democracia se constrói todos os dias, e cada dia em que não é construída está a ser enfraquecida, que a igualdade se defende todos os dias, que a liberdade se defende todos os dias, que a solidariedade se defende todos os dias. E esta construção é um esforço complexo e plural em Democracia, mas é um esforço crucial, e por isso é bom que se multipliquem iniciativas de celebração da Constituição. Estas celebrações podem parecer apenas algo de reservado a académicos, a especialistas, a teóricos, e não é que a Constituição não tenha motivado, como disse no Tribunal Constitucional, uma riquíssima doutrinação no âmbito do Direito constitucional que influenciou Constituições de Estados europeus e de Estados não europeus, e, muitas vezes, nós minimizamos isso. Recordo-me como o Senhor Professor Jorge Miranda recordou em vésperas de elaboração da Constituição brasileira (o Senhor Professor Jorge Miranda tem uma experiência mais rica ligada a Constituições de países africanos de língua portuguesa), em 1988, ser muito frequente a presença de constitucionalistas portugueses no Brasil para debater a Constituição que nos rege, e isso é uma grande riqueza. Mas não passa apenas por aí o debate acerca da Constituição: a pedagogia acerca da Constituição passa por um debate mais amplo, pela vivência da Constituição, e aí os Advogados têm um papel fundamental, como têm os Magistrados, como têm todos os cidadãos em geral, por isso folgo ver aqui reunidos parlamentares que ao longo de 40 anos de vigência da Constituição deram vida à Constituição, tal como cumprimento aqueles que na Magistratura, como na Advocacia, como no ensino ou

na cidadania, deram, todos os dias, vida à Constituição. E dar vida à Constituição é lutar pelos direitos que ela encerra, é fazer funcionar cada vez melhor o sistema político que ela comporta, é pensar não apenas nos Direitos, Liberdades e Garantias, mas também nos direitos económicos, sociais e culturais: esse é o desafio de hoje. Mas como é natural uma reflexão desta natureza – eu percebi pelos tópicos tratados e percebi também enquanto subia as escadas, por aquilo que a Senhora Bastonária me foi narrando do que tinha sido aqui discutido –, é natural que haja matérias sobre as quais todos nós temos propostas de melhoramento, não de substituição global, não de contestação da Constituição material, mas de melhoramento da Constituição. Algumas delas decorrem do que mudou em Portugal, do que mudou na Europa, do que mudou no mundo, por exemplo, em matéria de Direitos, não na essência dos Direitos, mas na efetivação dos Direitos, nos riscos que se colocam, nos desafios que se colocam nas realidades novas, científicas, técnicas, económicas, sociais e culturais e que não era possível prever, nem mesmo nas revisões constitucionais, para garantir a proteção desses Direitos. Esse é um desafio constante, como é um desafio constante o que se coloca na organização do poder político.

Há novas realidades de integração supraestadual, como também de vivências infraestaduais, diferentes das que existiam quando foi votada a Constituição ou foram votadas as revisões, e por isso é natural que se debatam, mesmo com o esforço que foi concretizado em 1997 para desconstitucionalizar o debate específico do sistema eleitoral parlamentar nacional e do sistema de governo local, matérias do chamado sistema político e da organização do poder político que mereçam ser revisitadas. Como há problemas novos que se colocam na compatibilização entre a Democracia económica e social e a viabilidade económica e financeira e o equilíbrio financeiro, em que a Constituição funciona como um limite naquilo que pode ser tolhido em termos de Direitos Fundamentais, por causa de condicionantes de natureza económica e financeira, sabendo nós como as conjunturas são cada vez mais fluidas.

Tal como é complexo o efeito jurídico do relacionamento da ordem constitucional portuguesa com a ordem jurídica europeia, sendo certo que, como constitucionalista, sempre defendi o primado da Constituição sobre o Direito europeu e a própria Constituição diz que os princípios fundamentais de um Estado de Direito plasmados na Constituição prevalecem sobre o Direito europeu, mesmo primário, mas temos que convir que temos problemas complexos que todos os dias se susci-



“E por isso, Senhora Bastonária, em boa hora suscitou este debate, prestigiante para todos, para aqueles que nele participam e assistem, para os mestres que aqui vieram dar o seu testemunho, para a Ordem dos Advogados, que mostra a sua vitalidade e cumpre a sua função cívica, e o Presidente da República, mesmo que não tivesse sido constituinte, mesmo que não tivesse sido professor de Direito Constitucional (...), o Presidente da República teria sempre de vir aqui para agradecer a iniciativa, porque se trata de um passo muito importante para a Democracia portuguesa.”

tam na compatibilização destes sistemas jurídicos, e não são os problemas que se suscitavam nos anos 80, que eram de ajustamento nacional: são problemas concretos de incidência económica, financeira e social nos mais diversos setores da atividade comunitária, e esse é um desafio complexo ao constitucionalismo contemporâneo, como é o próprio sonho de um constitucionalismo global que vai tendo afloramentos nalgum Direito internacional e que coloca desafios à visão clássica do constitucionalismo meramente estatal, que foi aquela em que muitos de nós fomos formados.

Ainda ontem lia um testemunho de outro mestre do Direito Constitucional, o Prof. Doutor Gomes Canotilho, em que ele recenseava estes problemas como problemas inevitáveis a constituírem desafios ao constitucionalismo de hoje e de amanhã.

E, no domínio da garantia da Constituição, como ir mais longe na defesa da Constituição, desde debates clássicos sobre a composição do Tribunal Constitucional até debates menos clássicos sobre direitos de acesso direto dos cidadãos ao Tribunal Constitucional ou à prática específica de um sistema imaginativo, como é o nosso, de fiscalização abstrata e da fiscalização concreta da constitucionalidade? Todas estas matérias estão permanentemente em debate académico e sujeitas a uma reponderação em termos reconstituintes, e isso enriquece a Constituição. O facto de haver professores de Direito Constitucional e alunos de Direito Constitucional e cidadãos que, a cada momento, se interrogam no sentido de procurar, aqui e ali, novas pistas para aprofundamento ou melhoria da Constituição. E isto é uma vitória da Constituição, porque só as Constituições vivas e abertas comportam esta experiência; as Constituições autocráticas de regimes ditatoriais não comportam experiências com esta criatividade, e por isso, Senhora Bastonária, em boa hora suscitou

este debate, prestigiante para todos, para aqueles que nele participam e assistem, para os mestres que aqui vieram dar o seu testemunho, para a Ordem dos Advogados, que mostra a sua vitalidade e cumpre a sua função cívica, e o Presidente da República, mesmo que não tivesse sido constituinte, mesmo que não tivesse sido professor de Direito Constitucional (antes de se render, por razões práticas, e em muitos casos, à inevitabilidade da regência do Direito Administrativo), o Presidente da República teria sempre de vir aqui para agradecer a iniciativa, porque se trata de um passo muito importante para a Democracia portuguesa. A função do Presidente da República, como guardião da Constituição, é a de, permanentemente, não apenas estar atento ao respeito da Constituição, como promover a Constituição, promovê-la permanentemente: essa é a sua função, e não faz mais do que a sua função ao estar aqui, participando numa forma de promover a Constituição, no sentido de chamar a atenção para a importância da Constituição, dos valores que encerra, dos princípios de que enforma, e, nesse sentido, eu diria: felizes as Democracias como a de Portugal, que, sendo tão jovens, tendo tido antecedentes tão complexos até chegarem onde chegaram, podem dizer, 40 depois, que têm uma Constituição que representa o denominador comum entre os portugueses, felizes aquelas que podem dizer que a sua Constituição é um consenso nacional a partir do qual é possível construir outros consensos, na diferença, no dissenso que é a riqueza da Democracia. E é essa felicidade que se deve aos constituintes de 75/76, mas também aos capitães de Abril, como se deve também àqueles que lutaram durante décadas, invocando aqueles que lutaram pela liberdade, mesmo antes da Democracia: a todos eles se deve, de facto, a realidade que hoje celebramos e que é um fator de honra, de orgulho e de prestígio para Portugal. ■

Marcelo Rebelo de Sousa



CELEBRAÇÕES

40 ANOS **CONSTITUIÇÃO**
DA REPÚBLICA
PORTUGUESA



ORDEM DOS
ADVOGADOS

Boletim da Ordem dos Advogados
Mensal

N.º 141 Agosto 2016 - Edição Especial

Propriedade, Editor e Redação

Largo de S. Domingos, 14 - 1.º,

1169-060 Lisboa

Tel. 218 823 550 Fax 210 072 955 E-mail

boletim@oa.pt

NIF: 500965099

Diretora

Elina Fraga | gab.bastonaria@cg.oa.pt

Departamento Editorial Fátima Maciel,

Marinela Deus, Rebeca Ribeiro Silva

e Sandra Coelho | boletim@oa.pt



Coordenação de conteúdos

EIXO NORTE SUL, comunicação e conteúdos

Geral@eixonortesul.pt

Com: Fernanda Freitas, Raquel Malainho,

Teresa Basso, Vera Galamba **Design:** Carla

Chamusca - Design de Comunicação

Fotografia: Bruno Cortes

Os textos publicados são da responsabilidade
dos seus autores.



Uma publicação do Departamento de Novas

Soluções de Media da Impresa Publishing

Rua Calvet de Magalhães, 242, Laveiras

2770-022 Paço de Arcos/Tel.: 214 698 000

Revisão: Dulce Paiva

Design: João Matos

Gestor de Projeto: Luís Miguel Correia

Produção Gráfica: João Paulo Font

Responsável pela publicidade

no Boletim OA:

Pedro Costa Santos | psantos@impresa.pt |

214 544 228 | 965 882 547

Distribuição gratuita aos Advogados

inscritos na Ordem.

Tiragem: 30.665 exemplares

Depósito legal n.º 12372/86

ISSN 0873-4860 27

Isenta de registo na ERC ao abrigo
do Decreto Regulamentar n.º 8/99,
de 9 de junho



kia.pt

Envolva-se em luxo
inteligente.



OPTIMA



The Power to Surprise

Requintado e aperfeiçoado, o novo Kia Optima assegura uma paz de espírito total e uma experiência de condução única. Desde o seu design atraente até às suas funcionalidades, equipamentos e tecnologias inovadoras, o novo Optima estabelece um novo padrão de qualidade.



reddot award 2016
best of the best