

AS INDEMNIZAÇÕES POR NACIONALIZAÇÃO E AS COMISSÕES ARBITRAIS EM PORTUGAL

Pelo Prof. Doutor Marcelo Rebelo de Sousa ()*

PLANO

- 1 — Razão de ordem.
- 2 — A especialidade da intervenção de comissões arbitrais em matéria de indemnizações por nacionalização, no Direito português.
- 3 — Os critérios de determinação das indemnizações por nacionalização, no Direito Português.
- 4 — CONCLUSÕES.

1. RAZÃO DE ORDEM

1.1. O objecto deste pequeno estudo cobre apenas uma zona circunscrita do vastíssimo problema das nacionalizações e suas incidências na ordem jurídica portuguesa.

Ele corresponde à terceira e última de três comunicações-palestras preparadas para um ciclo relativo a Direito Constitucional Económico português numa instituição científica brasileira e a retomar em seminário norte-americano ⁽¹⁾.

(*) Professor e Presidente do Conselho Directivo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e Professor da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.

⁽¹⁾ Sendo a primeira o *Instituto Pimenta Bueno*, em S. Paulo, e o segundo um Seminário sobre o Direito Português actual e as Comunidades Europeias, organizado para mestrandos da *American Graduate School of International Management*, de Arizona.

O presente estudo é datado de 25 de Fevereiro de 1989.

O ciclo em causa supunha três exposições baseadas em elementos escritos, reportando-se a primeira ao «Conceito e natureza da nacionalização — do Direito Comparado ao Direito Português», abordando a segunda o tema «História político-constitucional das nacionalizações em Portugal», e respeitando a terceira e última ao tópico «As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal».

Preparadas em conjunto, as diversas palestras foram objecto de autonomização para efeito de publicação.

Encontrando-se em curso, para já no estrangeiro, a edição dos opúsculos correspondentes às duas primeiras, considerámos ser mais adequada a edição da derradeira em Portugal.

Ao fim e ao cabo, trata-se daquela que mais se integra no âmbito específico da ordem jurídica portuguesa e cujo interesse cimeiro tem que ver com as recentes vicissitudes dessa ordem jurídica.

1.2. A palestra encontrava-se dividida em duas partes distintas, embora complementares.

Na primeira explicávamos, analisando-o, o sistema legalmente instituído para arbitrar a fixação dos montantes das indemnizações.

Na segunda apreciávamos a própria questão substancial dos critérios de determinação das indemnizações, tentando nomeadamente expor e clarificar o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, datado de 9 de Fevereiro de 1988 e publicado em 3 de Março de 1988.

Mantemos a mesma sistematização, com algumas simplificações ou supressões de comentários que se nos afiguravam esclarecedores para públicos estrangeiros mas aparecem como supérfluos para uma edição nacional. É o caso, por exemplo, da caracterização dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade e de controlo da legalidade no Direito Português.

1.3. Uma prevenção final importa aditar neste curto introito explicativo: apesar de algumas, escassas, alterações de forma, o texto ora divulgado não se afasta, no essencial — e salvo nas matérias acima referidas como suprimidas — daquele que foi escrito para ser dito em conferência a realizar perante um público nem sempre conhecedor de muitos dos meandros do Direito portu-

guês. Daí que se possa ressentir da oralidade para que se encontrava moldado e de algum pormenor explicativo, porventura excessivo para juristas nacionais.

De um e de outro pecado nos confessamos culpados.

2. A ESPECIALIDADE DA INTERVENÇÃO DE COMISSÕES ARBITRAIS EM MATÉRIA DE INDEMNIZAÇÕES POR NACIONALIZAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS.

2.1. Vimos nas duas exposições anteriores qual a definição do conceito de nacionalização no Direito Português, sua diferenciação de conceitos e seu enquadramento de uma óptica comparatista; pudémos igualmente apreciar como se desenvolveu, entre 1974 e 1976, um processo longo e complexo de nacionalizações em Portugal, englobando, embora com autonomia legislativa, a «reforma agrária», e qual o enquadramento constitucional do direito à indemnização. Referimo-nos, em particular, aos traços fundamentais dos regimes contidos no Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho e na Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, alterada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, de 2 de Setembro que, por seu turno, viria a ser ratificado com alterações pela Lei n.º 36/81, de 31 de Agosto; todos os diplomas condicionados pelo princípio constitucional do direito de propriedade privada e de livre empresa, consagrados nos Arts. 62.º — n.º 1 e 61.º — n.º 1 da Lei Fundamental que nos rege, e pela correspondência também constitucional, de princípio, entre a «nacionalização e socialização dos meios de produção» por um lado, e o «pagamento de justa indemnização» por outro.

Dizemos correspondência *de princípio* a pensar na versão inicial da Lei Fundamental, porque, até 1982, a própria Constituição autorizava, no seu Art. 82.º n.º 2, que a lei excluísse a indemnização de «latifundiários» e de «grandes proprietários e empresários», o que deixou de acontecer a partir da primeira revisão constitucional e seria hoje inconstitucional.

Não é, no entanto, intuito nosso equacionarmos neste ensejo — repetindo ideias já expressas — todo o regime legal das indemnizações por nacionalização. Mas antes o apreciarmos, sucessivamente, duas questões nucleares desse regime. Primeiro, a espe-

cificidade da intervenção de comissões arbitrais no domínio em exame. Segundo, os critérios materiais de fixação das indemnizações.

Começemos pela primeira questão, de algum modo subordinada ou instrumental em relação à segunda. E, dentro dela, vejamos, antes de tudo o mais, qual foi e é o quadro legislativo vigente, para procedermos, depois, ao seu breve comentário crítico.

2.2. A Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, consignou que fossem determinados os valores das indemnizações, nos Arts. 8.º a 12.º, mas desde logo previu o regime das indemnizações definitivas.

Para estas, de acordo com os Arts. 13.º e seguintes, estabeleceu que o valor de cada acção ou de parte de capital seria definido por despacho do Ministro das Finanças, respeitado o regime do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho, salvo na parte em que ele contrariasse o disposto na própria Lei n.º 80/77.

Mais especificou que o despacho do Ministério das Finanças deveria ser precedido de parecer de uma comissão composta por um representante do Ministério das Finanças, que presidiria, por um representante do Ministério da tutela da empresa nacionalizada e por um representante dos ex-accionistas, ou ex-sócios, por estes designados por sufrágio, cabendo a cada ex-accionista ou ex-sócio um voto. A comissão em causa deliberaria por maioria dos membros.

Regime idêntico vigoraria no tocante a indemnizações definitivas devidas pelas nacionalizações efectuadas no âmbito da reforma agrária, com a diferença de, nesse caso, o despacho governamental ser da competência conjunta do Ministro das Finanças e do Ministro da Agricultura e Pescas.

Era neste contexto que o Art. 16.º da Lei n.º 80/77 regulava a figura da *comissão arbitral*, que vai merecer a nossa muito especial atenção.

2.3. O Art. 16.º da Lei n.º 80/77, na sua redacção original, compreendia 11 números e, em linhas gerais, o seu conteúdo era o seguinte:

1.º O recurso do acto administrativo ministerial, que fixava o valor de cada acção, parte de capital ou da indemnização global (no caso da reforma agrária), para uma comissão arbitral, não esgotava o recurso «para outras instâncias competentes», relativamente a «quaisquer litígios» respeitantes «à titularidade do direito à indemnização definitiva e à sua fixação, liquidação e

efectivação». Concretamente, podiam os interessados — além do acesso aos tribunais comuns para apreciação do direito à indemnização, sua fixação, liquidação e efectivação — recorrer do despacho ministerial, em alternativa: ou para a comissão arbitral, ou para o Supremo Tribunal Administrativo (para o qual, de resto, podia, por igual, recorrer o Ministério Público).

2.º Existia uma só comissão arbitral, com o objectivo de uniformizar as decisões sobre matéria de indemnizações.

3.º Essa comissão era composta por sete membros, assim designados:

- a) um presidente e dois vice-presidentes, sendo o primeiro um juiz do Supremo Tribunal de Justiça e os restantes magistrados dos tribunais judiciais, todos designados pelo Conselho Superior da Magistratura;
- b) dois árbitros efectivos (e dois substitutos) designados pelo Governo «de entre pessoas com reconhecida competência, honestidade e isenção»;
- c) um árbitro efectivo (e outro substituto), em representação dos ex-accionistas e ex-proprietários em geral;
- d) um árbitro designado por cada accionista ou proprietário, que interviria exclusivamente no julgamento do caso individual considerado, (sendo substituído, na falta de designação ou na ausência, pelo árbitro substituto referido na alínea c).

4.º A comissão arbitral podia funcionar em sub-comissões, sendo cada sub-comissão constituída por um dos árbitros magistrados judiciais, pelos dois representantes do Governo e pelos dois árbitros representantes dos ex-accionistas e ex-proprietários. Competia à mesma sub-comissão apreciar os litígios concernentes a todos os ex-accionistas ou ex-sócios de uma mesma empresa e aos comproprietários de um mesmo bem nacionalizado, variando apenas o árbitro designado por cada accionista ou proprietário recorrente.

5.º A comissão arbitral dispunha de competência para julgar da existência dos créditos pretendidos e para reapreciar de pleno direito (isto é, com plena jurisdição) a liquidação, a avaliação e as formas de pagamento, podendo anular ou modificar os actos impugnados. Era ainda competente para julgar os casos de compensação do crédito particular com outros créditos submetidos pelo Estado ou outras entidades públicas.

6.º O recurso para a comissão arbitral podia ser interposto no prazo de noventa dias a contar da data do despacho impugnado, salvo justificação por aquela considerado adequada para ampliar o prazo, e podia suspender a efectivação dos actos subsequentes ao recorrido excepto a atribuição de indemnização provisória.

7.º O processo junto da comissão arbitral, a regulamentar pelo Governo, seguiria supletivamente o regime próprio dos tribunais arbitrais. E às resoluções da comissão arbitral seria aplicável o regime da inexecução legítima das sentenças dos tribunais administrativos.

Assim se acentuavam os traços jurisdicionais da figura consagrada, aliás também sublinhados pela cominação de crime de desobediência para a recusa, por parte de responsáveis de entidades públicas ou privadas, de todo e qualquer elemento de que carecesse a comissão arbitral.

8.º Das resoluções da comissão arbitral, obrigatoriamente publicadas no jornal oficial, cabia recurso para o Supremo Tribunal Administrativo, interposto pelos interessados ou pelo Ministério Público, sendo obrigatório o recurso, a interpor por este, no caso de decisão desfavorável ao Estado.

Eis o regime consagrado pela lei da Assembleia da República portuguesa n.º 80/77, de 26 de Outubro: um regime de acesso alternativo aos tribunais comuns, de recurso para a comissão arbitral ou directamente para o Supremo Tribunal Administrativo, sendo de plena jurisdição para a primeira — caracterizada como órgão jurisdicional — e de mera invalidade (anulação e nulidade) e inexistência para o segundo; e cabendo da decisão da comissão arbitral recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

2.4. O Decreto-Lei n.º 343/80, de 2 de Setembro, veio dar ao Art. 16.º da Lei n.º 80/77 uma nova redacção contendo apenas oito números, e obedecendo às seguintes coordenadas essenciais:

1.ª. É facultada aos particulares, além da via jurisdiccional comum (o que a lei qualifica de «recurso para outras instâncias

competentes»), a possibilidade de requererem ao Ministro das Finanças e do Plano a constituição de uma comissão arbitral para resolver «quaisquer litígios relativos à titularidade do direito à indemnização e à sua fixação, liquidação e efectivação».

2.^a. Existe uma só comissão arbitral para todos os ex-sócios ou accionistas de uma empresa nacionalizada ou comproprietários de um mesmo bem nacionalizado, devendo o requerimento da sua formação ser apresentado no prazo de 30 dias a contar da data do despacho ou acto que seja causa de litígio.

3.^a. Cada comissão arbitral é constituída por três membros, sendo um representante do Governo, outro da «parte litigante» e o terceiro, que preside, escolhido por mútuo acordo entre os dois primeiros.

4.^a. As decisões das comissões arbitrais têm validade após homologação por despacho do Ministro das Finanças e do Plano, publicado no jornal oficial.

5.^a. Dos despachos ministeriais que recaiam sobre decisões das comissões arbitrais cabe recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

Da comparação entre este diploma legal do VI Governo Constitucional e a Lei n.º 80/77 resultam claras algumas diferenças na sua efectiva incidência material: desaparece a referência ao recurso contencioso directo de invalidade ou inexistência para o Supremo Tribunal Administrativo, interponível do despacho ministerial de fixação de valor de partes do capital e indemnizações definitivas de bens nacionalizados; muda de composição a Comissão Arbitral e desaparecem regras a ela atinentes; prevê-se a homologação das suas decisões pelo Ministro das Finanças e a recorribilidade contenciosa do despacho deste; encurta-se o prazo de requerimento de constituição da comissão arbitral e revoga-se a faculdade da sua ampliação, bem como a eficácia suspensiva de que pode vir a ser dotada.

Em suma, entre 1977 e 1980 opera-se uma redução apreciável do conjunto de garantias dos particulares no domínio examinado, através de novo traçado da figura das comissões arbitrais.

Cumprindo indagar até que ponto foi essa redução — nomeadamente se ela pôs em causa a sua própria natureza jurisdiccional.

2.5. Até este momento expus-vos o que foi sendo o quadro legal vigente. Importa agora que vos apresente, sumariamente, as dúvidas ou questões que na jurisprudência e na doutrina portuguesas se têm levantado acerca desse quadro legal.

Elas têm sido de três diversas ordens:

- a) as relativas à constitucionalidade da própria faculdade governamental de fixar os valores para o efeito de indemnizações definitivas, assim afectando todo o mecanismo das comissões arbitrais;
- b) as atinentes à natureza jurisdicional ou administrativa das comissões arbitrais, que pode condicionar a própria constitucionalidade de parte ou da totalidade do Art. 16.º;
- c) as concernentes à disponibilidade da via jurisdicional comum, como via alternativa admitida no proémio do mesmo Art. 16.º.

Examinêmo-las uma a uma (2).

2.6. As reticências de maior monta surgiram não de fonte doutrinal, mas da parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo — órgão supremo na chamada hierarquia dos tribunais administrativos portugueses.

Desde há anos — e na vigência ainda da legislação constitucional anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976 — que a jurisprudência constante do Supremo Tribunal Administrativo vinha considerando inconstitucional a atribuição, pela lei ordinária, a órgãos da Administração Pública, da faculdade de livremente fixarem unilateralmente a indemnização por actos de expropriação. Nesse sentido se pronunciaram relativamente a um preceito de 1975 (3) os Acórdãos da 1.ª Secção de

(2) Sobre uma parte desta matéria a nossa exposição baseou-se em considerações expressas em Parecer de 14 de Outubro de 1988, para a qual contámos com a colaboração do Dr. José Gabriel Queiró. No entanto, tivemos o ensejo de repensar as questões abordadas, o que explica não só uma ordenação diversa como, inclusive, alterações de conteúdo, algumas das quais sensíveis.

(3) O Art. 1.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 273/75, de 5 de Junho.

18 de Outubro de 1979 e de 6 de Março de 1980, bem como o Acórdão do Tribunal Pleno, de 21 de Janeiro de 1981. Aliás o último aresto já foi proferido ao abrigo da Resolução n.º 115/80 do Conselho da Revolução que declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, o aludido preceito legal de 1975, com base no Parecer n.º 4/80 da Comissão Constitucional (4).

Muito mais recentemente veio o Acórdão do Tribunal Pleno, de 15 de Dezembro de 1987, tirado por unanimidade, aplicar a mesma orientação ao Art. 15.º da Lei n.º 80/77, ou seja, à disposição que antecede o Art. 16.º em exame e, conforme antes expusemos, atribui aos Ministros das Finanças e do Plano e da Agricultura e Pescas, mediante despacho conjunto, o poder de fixar «o valor da indemnização definitiva devida pela nacionalização e expropriação de prédios ao abrigo da legislação sobre reforma agrária» (5).

Para fundamentar nomeadamente a sua tomada de posição no sentido da inconstitucionalidade, que nos diz o Supremo Tribunal Administrativo?

— Que, numa expropriação o exercício da função administrativa se esgotou na prática do acto expropriativo, isto se a expropriação não revestiu forma legislativa.

— Que, em qualquer caso, a questão da fixação do valor da indemnização é uma questão jurídica, a resolver, na falta de acordo, mediante recurso aos Tribunais competentes.

Logicamente não é concebível a distinção entre o interesse público da realização do direito, por sua natureza do foro jurisdicional, e um pretense interesse público a prosseguir pela Administração Pública através de um acto administrativo de fixação do valor da indemnização.

Como corolário desta orientação, o Supremo Tribunal Administrativo considerou igualmente inconstitucional, nos termos do

(4) V. o Acórdão citado de 21 de Janeiro de 1981 em «Acórdãos doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo», n.º 238, pgs. 1201 ss., a Resolução do Conselho da Revolução, mencionada, em «Diário da República», I série, de 5 de Abril de 1980 e «Pareceres da Comissão Constitucional», 11.º Vol., pgs. 107 ss.

(5) V. Acórdão de 15 de Dezembro de 1987 em «Acórdãos Doutrinários do Supremo Tribunal Administrativo», n.º 319., pgs. 946 ss.

sistema de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, o Art. 16.º da Lei n.º 80/77 na redacção em vigor, ou seja na que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 343/80.

Que pensar de jurisprudência tão firme do Supremo Tribunal Administrativo?

Antes de tudo o mais, há que reconhecer que se trata de uma jurisprudência correcta na sua fundamentação. Na realidade, há que apurar, caso a caso, se existe ou não no acto em apreciação o mero interesse colectivo ou público de definição de um direito subjectivo ou se nele existe, autonomamente, um interesse colectivo ou público outro, que legitime a intervenção administrativa.

Na fixação do valor da indemnização por expropriação só é identificável o interesse primeiramente explicitado e esse é, no âmbito da Constituição vigente, prosseguido através do exercício da função jurisdicional.

Contra este ponto de vista têm sido, em Portugal, aduzidos dois tipos de argumentos.

Um deles é o de que a natureza materialmente jurisdicional da decisão final sobre a fixação das indemnizações se encontra salvaguardada — e com ela o respeito da Constituição —, desde que haja possibilidade de recorrer contenciosamente do acto administrativo que fixa o valor da indemnização.

Não colhe este argumento pois ele esquece que, em Portugal, «tal recurso se circunscreve à legalidade do acto administrativo e não pode decidir sobre a relação material controvertida» (6). Por outras palavras, não sendo o recurso contencioso, um recurso de plena jurisdição, não se encontra assegurada a intervenção jurisdicional, na apreciação da titularidade do direito à indemnização e da sua fixação, liquidação e efectivação, para além da estrita legalidade do acto administrativo praticado a fixar o valor da indemnização (legalidade essa que está longe de esgotar aquela apreciação global).

Outro argumento que tem sido invocado, contra a exigência de actuação dos tribunais em matéria de indemnização por

(6) Assim se exprimia — e muito bem — o Parecer n.º 4/80 antes citado da Comissão Constitucional.

expropriação, é o de que, ao impô-la, estar-se-ia a inconstitucionalizar abusivamente todas as regras que reconhecessem à Administração Pública o poder de decidir acerca de direitos dos particulares. Estar-se-ia perante uma posição que iria longe demais, abrangendo todas as situações em que, decidindo a Administração Pública sobre direitos dos particulares, dos seus actos administrativos não caberia senão recurso de anulação, declaração de nulidade ou de inexistência, e nunca meio contencioso de substituição desses actos ou de condenação dos órgãos seus autores.

Por outro lado, em rigor, a oposição administrativa à execução da sentença anulatória abre sempre a possibilidade de o particular intentar uma acção de responsabilidade por facto ilícito, acção essa que pode envolver o reconhecimento dos seus direitos.

Esta argumentação comete dois erros (7) primordiais. Erra ao falar em acção de responsabilidade civil como meio de garantia contra a inexecução de sentenças dos tribunais administrativos. Erra ao ignorar a natureza substancial da função desempenhada pela Administração Pública quando decide sobre direitos particulares.

A orientação que consideramos correcta nunca poderia levar ao resultado extremo de implicar a inconstitucionalidade de todas as execuções administrativas relativamente a direitos dos particulares, pois só se aplica a actos que representam o exercício material da função jurisdicional.

Assim, se, por exemplo, a Administração Pública tem de decidir sobre a atribuição de um subsídio a um particular que invoca o direito a recebê-lo, o acto praticado será administrativo, porque visa satisfazer uma necessidade que, por prévia opção político-legislativa, foi entendido dever ser satisfeita pela colectividade.

(7) V. neste sentido uma declaração de voto de vencido nos «Pareceres da Comissão Constitucional», 11.º, V., pgs. 117-119.

O direito invocado pelo particular só existe na estrita medida em que a lei impõe a prática do acto administrativo destinado a permitir a sua satisfação.

Se, diversamente, a Administração Pública pudesse decidir sobre o valor da indemnização correspondente a uma expropriação, o seu acto interviria no âmbito de uma relação jurídica pré-constituída e parcialmente controvertida, com o único objectivo de impôr autoritariamente uma certa definição do conteúdo dessa relação. Num tal caso se estaria perante um acto materialmente jurisdicional, única hipótese a que é aplicável a orientação — a nosso ver correcta — da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo.

2.7. Admitida esta orientação para o Art. 15.º da Lei n.º 80/77, então, por identidade de razões deve valer para o Art. 14.º do mesmo diploma — que deve ser considerado igualmente inconstitucional por violação do princípio da divisão de poderes (ou da «separação e interdependência» na expressão do Art. 114.º da Constituição da República Portuguesa).

Recorde-se que o Art. 14.º respeita à fixação pelo Governo do valor de parte do capital de empresas nacionalizadas ou expropriadas, para o efeito da determinação das indemnizações definitivas.

Por outro lado, a orientação que tem dominado a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo aplica-se à fixação de indemnizações quer por expropriações, quer por nacionalizações. De facto, as razões que valem para a expropriação valem também para a nacionalização. Ou, dito de outro modo, nada na destrição entre *expropriação* e *nacionalização* põe em causa a necessidade de um acto jurisdicional em matéria de indemnizações.

De facto, conforme pudémos explicitar nas palestras anteriores, a nacionalização e a expropriação são ambos actos do poder político do Estado que implicam a transferência de um bem ou universalidade de bens do domínio da propriedade privada para o da propriedade pública.

Quer uma quer a outra podem ter por objecto meios de produção e visar retirá-los do sector económico privado. Assim, entre

nós a expropriação no âmbito da reforma agrária teve esse mesmo desiderato que a nacionalização nesse mesmo âmbito e que a nacionalização fora do domínio agrícola. E em todas essas situações existiu um entrelaçamento entre razões político-ideológicas e económico-sociais.

Não é legítimo, portanto, afirmar, em termos absolutos, que a nacionalização obedece só a imperativos político-ideológicos (nomeadamente de construção de certo regime económico) e as expropriações a motivos pontuais ou circunscritos de índole económico-social.

Por outro lado, quer numa quer na outra, o efeito jurídico mais saliente é a transferência da propriedade dos bens para o sector público, embora não necessariamente e não habitualmente para o domínio público mas, antes, para o património do Estado-Administração ou de qualquer outra pessoa colectiva de direito público pré-existente ou entretanto criada ⁽⁸⁾.

Então o que distinguirá a nacionalização da expropriação? Resulta de quanto ficou resumido que a nacionalização se não distingue, em traços essenciais, da expropriação: é uma espécie de expropriação ⁽⁹⁾.

E o que normalmente diferencia a nacionalização é o ser praticada sob forma legislativa e não por mero acto administrativo.

Se quisermos exprimir a mesma ideia noutros termos: — em qualquer expropriação podemos encontrar a extinção de direitos

⁽⁸⁾ Pelo que fica dito não nos parece feliz, por falta de rigor, a expressão «propriedade nacional» usada pelo Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho e pelo Dr. Vital Moreira na «Constituição da República Portuguesa Anotada» 2.ª ed., II, Coimbra, 1984. pg.391, para se referirem ao destino da universalidade de bens nacionalizada. *Propriedade pública*, porque de uma pessoa colectiva de Direito Público, é mais correcto, até porque a Nação não tem propriedade; o Estado-colectividade fora do círculo restrito dos bens do domínio público não aparece como titular imediato de bens ou meios de produção, que são antes considerados como integrados no património de pessoas colectivas de Direito Público (aliás, mesmo que se entendesse o contrário deveria falar-se em *propriedade colectiva*); e é frequente usar-se a expressão propriedade nacional no sentido, mais rigoroso, de propriedade de nacionais.

⁽⁹⁾ Neste ponto concordamos com os autores citados na nota anterior (na obra e local também citados).

privados e a constituição de direitos de pessoas colectivas de Direito Público sobre um bem ou uma universalidade de bens. E isso obedecendo a um complexo de razões determinantes, que pode envolver as político-ideológicas, as económico-sociais (como as sancionatórias ou punitivas).

Dentro das expropriações pode encontrar-se uma maior ou menor exigência de forma: a nacionalização reveste forma legislativa enquanto a expropriação «*stricto sensu*» ou por utilidade pública reveste forma administrativa, embora ao abrigo e nos termos de prévio acto legislativo.

Esta graduação de forma é que tem levado autores nacionais a identificarem nacionalização com acto político e expropriação com acto económico-social essencialmente pragmático ⁽¹⁰⁾.

Em rigor, existe uma opção política quer no acto legislativo de nacionalização, quer no acto legislativo que permite ou impõe mesmo a expropriação. Foi assim que a reforma agrária recorreu, indiferenciadamente, em termos de conteúdo e de finalidade políticas, quer à nacionalização quer à expropriação. E não se diga que tal opção política existe na expropriação por utilidade social e não na expropriação por utilidade pública. Basta lembrar os exemplos de expropriação por utilidade pública, na história do Direito Português, tendo subjacentes aquele tipo de opções (v.g. parcelamento e emparcelamento).

Quando muito, poderá dizer-se que na nacionalização a decisão política é imediata nos seus efeitos e daí a forma legislativa escolhida, ao passo que ela é mediata na sua eficácia quando a lei de expropriação carece de execução mediante actos expropriatórios. Ainda aqui importa distinguir entre os casos em que a lei de expropriação a *impõe*, definindo o seu conteúdo e fixando prazos, daqueles em que ela a *permite*, sendo a imediatividade política obviamente muito superior no primeiro caso.

Não é este, porém, o ensejo para apreciarmos longamente as consequências múltiplas, em particular quanto às garantias dos

⁽¹⁰⁾ Assim, o Professor Doutor Carlos Mota Pinto em «Direito Público Económico», Coimbra, 1982.83, pgs. 170-171, e o Dr. Luís Cabral de Moncada em «Direito Económico», Coimbra, 1986, pgs. 198-200.

cidadãos em relação à legalidade «lato sensu» das nacionalizações e das expropriações, que resultam das definições que avançamos — retomando um ponto de exposições anteriores.

Neste momento só cumpre sublinhar que, por maioria de razão, se aplica a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo também às indemnizações por nacionalização.

Se ela vale para actos administrativos expropriativos, vale redobradamente para actos legislativos de nacionalização, em relação aos quais não se vê como pudesse admitir-se que fosse a Administração Pública a definir direitos emergentes de acto que, certamente de modo sopesado, foi entendido dever revestir-se da dignidade legiferante.

Aliás, neste passo é adequado rebater um aparente argumento que pode ser retirado de um recentíssimo e a vários títulos importante Acórdão do Tribunal Constitucional português, o Acórdão n.º 39/88, de 9 de Fevereiro de 1988 ⁽¹⁾, que, em sede da fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade, se debruçou sobre a Lei n.º 80/77 por nós hoje analisada.

Em passagem a que mais tarde iremos regressar, o Tribunal Constitucional considerou que o Art. 16.º da lei n.º 80/77 não violava a garantia do recurso contencioso consagrada no Art. 268.º n.º 3 da Constituição que reza: «É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios, independentemente da sua forma, bem como para obter o reconhecimento de um direito ou interesse legalmente protegido».

O facto de se entender que um mecanismo de fixação de indemnizações que compreende a intervenção administrativa não viola a garantia constitucional de recurso contencioso, desde que haja recurso — mesmo que só de anulação — daquela intervenção para o Supremo Tribunal Administrativo, não implica que se considere que a Administração Pública possa constitucionalmente

⁽¹⁾ Publicado no «Diário da República», I série, de 3 de Março de 1988, pgs. 740 ss.

praticar actos materialmente jurisdicionais como são os da determinação do valor de indemnizações por nacionalização.

Em primeiro lugar, as decisões do Tribunal Constitucional só têm força obrigatória geral quando declarem a inconstitucionalidade de uma norma, isto é, quando forem decisões de acolhimento ou de provimento de uma solicitação apresentada por uma das entidades mencionadas no Art. 281.º da Constituição da República Portuguesa.

Quando as decisões forem de não acolhimento ou de não provimento, o Tribunal limita-se a não declarar a inconstitucionalidade da norma objecto de impugnação, sem que isso envolva, em caso algum, uma qualquer certificação positiva da sua conformidade relativamente à Constituição. O Tribunal Constitucional não afirma, então, *com força obrigatória geral*, a validade constitucional da norma apreciada, pois isso pressuporia uma refutação exaustiva — não praticável nem exigível — de todos os possíveis argumentos de inconstitucionalidade e, sobretudo, esqueceria que a mesma norma pode vir a assumir conteúdos diversos em função da própria evolução do sistema constitucional no tempo. Uma norma que, em certo momento histórico, se configuraria como não inconstitucional pode, noutro momento, e inserida no sistema ou ordenamento a que pertence, vir a revelar-se manifestamente inconstitucional. Isto mesmo sem rupturas na ordem constitucional e tão somente pela lógica de interpretação objectivista-actualista de tipo conceptualista clássico, conjugadora de elementos extra-literais (como o sistemático) com a mera letra da lei ⁽¹²⁾.

O que sucede nas decisões de não provimento é que o Tribunal Constitucional se limita a *abster-se* de declarar inconsti-

⁽¹²⁾ Sobre a interpretação constitucional V., por último: Bernard Schlink, «Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungswissenschaft», *Der Staat*, 19 (1980), pgs. 73 ss., Hans-Joachim Koch, «Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen», *Europäische Grundrecht Zeitschrift*, 1986, pgs. 345 ss., Karl A. Bettermann, , «Die Verfassungskonforme Auslegung, Grezen und Gefahren», Frankfurt am Main, 1986, e Konrad Hesse, «Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16, Auflage, Heidelberg, 1988, pgs. 19 ss.. V. também Giorgio Berti, «Interpretazione Costituzionale», Milano, 1987.

tucional determinada norma, por considerar que os argumentos concretamente aduzidos contra ela são inconcludentes no sentido da inconstitucionalidade, pelo que a não deve declarar, nomeadamente em caso de dúvida não cabalmente esclarecida. A sua decisão não produz, por isso, efeitos vinculantes, podendo mais tarde o próprio Tribunal Constitucional, em concreto ou em abstracto, ou outro qualquer tribunal, em concreto, vir a julgar inconstitucional, a mesma norma, com fundamento nas razões inicialmente desatendidas ou outras diversas ⁽¹³⁾.

No limite, na matéria exposta, seria perfeitamente legítimo que o Supremo Tribunal Administrativo mantivesse inalterada a sua jurisprudência, mesmo que, caso a caso, mediante recurso interposto das suas decisões para o Tribunal Constitucional, este se pronunciasse pela não inconstitucionalidade dos preceitos que para aquele outro órgão de soberania são inconstitucionais.

Em segundo lugar, acresce que o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88 se limitou a apreciar a eventual inconstitucionalidade do Art. 16.º da Lei 80/77 à luz do Art. 268.º n.º 3 da Constituição, questão concreta essa que era levantada pelo pedido da declaração de inconstitucionalidade apresentado pelo Provedor de Justiça. Assim sendo, o Tribunal Constitucional não equacionou a matéria da desconformidade entre o Art.º 16.º e o princípio constitucional da divisão de poderes ou da separação e interdependência dos poderes do Estado. Do mesmo modo que não se pronunciou, até porque tal lhe não fora solicitado, sobre idêntica desconformidade existente entre os Arts. 14.º e 15.º da lei n.º 80/77 e o mesmo princípio constitucional.

⁽¹³⁾ V. em geral o nosso «O valor jurídico do acto inconstitucional», Lisboa, 1988. V. ainda Professor Doutor Jorge Miranda, «Portugal. Annuaire International de Justice Constitutionnelle», Paris, 1985, I, pgs. 613 ss., Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotillo e Dr. Vital Moreira, «Constituição» cit., 2.ª ed., Coimbra, 1985, II, pg. 491, Dr. José Manuel Cardoso da Costa «A Jurisdição Constitucional em Portugal», Coimbra, 1987, pgs. 47 ss. e «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Portugal», «Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa», Baden-Baden, 1986, pgs. 305 ss, e Dr. Luis Nunes de Almeida, «Justiça constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade das normas jurídicas», Lisboa, 1987.

Não é, por conseguinte, possível extrair do Acórdão do Tribunal Constitucional nada que obvie, em termos de decisão, à pertinência da jurisprudência por nós citada do Supremo Tribunal Administrativo.

Claro também, não é possível dele retirar nenhum argumento relevante contra tal jurisprudência. Uma coisa é a garantia de recurso contencioso de qualquer acto administrativo, e essa encontra-se respeitada, ao menos formalmente (e é em sentido formal que a Constituição a traça), no Art. 16.º da Lei 80/77. Outra coisa diferente, é saber se o Governo podia, sem com isso estar a invadir a zona constitucionalmente reservada aos Tribunais, praticar um acto administrativo fixando o valor de indemnizações definitivas.

Ao apreciar a primeira questão não usou o Tribunal Constitucional argumento algum que se reportasse à segunda. Como atrás vimos, o facto de existir recurso contencioso de um acto administrativo não legitima sequer a cabal apreciação jurisdicional da relação material controvertida. Ou seja, é respeitado o disposto no Art. 268.º n.º 3 da Constituição, mas não é salvaguardada a intervenção jurisdicional no cerne da questão de Direito a decidir, como o exigiria o princípio da divisão de poderes do Estado.

Em suma, afigura-se-nos correcta a irreatável (e, pelo menos até hoje, irreatada a nível de jurisdição constitucional abstracta) a orientação do Supremo Tribunal Administrativo de que resulta a inconstitucionalidade da fixação unilateral pela Administração Pública de valores definitivos de indemnizações por expropriação ou nacionalização, assim praticando actos materialmente jurisdicionais (14).

(14) Sobre idêntica orientação no Direito das Expropriações germânico V., por último: Kohn/Papier, «Actuelle Fragen der Saatshaftung und der öffentlich-rechtlicher Entschädigung», 1986; von Brünneck, «Das Wohl der Allgemeinheit als Voraussetzung der Enteignung», Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986, pgs. 425 ss.; Schmidt-Assmann, «Öffentlicher Grundeigentumsschutz und Richterrecht», Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität, Heidelberg, 1986, pgs. 107 ss.; Nüssgens/Bonjong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987; Ossenhühl, «Enteignungsreicher Eingriff im Wandel», Juristische Schulung, 1988, pgs. 193 ss.; e Hartmut Maurer, «Allgemeines Verwaltungsrecht, 6 Auflage, München, 1988, pgs. 606 ss.

Como já tivemos ocasião de sublinhar, desta orientação decorre, para o Supremo Tribunal Administrativo, a inconstitucionalidade consequente do Art. 16.º da Lei n.º 80/77, considerado intimamente ligado aos dois artigos anteriores.

Sendo inconstitucionais os preceitos indicados, são atipicamente nulos, podendo o tribunal em causa (no caso vertente, o próprio Supremo Tribunal Administrativo) declará-lo, considerando nulo, por usurpação de poder ou de funções, qualquer despacho governativo que tenha fixado valores para *efeito* de indemnizações definitivas ou que tenha confirmado um despacho anterior com aquele conteúdo, nomeadamente recusando homologação a uma decisão da comissão arbitral ⁽¹⁵⁾.

Que dizer destes corolários da linha seguida pelo Supremo Tribunal Administrativo?

Quanto à nulidade de actos administrativos que violam o princípio constitucional da divisão de poderes, nenhuma dúvida temos — trata-se de hipótese típica de usurpação de poder ou de outra função do Estado.

Quanto à nulidade de actos administrativos confirmativos dos primeiros, parece-nos acertado o entendimento de que a recusa de homologação de uma decisão de comissão arbitral, ao confirmar implicitamente o despacho governativo para ela recorrido, recebe os vícios desse acto, ficando ferido da correspondente invalidade, que é a nulidade, se tal já era o desvalor do despacho confirmado.

Quanto à consequência mais vasta da inconstitucionalidade do Art. 16.º da Lei n.º 80/77, para ser devidamente julgada ela deve ser enquadrada no estudo específico desta disposição legal e da figura da «comissão arbitral» nela acolhida. Só depois dessa indagação — sumária que seja —, estaremos em condições de dizer se o Art.º 16.º é apenas uma consequência dos Arts. 14.º e 15.º da Lei n.º 80/77, ou se assume uma definição ao menos parcialmente autónoma em relação a esses outros preceitos.

⁽¹⁵⁾ Sobre o valor do acto legislativo inconstitucional bem como o valor do acto administrativo violador do princípio constitucional da divisão de poderes, V. o nosso «O valor jurídico do acto inconstitucional» cit.

2.8. Com isto chegamos à segunda modalidade de reticências suscitadas em relação ao regime legal das comissões arbitrais previstas no Art. 16.º da Lei n.º 80/77 — as reticências que têm que ver com a própria natureza do órgão considerado.

A questão debatida é simples: são as comissões arbitrais hoje órgãos de natureza jurisdicional, como o eram pacificamente de 1977 a 1982, ou são órgãos administrativos eventuais ou facultativos, com funções consultivas, exercidas junto do Ministro das Finanças?

Na primeira hipótese, as comissões arbitrais seriam verdadeiramente *tribunais arbitrais*, configurando-se a solicitação da sua intervenção como um efectivo recurso, ainda que possível de impugnação para o Supremo Tribunal Administrativo.

Na segunda hipótese, as comissões arbitrais seriam órgãos da Administração Pública e a solicitação dos particulares assume a feição de reclamação do despacho do Ministro das Finanças para o mesmo, que, antes de resolver a reclamação, estaria obrigado a ouvir o parecer não vinculativo das comissões arbitrais.

Qual destas duas visões é a adequada?

Pensamos que é a primeira — as comissões arbitrais consagradas no Art. 16.º da Lei n.º 80/77, na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, revestem-se de natureza jurisdicional.

A natureza de um órgão do poder político do Estado define-se pela sua estrutura e composição e, sobretudo, pela função primordial para o exercício da qual ele foi criado. No caso das comissões arbitrais, quer a função quer a estrutura e composição encontram-se definidas em termos que são a própria expressão exacta do conceito material da função jurisdicional.

Começemos pelo traçado da função desempenhada pelas comissões arbitrais, de acordo com o disposto no Art. 16.º da Lei n.º 80/77 e com regime constante do Decreto-Lei n.º 51/86, de 14 de março que o veio regulamentar.

As expressões usadas pelo legislador em ambos os diplomas são inequívocas. A lei fala em «resolução de litígios», «julgamento face ao direito vigente» e «decisão de uma causa» (Art. 16.º da Lei n.º 80/77, e Arts. 13.º, 14.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 51/86).

Eis-nos perante expressões que, no consenso generalizado da doutrina portuguesa, designam uma actividade que corresponde à essência ou substância da função jurisdicional ⁽¹⁶⁾.

As comissões arbitrais não foram concebidas para exercer uma função administrativa, designadamente para elaborarem simples pareceres; foram instituídas para julgar conflitos de interesses, para resolver controvérsias jurídicas sem outro fim que não fosse o da realização do Direito ou da paz jurídica ⁽¹⁷⁾.

Esta função puramente jurisdicional está, por seu turno, em correspondência com a estrutura e composição das comissões arbitrais. As comissões são órgãos rigorosamente independentes, pois as suas resoluções não obedecem a qualquer orientação exterior, nem geram qualquer responsabilidade para os seus membros. O facto de lhes ser prestado apoio administrativo por uma Direcção-Geral do Ministério das Finanças é absolutamente destituído de relevância, assim como o é o facto de o presidente da comissão arbitral tomar posse perante o Ministro das Finanças ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ V. os nossos «Direito Constitucional. I. Introdução à Teoria da Constituição», Braga, pg. 251, «Introdução ao Estudo do Direito. Sumários» (em curso de publicação), Lisboa 1987-88, pgs. 38 ss. e «O valor jurídico do acto inconstitucional» cit., pgs. 316 ss.. V. também: Prof. Doutor Marcello Caetano, «Manual de Ciência Política e Direito Constitucional», 6.ª edição, Coimbra, 1972 I, pg. 168 e «Manual de Direito Administrativo», I, 10.ª edição, Coimbra, 1973, pg. 12; Prof. Doutor Afonso Queiró, «Lições de Direito Administrativo», I, Coimbra, 1976, pgs. 43 ss.; e Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, «Curso de Direito Administrativo», I, 1986, pgs. 43 ss.

⁽¹⁷⁾ V. sobre a jurisprudência nacional neste domínio entre muitos outros, o Acórdão da 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de Outubro de 1980 («Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo» n.º 231, pgs. 286 ss), o Acórdão n.º 41 da Comissão Constitucional, de 20 de Outubro de 1977 («Boletim do Ministério da Justiça» n.º 271, pgs. 111 ss.), o Parecer n.º 7/82 da Comissão Constitucional, de 2 de Fevereiro de 1982 («Pareceres da Comissão Constitucional», 18.º Vol., pgs. 209 ss.) e o Acórdão n.º 56/85 do Tribunal Constitucional de 25 de Março de 1985 («Acórdãos do Tribunal Constitucional», 5.º Vol., pgs. 481 ss.).

⁽¹⁸⁾ A Direcção-Geral em causa é a Direcção-Geral da Junta do Crédito Público (Art. 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 51/86). Sobre a posse do presidente da comissão arbitral, V. o Art.º 9.º do mesmo diploma.

Muito mais significativo é, quanto a este aspecto, o sistema de julgamento dos impedimentos e suspeições que compete ao Presidente da Comissão e, quando ele esteja em causa, ao Presidente do Tribunal da Relação de Lisboa (19).

Além de independentes, as comissões arbitrais são, também, pela sua composição, órgãos imparciais, já que cada parte tem o direito de nomear um árbitro, que chegará a acordo com o árbitro da parte contrária para a escolha de um terceiro árbitro, que será árbitro-presidente. A este princípio estritamente paritário se junta que os árbitros são chamados a julgar uma questão, em relação à qual não prosseguem um interesse próprio — daí o sistema de impedimentos e suspeições —, nem um interesse público diferente daquele que se reconduz à realização do Direito.

Finalmente, converge com as características de independência e de imparcialidade uma terceira, de natureza formal, que é uso associar ao conceito de função jurisdicional — a passividade dos órgãos que a exercem como regra essencial do seu modo de agir. Assim, as comissões arbitrais constituem-se por mera iniciativa do particular interessado na indemnização, valendo o seu requerimento como «petição inicial» (20). Não podem, portanto, decidir questões diferentes das que lhe forem submetidas, nem exceder, de outra forma, o pedido formulado pelo particular.

Perante esta soma de elementos convergentes entendemos que as comissões arbitrais previstas no Art. 16.º da Lei n.º 80/77 mantêm, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, a natureza de *órgão jurisdicional*.

2.9. Tal como fizemos quanto à primeira ordem de questões suscitáveis a propósito da fixação do valor das indemnizações definitivas correspondentes a nacionalizações ou expropriações, importa, não obstante, referir os argumentos oponíveis ao nosso ponto de vista. Eles são (ou podem ser) de três tipos, de ponderação crescente: os retirados do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88; os decorrentes da própria feição do

(19) V. o Art. 11.º do Decreto-Lei n.º 51/86.

(20) V. Art. 16.º do Decreto-Lei n.º 51/86.

contencioso administrativo; os associados ao regime legal de homologação pelo Governo das resoluções das comissões arbitrais. Analisemo-los separadamente.

Do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88, por nós já várias vezes citado, nada se pode retirar de contrário à natureza jurisdicional das comissões arbitrais. O Acórdão pura e simplesmente não equaciona (nem teria de o fazer) essa questão jurídica, e das referências que efectua ao princípio da garantia do recurso contencioso e seu respeito pelo Art. 16.º da Lei n.º 80/77 nada resulta que afaste a natureza jurisdicional das comissões arbitrais. Pelo contrário, da conjugação de dois trechos do Acórdão do Tribunal Constitucional com o disposto no n.º 1 do Art. 16.º, afigura-se-nos até ressaltar implicitamente que o Tribunal aceita tal natureza.

É que o Art. 16.º n.º 1 da Lei n.º 80/77, como já vimos, prevê que tanto os tribunais como as comissões arbitrais possam proceder à «resolução de quaisquer litígios relativos à titularidade do direito à indemnização e à sua fixação, liquidação e efectivação». Não limita essa competência à mera apreciação de eventuais ilegalidades do Governo quanto a tal matéria.

Ora, diz-nos o Acórdão que, para tratar dessas questões, «a par do direito de recorrer aos tribunais, abre-se aos particulares a via (facultativa) de acesso a comissões arbitrais». Reconhece, portanto, num e noutro caso, como permite a lei, que ambas as intervenções podem ter por conteúdo qualquer questão suscitada pela titularidade do direito à indemnização, pela sua fixação, liquidação e efectivação.

Mais adiante o Acórdão admite que os particulares dispõem de uma dupla via judicial: a de «atacar o despacho do Ministro que homologa ou não a decisão da comissão arbitral» e a de «nessa sede, serem decididas as questões suscitadas pela titularidade do direito à indemnização, pela sua fixação, liquidação e efectivação».

A expressão «nessa sede» pode querer reportar-se às comissões arbitrais directamente, o que resolveria de imediato a questão ou referir-se a «via judicial», o que é mais provável. Só que, a ser assim, nem a letra da lei nem o passo anterior do Acórdão autorizam a que se mutilem dessa via as comissões arbitrais que, tal como os tribunais, podem decidir «as questões suscitadas pela

titularidade do direito à indemnização, pela sua fixação, liquidação e efectivação».

Tudo considerado, o Acórdão do Tribunal Constitucional, a inclinar-se implicitamente para alguma orientação, fá-lo, por aquilo que diz, no sentido da natureza jurisdicional das comissões arbitrais ⁽²¹⁾.

Segundo tipo de objecção seria aquele que decorreria da própria feição do contencioso administrativo.

Uma posição clássica sustentava a incompatibilidade de princípio entre a jurisdição arbitral e o contencioso administrativo, com base no princípio de que a competência dos tribunais administrativos é de ordem pública ⁽²²⁾ e no princípio da indisponibilidade de todas as questões relacionadas com a legalidade dos actos da Administração Pública ⁽²³⁾. Por isso as arbitragens só seriam possíveis no âmbito do contencioso de acção ou de plena jurisdição, que é um contencioso de natureza subjectiva indiscutível e se insere numa zona, tradicionalmente considerada periférica, da competência dos tribunais administrativos em Portugal ⁽²⁴⁾.

A esta objecção se pode responder em diversos planos. Um deles, que não iremos explorar neste instante, pela sua vastidão, é o da concepção objectivista dominante acerca do contencioso administrativo português em que se insere a defesa da sua incompatibilidade visceral com a jurisdição arbitral e, no fundo, também com a jurisdição voluntária. Noutro momento e com muito mais vagar regressaremos a essa visão que foi, de facto, a liderante no nosso contencioso administrativo, mas que entrou em crise nos últimos anos, acompanhando a crise de toda uma construção da teoria do acto e do contrato administrativos e dos prin-

⁽²¹⁾ V. as passagens mencionadas no «Diário da República» I Série, de 3 de Março de 1988, pgs. 756 e 757.

⁽²²⁾ V., hoje, o Art. 3.º do Decreto-Lei n.º 267/85, de 16 de Julho.

⁽²³⁾ V. o Art.º 1.º n.º 1 de Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto.

⁽²⁴⁾ V. o Art. 2.º n.º 2 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. V., em geral, a exposição desta matéria no Prof. Doutor Marcelo Caetano «Manual de Direito Administrativo», II, 9.ª edição, pgs. 1285-1286.

cípios norteadores da função administrativa, a começar nos princípios constitucionais ⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾.

O segundo plano de resposta é o seguinte: encontrando-se a constituição de arbitragens, no contencioso administrativo, prevista em lei especial, não se coloca em relação a ela nenhum dos problemas acabados de referir, pois, como é sobejamente conhecido, «lex specialis derogat lex generalis». E o Direito Português conhece exemplos claros e recentes de jurisdição arbitral, inclusive no domínio do contencioso apelidado de anulação, como o da impugnação dos actos praticados pelo Instituto de Reorganização Agrária perante órgãos arbitrais ⁽²⁷⁾.

O terceiro — e decisivo — plano de resposta traduz-se em recordar que, contra as comissões arbitrais previstas no Art. 16.º da Lei n.º 80/77, não vale o argumento que circunscreve a jurisdição arbitral ao contencioso administrativo subjectivo ou de plena jurisdição, porque o recurso para aquelas comissões arbitrais é, precisamente, um recurso de plena jurisdição com características iniludivelmente subjectivas. Assim resultava expressamente da versão originária do preceito, como antes apontámos. mas continua a derivar do disposto no n.º 1 do Art. 16.º.

Por ele fica transparente que as comissões arbitrais podem resolver todos os litígios relacionados com o direito à indemnização nos termos delimitados pelo particular credor da indemnização.

⁽²⁵⁾ V. um resumo da nossa posição sobre essa crise em «O valor jurídico do acto inconstitucional» cit., pg. 224 nota 372. V. também bibliografia aí citada.

⁽²⁶⁾ Sobre a importância da jurisdição voluntária no domínio jurídico-administrativo v., por último: Horst Bonvie, «Anderung von Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Abhilfe, Aufsicht und Prognose», Berlin 1982 (em particular, pgs. 111 ss.) e Wolfgang Brehm, «Freiwillige Gerichtsbarkeit/Kurzlehrbuch», Stuttgart, 1988 (sobretudo pgs. 43, 48 e 50) e, ainda, Walther J. Habscheid, «Freiwillige Gerichtsbarkeit/Ein Studienbuch», 7 Aufl., München, 1983, Theodor Keidel, «Freiwillige Gerichtsbarkeit», 12 Aufl., T. A., München, 1987, T. B., München, 1986, e Ursula Bumiller, «Freiwillige Gerichtsbarkeit/Gesetz Über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit», 4 Aufl., München, 1987.

⁽²⁷⁾ Nos termos do Decreto-Lei n.º 201/75, de 15 de Abril (v. o seu Art. 27.º).

Não se trata de circunscrever a intervenção das comissões arbitrais à mera apreciação da legalidade da anterior actuação da Administração Pública, mais concretamente do Governo.

Quer isto dizer que o contencioso das indemnizações por nacionalização ou expropriação se encontra na lei estruturado simultaneamente como contencioso *de mera invalidade e inexistência* (28) e como contencioso *de plena jurisdição*, marcadamente subjectivo. É contencioso de invalidade e de inexistência quando se prevê — já vimos que com inconstitucionalidade antecedente — que o particular possa impugnar perante os tribunais administrativos quer o despacho governativo de homologação ou recusa de homologação da decisão da comissão arbitral, quer o despacho também governamental de fixação do valor da indemnização definitiva ou o valor de partes sociais para esse efeito (caso em que o particular prescindiria do recurso a comissão arbitral, recorrendo directamente do primeiro acto administrativo atinente à matéria questionada) (29). É ainda contencioso de plena jurisdição, marcadamente subjectivo, quando se estabelece que todo e qualquer litígio respeitante à titularidade do direito à indem-

(28) Expressão que temos usado repetidamente e que preferimos à de contencioso de anulação, por abranger também a declaração de nulidade e de inexistência; e que preferimos também à de contencioso objectivo «tout court» por razões aforadas antes (V. nota 23 e obras para que remete).

(29) Note-se que, em nosso entender, a redacção de 1980 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77 não veda assim o recurso contencioso imediato do despacho governamental relativo a indemnizações. Nesse sentido se terá de interpretar, aliás, também o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, sob pena de tendencial incongruência interna. De facto, ele fala em diversas vias judiciais de garantia dos particulares, uma das quais a do recurso contencioso do despacho de homologação da decisão da comissão arbitral. A considerar-se que só desse despacho e não do primeiro que fixava o valor indemnizatório caberia recurso contencioso, teria de se admitir, para não frustrar o princípio geral da recorribilidade dos actos administrativos definitivos e executórios, que o recurso a comissão arbitral era obrigatório. De outra forma, poderia haver despachos governamentais definitivos e executórios não impugnáveis contenciosamente (desde que os particulares não tivessem, no exíguo prazo fixado, que é, em princípio muito inferior ao do recurso contencioso, recorrido à comissão arbitral). Mas, implicitamente, admitir que o recurso à comissão arbitral é obrigatório é exactamente o oposto daquilo que o Acórdão (de resto bem) afirma, ao qualificar tal meio como uma via facultativa.

nização, à sua fixação e efectivação pode ser conhecido quer pelos tribunais, quer por comissões arbitrais. Deste modo a jurisdição arbitral, no caso examinado, não contradiz o princípio segundo o qual essa modalidade excepcional de jurisdição se adequa ao contencioso administrativo de plena jurisdição e não ao contencioso administrativo clássico de invalidade e inexistência ⁽³⁰⁾⁽³¹⁾.

Um terceiro tipo de objecções, susceptíveis, à natureza jurisdicional das comissões arbitrais é o que se prende com a homologação das suas decisões pelo Governo. A imposição legal de tal homologação implicaria que as decisões das comissões arbitrais não tivessem valor de caso julgado, nem força executória própria, características estas inegavelmente inerentes ao acto jurisdicional.

No entanto, também esta objecção nos não convence:

Primeiro — porque, embora a título excepcional, encontramos decisões jurisdicionais que não tem a força de caso julgado.

Segundo — e mais relevante é o facto de os elementos apontados (valor do caso julgado e força executória própria) serem apenas dois de entre o conjunto de elementos que devem ser ponderados para a qualificação de natureza jurídica das comissões arbitrais. Ora, todos os demais elementos — substanciais, orgânicos e formais — são eloquentes no sentido da natureza jurisdicional de tais órgãos sendo certo que esses elementos são mais relevantes para o efeito da integração da actuação das comissões arbitrais numa ou noutra das funções do Estado.

A falta dos dois elementos que são invocados contra a posição que sustentamos só seria concludente se a apreciação dos demais nos tivesse colocado numa situação de incerteza ou de dúvida acerca da natureza das comissões arbitrais.

⁽³⁰⁾ Sobre o papel dos tribunais arbitrais no Direito Administrativo, V., por último, a 3.ª e recentíssima edição de «Grundzuge des Verwaltungsrecht und des Verwaltungsprozessrechts», do clássico Klaus Obermayer (Stuttgart, München, Hannover, 1988), pg. 190.

⁽³¹⁾ Para uma comparação entre os tribunais arbitrais em matéria administrativa e os tribunais arbitrais no domínio civil e comercial, V., por último, Günter Henn, «Schiedsfahrenrecht. Ein Handbuch», Heidelberg, 1986, sobretudo pag. 4 ss., 47 ss., 145 ss. e 169 ss.

Não é isso, porém, o que sucede ⁽³²⁾.

Terceiro — o que está em causa é exactamente a contitucionalidade do regime da homologação administrativa das decisões proferidas por órgãos jurisdicionais. Negar a essas decisões, que são materialmente *jurisdicionais*, tal carácter por não terem em si mesmas força obrigatória e de caso julgado, equivaleria pura e simplesmente a inverter a ordem natural do raciocínio e a escamotear a essência do problema posto ⁽³³⁾.

Conjugando a natureza jurisdicional das comissões arbitrais com o que expusemos atrás sobre a inconstitucionalidade da atribuição à Administração Pública de competência para fixar indemnizações em matéria de nacionalização ou expropriação, visto tratar-se de domínio próprio da função jurisdicional, resulta como claramente inconstitucional o poder governamental de homologação das decisões das comissões arbitrais. Nuns casos, porque confirma implicitamente anterior despacho governativo, ao recusar a homologação dessas decisões. Noutros, porque representa um acto definitivo e executório, ao homologar decisões de conteúdo diverso daquele que possuiria o primeiro despacho ministerial sobre a mesma matéria.

⁽³²⁾ Foi nessas circunstâncias, bem diversas das ora verificadas que, em França, o Conseil d'État, em 1955, veio a considerar não jurisdicionais as decisões do «Conselho Superior da Electricidade e do Gás», ao qual a lei mandava «arbitrar os conflitos que pudessem surgir entre os diversos estabelecimentos (criados pela mesma lei) e as autoridades concedentes», sem no entanto atribuir a essas decisões força de caso julgado e força executória. O Conselho era composto por representantes do Parlamento, da Administração, das colectividades locais, dos utentes, dos serviços nacionais e do pessoal. Desta composição e de outros elementos de carácter formal resultava uma grande ambiguidade quanto à natureza de tal órgão, ficando portanto aberto o caminho para a ponderação de outros índices ou critérios de qualificação. Sobre este caso e as discussões que suscitou, cf. Marcel Waline, «Le Conseil Supérieur de l'Électricité et du Gaz», nota de jurisprudência, em «Revue du Droit Public», 1955, pgs. 721 ss.

⁽³³⁾ Seria o mesmo que dizer, se amanhã o legislador pretendesse regressar ao sistema da «justice retenue» sujeitando as sentenças dos tribunais administrativos a homologação governamental, que tais sentenças teriam perdido, por esse facto, o seu carácter materialmente jurisdicional.

Em todos eles, a homologação prevista no n.º 6 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77 assume uma dimensão substantiva, sendo, por conseguinte, inconstitucional por violação do princípio da divisão de poderes ou da separação e interdependência dos poderes do Estado.

No entanto, para compreendermos, em toda a sua extensão, o alcance desta inconstitucionalidade, importa analisarmos, de forma muito breve, em que consiste o acto de homologação das resoluções das comissões arbitrais que se encontra previsto no Art. 16.º n.º 6 da Lei n.º 80/77. Só mediante a interpretação da disposição legal citada estaremos em posição de alicerçar o juízo da sua inconstitucionalidade, tomando embora em consideração de imediato a chamada regra da interpretação mais conforme à Constituição e tentando dela retirar todas as virtualidades no caso em exame ⁽³⁴⁾.

É isso que iremos fazer, de seguida, com a concisão exigida pelo enquadramento global da nossa exposição.

2.10. Em Portugal, o legislador usa uma terminologia fluente e nem sempre tecnicamente muito rigorosa quando se reporta a actos *administrativos secundários integrativos*, isto é, actos que recaem sobre outros actos administrativos visando completar ou integrar o seu conteúdo e conferir-lhes definitividade, executividade ou ambas.

Existe uma sobreposição parcelar dos termos «homologação», «aprovação», «confirmação» e «ratificação», que traduz amiúde uma confusão conceptual, o que explica que se não possa tomar qualquer deles em si mesmo como base minimamente segura de

⁽³⁴⁾ Isto apesar de, usualmente, a chamada regra da interpretação conforme ou mais conforme à Constituição não se situar no mesmo plano dos restantes elementos interpretativos, nem aspirar a substituí-los ou a contradizê-los. A sua aplicação ocorre, em princípio, quando os elementos hermenêuticos «*proprio sensu*» consentem uma certa margem de discussão ou de dúvida razoável entre vários sentidos reais possíveis de certa regra de Direito.

No caso vertente é, porém, possível usar, sucessivamente, uns e outros elementos.

Sobre esta matéria em geral, V. os dados bibliográficos mais recentes citados na nota 10.

interpretação do tipo de poder que a lei, ao usá-lo, quis atribuir a um determinado órgão ou ao conteúdo dos actos resultantes do exercício de tal poder. De qualquer forma, é de bom rigor interpretativo partir da presunção de que o legislador, ao empregar um termo que corresponde a um conceito dotado de significação jurídica mais ou menos precisa, o quis fazer com o significado tecnicamente mais apropriado, ou seja, com aquele sentido que lhe é atribuído na Ciência do Direito, em determinado ordenamento correcto, tendo em atenção as regras vigentes, o entendimento jurisprudencial e o consenso doutrinário.

No caso vertente, uma vez que a jurisprudência se tem baseado nas indagações doutrinárias, é para o consenso da doutrina que o intérprete se deve virar se pretende procurar para a letra da lei um sentido que exprima a ideia-chave do Art. 9.º n.º 3 do Código Civil, segundo o qual se deve presumir que o legislador soube dar corpo ao seu pensamento em termos adequados ⁽³⁵⁾.

Ora, na doutrina portuguesa, o sentido técnico ou próprio do *conceito de homologação* enquanto acto administrativo é correntemente o de um acto através do qual um órgão dotado de poderes decisórios manifesta o seu acordo com uma proposta ou parecer apresentado por outro órgão — normalmente de natureza consultiva — fazendo seus os fundamentos e as conclusões de uma proposta ou parecer e transformando-a em decisão própria ⁽³⁶⁾.

Esta noção é tudo quanto se pode retirar da letra do n.º 6 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77. O mero recurso a essa letra não permite ir muito mais além deste conceito doutrinário e corrente de homologação.

⁽³⁵⁾ V., sobre a aplicação do disposto no Art. 9.º do Código Civil ao Direito Português em geral e não apenas ao Direito Civil, a nossa «Introdução ao Estudo do Direito» cit., Lisboa, 1987-88, pgs. 90 ss.

⁽³⁶⁾ V. Professor Doutor Marcello Caetano, «Manual de Direito Administrativo» cit., I, pgs. 461-462 e Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, «Anotações aos Acórdãos do Conselho Ultramarino de 11-5-67 e de 3-7-69» em O Direito, Ano 102.º, pg. 143 e «Direito Administrativo», IV, Lisboa, 1985, pg. 148. V. também Dr. Mário Esteves de Oliveira, «Direito Administrativo», I, 1890, pg. 525.

Para o pôr à prova é, portanto, indispensável ponderar os outros elementos interpretativos, designadamente o elemento teleológico e o elemento sistemático.

Que nos dizem esses outros elementos de interpretação?

Eles obrigam-nos, «prima facie», a introduzir três restrições na definição apresentada como ponto de partida.

A primeira dessas restrições consiste em considerar irrelevante, de todo em todo, a circunstância absurda de o n.º 6.º do Art. 16.º dizer que a homologação seria necessária para conferir «validade» à decisão arbitral, o que, a ser tomado à letra, conduziria à conclusão inaceitável de que a homologação teria a natureza de um acto de sanção.

A segunda restrição exige mais algumas considerações — ela respeita ao valor da decisão da comissão arbitral enquanto acto submetido a homologação. Não é possível entender aquele acto como um simples parecer ou proposta apresentada ao Ministro das Finanças, Pois essa qualificação entraria em frontal contradição com disposições, já antes citadas na Lei n.º 80/77 e do Decreto-Lei n.º 51/86, que cometem à comissão arbitral uma função de julgamento ou resolução dos litígios emergentes do processo de indemnização. A função das comissões arbitrais não é uma função de estrita consulta ou de mero estudo e apresentação de propostas. Como temos acentuado, as suas deliberações não constituem simples trâmites preparatórios de uma decisão posterior. São, em si mesmas, verdadeiras decisões jurídicas, que definem direitos e obrigações das partes envolvidas no litígio. A razão de ser da homologação não se reconduz, portanto, à necessidade de transformar um acto opinativo e pré-decisório numa decisão materialmente definitiva ⁽³⁷⁾.

A finalidade da homologação aparece antes como sendo, no caso vertente, a de sobrepor a decisão de um órgão à decisão já tomada por outro, retirando a esta última o valor de decisão horizontalmente definitiva, bem como a força executória que ela eventualmente tenderia a possuir.

⁽³⁷⁾ Isto para usarmos a tripartição adoptada — e a nosso ver bem — pelo Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, que distingue entre a definitividade material, a vertical e a horizontal.

A qualificação da decisão arbitral como um acto definidor de situações jurídicas não prejudicaria, contudo, o efeito de incorporação em princípio associado aos actos típicos de homologação. Esse efeito manter-se-ia, como se deduz inquestionavelmente da impugnabilidade contenciosa prevista para a decisão homologatória e não para a decisão arbitral. Qualquer ilegalidade cometida na resolução arbitral do litígio teria de ser invocada em recurso do acto de homologação, como vício específico deste acto. O conteúdo da homologação formar-se-ia, pois, por apropriação do conteúdo da decisão arbitral, sem que isso significasse qualquer espécie de contradição com o facto de o acto homologado ter já o valor de um acto «materialmente definitivo», e não o valor de um simples parecer ou proposta ⁽³⁸⁾.

A terceira restrição que se impõe fazer incide nos poderes de controlo ou apreciação que o órgão homologante tem competência para exercer relativamente às decisões arbitrais. Dentro do conceito técnico de homologação a que nos reportamos, essa apreciação abrange todos os elementos do parecer ou proposta a homologar, sejam eles formais ou substanciais, de legalidade ou de mérito ⁽³⁹⁾. No âmbito da Lei n.º 80/77, porém, o poder homologatório não pode comportar um controlo tão extenso das decisões arbitrais. Estas decisões, não o esqueçamos, são proferidas para resolver um litígio aberto entre o Estado e o titular do direito à indemnização, litígio esse materializado no desacordo manifestado por este último — o credor da indemnização — relativamente ao montante fixado por uma primeira decisão de auto-

⁽³⁸⁾ O Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, por exemplo, apresenta um conceito de homologação nestes precisos termos ao qualificar as decisões de não provimento dos recursos hierárquicos de tipo *reexame*. Essas decisões têm carácter homologatório, no sentido de que absorvem ou incorporam a decisão do órgão subalterno, sem o que não seria possível explicar que a via de impugnação contenciosa esteja aberta contra a decisão do órgão superior e só contra ele. Mas o acto do subalterno não é, evidentemente, um simples parecer ou proposta. V. «Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico», I, Lisboa, 1981, pgs. 245-6.

⁽³⁹⁾ Abstrairmos aqui dos «pareceres vinculativos», que constituem uma figura de algum modo excêntrica em relação às características normais do poder homologatório.

ridade do Ministro das Finanças. Admitir que o Ministro das Finanças, no momento da homologação, pudesse reapreciar todos os aspectos da decisão arbitral, conhecer do mérito ou demérito de todos os juízos nela contidos, opor-se a ela em qualquer dos seus fundamentos, equivaleria a uma completa desautorização das comissões arbitrais e a uma inutilização prática da função garantística que a lei pretendeu que elas desempenhassem.

O poder homologatório tem, evidentemente, de corresponder a uma certa faculdade de controlo. Mas as comissões arbitrais têm também de conservar algum sentido útil como instância de decisões e de garantia.

Poder-se-ia pensar, então, numa conciliação sistemática das várias disposições da lei com base na ideia de que a figura da homologação tem apenas o sentido de permitir uma fiscalização da *regularidade formal* das decisões arbitrais e de lhes conferir força executória perante os serviços competentes da Administração Pública, através de uma ordem ou autorização de execução. Esta ideia aproximar-se-ia claramente da figura da sentença homologatória da transacção em processo civil, na qual o juiz se limita a fiscalizar a validade do acto das partes do ponto de vista do seu objecto e da qualidade das pessoas que nele intervieram (Art. 300.º n.º 3 do Código do Processo Civil) e teria inegavelmente a vantagem de preservar a autonomia da decisão arbitral quanto ao seu conteúdo ou mérito substancial ⁽⁴⁰⁾.

Esta interpretação, todavia, defronta-se com um obstáculo que reputamos intransponível. Na verdade, é necessário não esquecer que o Ministro das Finanças não intervém no processo de indemnização como autoridade homologante, intervém também como parte interessada no despacho do litígio que incide sobre o valor da indemnização. Ora, se o Ministro das Finanças não pudesse pronunciar-se senão sobre a regularidade formal da decisão arbitral, e não constituindo esta decisão um acto autonomamente impugnável, o Estado, de que o Ministro das Finanças é o órgão interveniente para estes efeitos, encontrar-se-ia

⁽⁴⁰⁾ Sem impedir o efeito de incorporação desse conteúdo, e a subsequente possibilidade de impugnação do acto homologatório. Essas características também existem, aliás, na homologação judicial da transacção.

desprovido de qualquer possibilidade de reacção ou tutela contra a decisão arbitral que lhe fosse desfavorável. Não poderia exercer qualquer modalidade de auto-tutela, através de um acto unilateral de autoridade, porque a sua apreciação só poderia incidir sobre a regularidade formal da decisão arbitral. E não podia socorrer-se de uma forma de hétero-tutela, porque o único acto susceptível de recurso seria a própria decisão homologatória do Ministro das Finanças, que ele obviamente não poderia impugnar ⁽⁴¹⁾

Por outras palavras, de acordo com a interpretação mais restritiva dos poderes do órgão homologante, a lei teria facultado uma dupla garantia ao credor da indemnização — o recurso à comissão arbitral e, posteriormente, o recurso do acto que homologou a decisão arbitral —, enquanto que a entidade devedora da indemnização não teria ao seu alcance qualquer meio de tutela jurídica, nem os meios próprios de um contencioso de acção, nem os meios próprios de um contencioso de anulação. A única via de afirmação das suas pretensões jurídicas residiria no despacho inicial do Ministro das Finanças fixando o valor da indemnização «definitiva» e esgotar-se-ia nele ⁽⁴²⁾.

Não é de crer que uma tal solução tenha estado no espírito do legislador dos diplomas de 1977 e de 1980.

Perante as interpretações opostas dos poderes do órgão homologante — a saber, como pleno controlo de fundo ou como controlo de simples regularidade formal — qualquer delas geradora de graves incoerências no sistema da lei, qual será então o sentido possível do tantas vezes citado Art. 16.º n.º 6 da Lei n.º 80/77?

O sentido que parece corresponder melhor à compatibilização das linhas de argumentação conflituantes consistiria em admitir que os poderes de controlo do Ministro das Finanças abrangiam o conteúdo da decisão arbitral e não apenas a sua regulari-

⁽⁴¹⁾ Nem mesmo a alegação artificiosa da sua qualidade alternativa de parte interessada no litígio. Seria uma solução demasiado extravagante para poder ser aceite sem consagração legal expressa.

⁽⁴²⁾ Há ainda a considerar a possibilidade de impugnação do acto de homologação por parte do Ministério Público. Mas esta possibilidade não é suficiente para invalidar o raciocínio que expendemos.

dade extrínseca ou formal, mas só na medida em que esse conteúdo obedecesse a critérios estritamente vinculados pelo legislador. Não se trata de, com isto, dizer que o valor da indemnização pudesse nalgum aspecto depender de apreciações discriminatórias, isto é, de juízos de oportunidade ou de conveniência. Em bom rigor, estando em causa um direito subjectivo «proprio sensu» ou perfeito — o direito de indemnização —, a sua satisfação corresponderia sempre, em princípio, ao exercício de um poder vinculado. Mas a fixação do valor da indemnização compreende um certo número de operações técnicas de avaliação dos bens nacionalizados ou expropriados que, pela sua complexidade e pelos conhecimentos especializados que exigem, não cabem no âmbito entre nós tradicional da fiscalização da legalidade dos actos administrativos. Essas operações acabam, em última análise, por ser integrar na figura da chamada discricionariedade técnica, que, em Portugal, os tribunais administrativos têm relutância em fiscalizar a não ser na eventualidade de erro manifesto.

A importância desta separação entre os aspectos estrita e directamente vinculados e os aspectos ditos tecnicamente discricionários residiria no facto de a impugnação das decisões arbitrais ser feita, mediatemente, por via de um recurso contencioso de anulação do acto governamental de homologação, no qual aquelas decisões se incorporariam com todo o seu conteúdo e com as ilegalidades de que eventualmente sofressem. Sendo assim, a tutela da posição jurídica do Estado não sairia diminuída pelo facto de o Ministro das Finanças não poder exercer sobre as decisões arbitrais senão um controlo de legalidade estrita, verificando nomeadamente, em relação ao conteúdo dessas decisões, se elas tinham respeitado os critérios de indemnização definidos e regulados na lei. É que esses seriam precisamente os únicos aspectos, para além dos que se prendem com a regularidade extrínseca ou formal, sobre os quais poderia incidir a fiscalização dos tribunais administrativos no julgamento de um recurso contencioso de anulação. O argumento da necessidade de tutela da posição jurídica do Estado não exigiria mais do que um *controlo de legalidade* como fundamento para um recurso de homologação, porque a garantia do particular perante uma decisão homologada

que lhe fosse desfavorável também não iria além de um recurso com fundamento em razões de mera legalidade.

Por outro lado, vendo a questão na óptica da função útil das decisões arbitrais, a interpretação delineada salvaguardaria um mínimo de autonomia substancial dessas decisões perante o acto de homologação, na medida em que reservaria em exclusivo às comissões arbitrais a apreciação de todas as questões usualmente qualificáveis de «tecnicamente discricionárias» quase totalmente não inseríveis, até agora, entre nós no âmbito da legalidade estrita. Do ponto de vista dessas questões, o julgamento proferido pelas comissões arbitrais constituiria uma resolução imodificável, à qual o Ministro das Finanças não poderia opor-se mediante recusa de homologação. Em tudo quanto a decisão arbitral tivesse de «tecnicamente discricionária», a homologação ministerial seria um acto devido, de tal forma que a recusa de homologação, nessas circunstâncias, poderia ser impugnada com fundamento em ilegalidade (43).

Não se afasta substancialmente de quanto fica dito o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, ao referir que, a seu ver, «o Ministro das Finanças só haverá de decidir-se pela não homologação da decisão de uma comissão arbitral quando esta não respeitar os critérios legais». E acrescenta: «A ser assim, como parece, não se vê como o recurso a interpor do despacho ministerial deva restringir-se à invocação de desvio de poder. Haja o Ministro homologado ou não a decisão da comissão arbitral, sempre o recurso haverá que fundamentar-se em outros vícios de que o acto administrativo padeça» (44).

Ou seja, sem embargo de as considerações do Tribunal Constitucional não serem a este respeito vinculativas, sempre se anotar que elas também vão no sentido de afastar uma interpretação restritiva da homologação circunscrita à mera verificação do preenchimento de requisitos formais pela decisão sujeita a tal homologação.

(43) Por violação de lei ou usurpação de poder, conforme o que se entendesse acerca da natureza das decisões arbitrais.

(44) V. «Diário da República», I Série, de 3 de Março de 1988 cit. pg. 756.

Tendo em consideração o entendimento dado à homologação no contexto exposto, afigura-se-nos evidente que a competência correspondente é manifestamente inconstitucional por violação do «princípio da divisão de poderes», também definido como da separação e interdependência dos poderes do Estado, consagrado nomeadamente no Art. 114.º da Constituição da República Portuguesa.

Na verdade, encerrando a *competência de homologar*, como vimos, um alcance de controlo da regularidade formal ou extrínseca e também do conteúdo da decisão das comissões arbitrais em zonas em que a lei estabeleceu critérios vinculados, ainda assim ela é *inconstitucional*. Quer quando o seu exercício se traduz na confirmação implícita do anterior despacho governativo, ao recusar a homologação das decisões das comissões arbitrais, quer quando aquela se projecta na prática de um acto definitivo e executório, homologando decisões de conteúdo diverso do que tivera o primeiro despacho ministerial sobre a matéria.

Em qualquer das duas situações, o poder de homologação representa uma susceptibilidade de apreciação administrativa recaindo sobre a forma e o conteúdo de um acto materialmente jurisdicional, o que, por conseguinte, viola a delimitação de fronteiras entre duas funções diversas do Estado-colectividade. Nem mesmo o ensaio da procura de uma interpretação conforme à Constituição, que explica a delimitação que efectuámos da figura da homologação, pode salvar a sua constitucionalidade da óptica da sobreposição à área materialmente definidora da função jurisdicional do Estado.

2.11. Eis-nos em condição de conjugar a posição — como dissemos perfeitamente justificada — adoptada pelo Supremo Tribunal Administrativo quanto ao Art. 15.º da Lei n.º 80/77. de 26 de Outubro, e que é, «mutatis mutandis», aplicável ao Art. 14.º, com a natureza jurídica das comissões arbitrais, nos termos antes desenvolvidos. Isto, como é bem de entender, na versão vigente das disposições mencionadas, e que é a dada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, de 2 de Setembro.

Dessa conjugação podem resultar duas perspectivas, em matéria de inconstitucionalidade, diversas, que qualificaremos, por facilidade de expressão, de *visão radical* e de *visão moderada ou mitigada*, o que importa destrinçar.

De acordo com a apelidada visão radical, eventualmente entendida como a que decorre de forma mais mecânica da posição do Supremo Tribunal Administrativo, a desconformidade relativamente ao princípio constitucional consignado no Art. 114.º afectaria não só o Art. 15.º da Lei n.º 80/77 (e, em paralelo e por identidade de razões, o Art. 14.º) como igualmente o Art. 16.º como um todo.

Não seria então apenas inconstitucional o Art. 16.º n.º 6 da Lei n.º 80/77, mas todo o preceito, já que o sistema de recurso a comissões arbitrais nele estabelecido apenas se justificaria como corolário lógico da intervenção governamental na fixação dos valores das indemnizações. Sendo esta inconstitucional, arrastaria consigo todo o sistema contido no Art. 16.º da Lei n.º 80/77.

Outra perspectiva, que se nos afigura como a mais adequada, é aquela que circunscreve a inconstitucionalidade, no tocante ao Art. 16.º, ao seu n.º 6.

Arranca ela da própria natureza jurisdicional das comissões arbitrais, que é, portanto, perfeitamente compatível com a sua intervenção em matéria de indemnizações, envolvendo a fixação de valores ou de montantes de indemnizações por nacionalização ou expropriação, tal como o que temos vindo a referir.

Não existe inconstitucionalidade no recurso, pelos particulares, a comissões arbitrais, como as estudadas, uma vez que tal via é jurisdicional.

Só se verifica inconstitucionalidade em relação ao n.º 6 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77, que respeita à homologação ou não homologação governamental das decisões das comissões arbitrais, representando uma manifesta invasão da reserva material da função jurisdicional do Estado.

Mas até que ponto é possível destacar os restantes números do Art. 16.º do n.º 6, por um lado, e do disposto nos dois preceitos que o antecedem, por outro?

A resposta parece-nos simples. A própria versão inicial do Art. 16.º, que vigorou até 1980, não integrava como peça indispensável da via jurisdicional aberta aos particulares a homolo-

gação ministerial. Esta representa um aditamento espúrio a uma modalidade jurisdicional de actuação do poder político do Estado-colectividade que pode e deve manifestar-se sem tal enxerto. Quanto à relação com os Arts. 14.º e 15.º, é concebível — e até traduz fidedignamente a ideia de arbitragem — que as comissões arbitrais se possam pronunciar sobre a matéria das indemnizações por nacionalização e expropriação sem que antes delas tenha existido qualquer definição unilateral por parte do Governo.

Caberia aos tribunais, nos termos comuns de Direito, apreciar e decidir, sobre a matéria aludida, mas os particulares poderiam recorrer às comissões arbitrais, nomeadamente por entenderem que elas estariam em posição privilegiada para a formulação de juízos técnicos porventura essenciais para a dirimção dos conflitos existentes.

Se diferenciámos o que separava a, por assim dizer, *visão radical* da *visão moderada*, acerca da desconformidade dos preceitos analisados da Lei n.º 80/77 em relação à Constituição da República, fizemo-lo por uma questão de rigor jurídico e também atendendo às diversas consequências de uma e outra posição.

Por uma questão de rigor jurídico, já que nem todo o Art. 16.º merece um juízo de inconstitucionalidade.

Atendemos à diversidade de consequências jurídicas, pois elas se não identificam necessariamente no caso de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e mesmo, mais amplamente, no caso de declaração ainda que implícita de inconstitucionalidade.

De facto, da visão maximalista decorreria a nulidade de todo o Art. 16.º ⁽⁴⁵⁾.

Em conformidade, essa visão maximalista — que não perfilhamos — ou colocaria em questão a própria versão originária do Art. 16.º, considerando-a inconstitucional pela sua inter-relação com o acto administrativo impugnado, ou, no mínimo, reprimonia-la-ia, mas separando a intervenção das comissões arbi-

(45) Sobre a questão do valor do acto legislativo inconstitucional V. o desenvolvimento no nosso «O valor jurídico do acto inconstitucional» cit., designadamente pgs. 185 ss.

trais daquela actuação governativa, nomeadamente recusando a repescagem do n.º 5 do Art. 16.º.

Diversamente, a posição mitigada e, em rigor, correcta, implica a mera inconstitucionalidade e nulidade no n.º 6 do Art. 16.º, não havendo, por conseguinte, cabimento para a repristinação da versão de 1977 de todo o Art. 16.º. Só que, também, o prazo incluído no Art. 16.º — e que o reporta aos Arts. 14.º e 15.º — é incompatível com a lógica constitucional da reserva de matérias como a que se encontra em questão a um órgão de natureza jurisdicional.

Perguntar-se-á se o facto de ser nula a própria actuação administrativa, de que cabe recurso para a comissão arbitral, não afecta sempre e inevitavelmente toda a lógica da actuação desta. Pensamos que não, como adiante explicitaremos.

Em síntese, a nosso ver, as comissões arbitrais revestem natureza jurisdicional e isso implica a inconstitucionalidade do n.º 6 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77.

2.12. Nesta exposição, que vai ficando longa, e em que nos falta ainda apreciar a questão substancial da própria avaliação dos montantes indemnizatórios, já vimos que são inconstitucionais os Arts. 14.º, 15.º e 16.º — n.º 6 da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro. Tal decorre da conjugação de todos os dados legislativos, doutrinários e jurisprudenciais recenseados e cotejados à luz da Constituição da República Portuguesa.

Quais as vias de que dispõem os particulares no Direito Português para reagirem contra a inconstitucionalidade referida, ou, de modo mais amplo, para suscitarem questões relacionadas com o domínio das indemnizações pelas nacionalização e expropriação, a que se refere a Lei n.º 80/77?

A resposta resulta, em larga medida, de tudo quanto fomos afirmando até este momento.

Resumindo, diríamos que são diversas as vias existentes, que se podem escalonar em função de dois critérios essenciais: o de se reportarem à execução das disposições inconstitucionais, nomeadamente por acto do poder político do Estado, ou abstrairmos de tal execução ou da modalidade de execução considerada.

Antes do mais, pode acontecer que os particulares «ex-titulares de direitos sobre bens nacionalizados ou expropriados» pretendam promover a apreciação da inconstitucionalidade dos preceitos mencionados em si mesmo, independentemente da sua execução nomeadamente por acto do poder político do Estado, em especial por qualquer acto de Administração.

Assim sendo, como não há no Direito Português uma acção de inconstitucionalidade ou *recurso de amparo* para o Tribunal Constitucional ⁽⁴⁶⁾, resta aos cidadãos interessados tentarem suscitar um requerimento do Presidente da Assembleia da República, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembleia da República, visando a fiscalização sucessiva abstracta da inconstitucionalidade dos preceitos da Lei n.º 80/77.

Mais raramente — mas de modo igualmente constitucional — se pode verificar o apelo ao Presidente da República ou ao Primeiro-Ministro.

No entanto, nenhum destes órgãos ou titulares se encontra obrigado a aceder a solicitações dos particulares nos termos do Art. 281.º da Constituição da República Portuguesa.

Por isso avultam como vias de suscitação da inconstitucionalidade as que se relacionam com a apreciação jurisdicional concreta dessa inconstitucionalidade a propósito da execução das disposições legislativas impugnáveis.

Dentro do elenco destas vias é possível distinguir quatro.

Uma primeira consiste no recurso contencioso de declaração de nulidade de um despacho governamental que fixa valores ou montantes de indemnizações ao abrigo dos Arts. 14.º e 15.º da Lei n.º 80/77.

Para fundamentar a nulidade desse acto de Administração, que, por definição, é um acto administrativo — pois os seus destinatários são determináveis no momento da sua prática —, tem o recorrente de invocar a inconstitucionalidade e a nulidade daqueles preceitos legais.

(46) Isto embora se avenge a hipótese da sua introdução na revisão constitucional ainda em curso à data da elaboração deste texto.

O conhecimento do recurso em causa é da competência da Secção de Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo, nos termos da alínea e) do n.º 1 do Art. 26.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril).

O recurso em apreciação, bem como a alegação de inconstitucionalidade não conhecem qualquer prazo limitativo, já que a nulidade, em Direito Constitucional como em Direito Administrativo português, é insanável também no sentido de não caducar a faculdade de pedir a correspondente declaração.

Outra hipótese de via disponível é a do recurso contencioso de declaração da nulidade de um despacho governamental definitivo e executório resultante do exercício do poder homologatório das decisões das comissões arbitrais. Também quanto a ele é invocável a inconstitucionalidade de um preceito da Lei n.º 80/77 — agora o Art. 16.º n.º 6 —, preceito esse cuja nulidade vai determinar a nulidade dos actos de execução. Tudo quanto antes dissemos acerca do recurso do despacho inicial de fixação de valores ou de montantes das indemnizações é aplicável a este recurso contencioso que recai sobre os despachos elaborados no exercício de competência homologatória das decisões arbitrais.

Aliás, em matéria de inconstitucionalidade dos despachos homologatórios bem pode suceder que ela não se circunscreva à violação pelo n.º 6 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77. Se um despacho recusar a homologação de decisão da comissão arbitral que tenha alterado o anterior despacho ministerial deve entender-se que existe uma dupla e cumulativa inconstitucionalidade.

Assim, o despacho de recusa de homologação recebe, por transferência, os vícios do despacho que deu origem ao recurso à comissão arbitral, e é nulo também com fundamento na violação pelos Arts. 14.º e 15.º da Lei n.º 80/77.

Isso resulta — como antes deixámos expresso — de o particular no sistema legal descrito não ter o ónus de recorrer simultaneamente para as comissões arbitrais e para o Supremo Tribunal Administrativo nem de invocar junto daquelas todas as ilegalidades do despacho inicial, em particular as orgânicas e formais, não directamente relacionadas com a titularidade e conteúdo do direito de indemnização.

Em síntese, a recusa de homologação de decisão da comissão arbitral contrária a despacho governativo é nula quer por representar o exercício de uma competência legal inconstitucional (a prevista no Art. 16.º n.º 6 da Lei n.º 80/77), quer por confirmar o conteúdo de um acto governamental, ele próprio resultante de outra competência legal identicamente inconstitucional (a prevista nos Arts. 14.º e 15.º da Lei n.º 80/77).

2.13. Qualquer das últimas via apontadas permite a declaração concreta da inconstitucionalidade de certas disposições legais e da sua nulidade, e ainda permite a declaração de nulidade dos actos administrativos praticados à sombra daquelas disposições.

Não permite, porém, é solucionar litígios relacionados com o direito à indemnização designadamente com a fixação do respectivo montante.

O que os particulares podem obter por essas vias é a declaração da nulidade de actuações administrativas, não a sua reponderação, alteração ou substituição, incompatíveis com a natureza do recurso contencioso no Direito Português.

Por seu turno, a via da declaração abstracta da inconstitucionalidade não é — por definição — de molde a compadecer-se com litígios concretos. Isto quer ela corresponda à solicitação das entidades previstas no Art. 281.º da Constituição da República Portuguesa, quer ela resulte da transposição do plano da fiscalização sucessiva concreta, uma vez que a Constituição prevê que o Tribunal Constitucional aprecie e declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional em três casos concretos (Art. 281.º n.º 2).

2.14. Para que os particulares possam suscitar questões relacionadas com a titularidade do direito à indemnização, sua fixação, liquidação e efectivação, ou seja, para que possam suscitar não a mera declaração de nulidade da intervenção unilateral do Governo mas a ponderação do fundo da questão, dispõem de duas vias.

Uma delas é a das comissões arbitrais. Para quem não perfi-lhe a visão maximalista extrema, que se traduz em considerar que é inconstitucional a sua existência e funcionamento, elas con-

tinuaram a representar uma via possível de apreciação da matéria descrita: ou nos termos da versão originária da Lei n.º 80/77 — para quem julgue inconstitucional todo o Art. 16.º na versão de 1980 —, ou de acordo com esta última, ressalvada a exclusão do n.º 6, referente ao poder homologatório do Governo e à limitação de prazo.

É esta última — já o sublinhamos — a nossa posição, posição essa que não é prejudicada pelo facto de entendermos que é nulo qualquer despacho governamental fixando valores ou montantes de indemnizações. Esta nulidade não retira utilidade à intervenção das comissões arbitrais para apreciarem todas as questões relacionadas com o direito à indemnização na sua substância.

Como, a nosso ver, a inconstitucionalidade e nulidade do n.º 6 do Art. 16.º da Lei n.º 80/77 arrasta qualquer relação com prévio acto administrativo do Governo, pensamos que a possibilidade de recurso à comissão arbitral não se encontra sujeita a prazo reportado àquele acto.

Do mesmo modo, consideramos que da decisão da comissão arbitral cabe recurso para os tribunais comuns de acordo com o princípio geral, segundo o qual compete aos tribunais comuns o julgamento de recursos dos tribunais arbitrais, a menos que a lei expressamente disponha em contrário. Ora, a lei só prevê, aliás inconstitucionalmente, a recorribilidade dos depachos ministeriais de homologação das decisões das comissões arbitrais. Nada prevendo sobre recursos directos destas últimas decisões, há que considerar que eles devem ser interpostos para os tribunais comuns.

Paralelamente à via das comissões arbitrais, uma outra se acha inquestionavelmente aberta aos particulares: a via dos tribunais judiciais ou comuns.

O Art. 16.º admite-o claramente no seu n.º 1, e, em qualquer caso resultaria da natureza da matéria envolvida.

Como antes tivemos ocasião de sublinhar a propósito de outra faceta do tema analisado, o n.º 1 do Art. 16.º, ao utilizar a expressão «sem prejuízo do recurso para outras instâncias competentes» está a referir-se ao que o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional qualifica de «direito de recorrer aos tribunais para resolução das questões atinentes ao direito de indemnização (47).

(47) V. «Diário da República», I, de 3 de Março de 1988, pg. 756.

Trata-se de uma via paralela à das comissões arbitrais e para cuja cabal compreensão importa relembrar o tipo de litígios que pode justificar que a ela se recorra.

Esses litígios respeitam, em princípio, todos eles ao direito à indemnização que tem por titulares sujeitos jurídicos por seu turno ex-titulares de direitos sobre bens nacionalizados ou expropriados.

Ora, o aludido direito à indemnização não é resultante de qualquer acto do poder político ilegal ou ilícito, à luz do contexto constitucional vigente no momento da sua prática.

Já expusemos noutro ensejo ⁽⁴⁸⁾ por que razões pensamos que as nacionalizações e expropriações efectuadas entre 1974 e 1976 foram genericamente conformes aos princípios e às regras constitucionais em vigor aquando da sua verificação.

Não houve, portanto, qualquer responsabilidade civil extra-contratual do Estado português, geradora de indemnização, nem no tocante aos actos legislativos nem nos actos administrativos que procederam à sua execução nos domínios das nacionalizações e das expropriações.

Assim sendo, o recurso aos tribunais comuns para dirimir litígios atinentes ao direito de indemnização não se encontra circunscrito por qualquer prazo de prescrição respeitante ao apuramento de efeitos jurídicos de actos geradores de responsabilidade extra-contratual do Estado. E isto independentemente de tomar em linha de conta se é aplicável à função legislativa e aos actos legislativos o regime de responsabilidade civil relativo à função administrativa e aos actos de administração do Estado-Administração ou de outras pessoas colectivas de Direito Público.

Em suma, o direito de indemnização decorre das nacionalizações e das expropriações efectuadas nos termos do Decreto-Lei n.º 407-A/75, de 30 de Julho e ao abrigo das Leis da Reforma Agrária desde 25 de Abril de 1974 — como explicita

(48) Fizemo-lo detidamente nas duas primeiras palestras do ciclo em que esta se inseriu. V. sobre a evolução do regime económico português entre 1974 e 1976 também os nossos «Direito Constitucional, I — Introdução à Teoria da Constituição», Braga, 1979 e «Os Partidos Políticos no Direito Constitucional Português», Braga, 1983.

o n.º 2 do Art. 1.º da Lei n.º 80/77 —, como efeito normal e não perverso ou reequilibrante de uma lesão ilegítima do direito à propriedade privada.

Estamos perante um direito similar à generalidade dos direitos subjectivos para os quais o prazo prescricional estabelecido no Código Civil é de 20 anos (Art. 309.º).

Dentro deste prazo podem os ex-titulares de direitos sobre bens nacionalizados ou expropriados, e titulares do correspondente direito a indemnização, suscitar nos tribunais comuns a apreciação de toda e qualquer questão relativa ao direito à indemnização, sua fixação, liquidação e efectivação. E, como é óbvio, mas vale a pena reafirmar, também em tribunal comum pode ser levantada a questão incidental da inconstitucionalidade de preceitos da Lei n.º 80/77, na redacção dada em 1980, podendo e devendo o tribunal apreciá-la e, se considerar fundada a arguição, proceder à correlativa declaração implícita de nulidade no caso concreto.

Duas notas complementares cumpre editar relativamente à compatibilização de regime entre as diversas vias jurisdicionais abordadas.

A primeira, para esclarecer que o *recurso* contencioso de declaração de nulidade, interponível de despacho governativo na matéria focada ou de despacho governativo praticado no exercício do poder homologatório das decisões das comissões arbitrais, não preclui a *via* dos tribunais comuns. O que está em causa naquele é a inconstitucionalidade de regras legislativas, geradora da sua nulidade e da conseqüente nulidade dos actos administrativos que as executem, ao passo que o que constitui o cerne desta é a apreciação e dirimção de litígios relativos ao direito à indemnização.

A segunda nota visa dilucidar que já o recurso à comissão arbitral é inacumulável em sentido estrito com a via dos tribunais comuns. Por um lado, para as comissões arbitrais vale o prazo prescricional de 20 anos atrás mencionado. Por outro lado, só é legítimo recorrer a uma das duas vias de cada vez, o que significa que quem recorrer às comissões arbitrais não pode propor acção sobre a mesma matéria nos tribunais comuns, a menos que desista daquele primeiro recurso.

Por outras palavras, entendemos que são aplicáveis a esta compatibilização de vias, *ambas jurisdicionais*, as regras que no Direito Português se acham previstas para os tribunais arbitrais.

E aqueles cidadãos que tenham já recorrido a comissões arbitrais, nos termos da legislação vigente e que para nós é parcialmente ilegal e nula, havendo quanto às suas pretensões decisões dessas comissões e despachos homologatórios eventualmente objecto de recurso contencioso de declaração de nulidade? A esses, aplicar-se-á o que dissemos acerca da compatibilização entre esse recurso e a via dos tribunais comuns — poderão ainda recorrer a estes mesmo que as comissões arbitrais tenham sido chamadas a efectuar juízos sobre valores e montantes indemnizatórios?

Se estivessemos perante futuros recursos às comissões arbitrais, a resposta seria negativa.

Tratando-se de recursos oportunamente interpostos, no âmbito de uma legislação parcialmente inconstitucional, que restringe a recorribilidade dos despachos homologatórios ao Supremo Tribunal Administrativo, consideramos que a resposta deve ser a seguinte: em princípio, os cidadãos com legitimidade adequada devem poder recorrer das decisões das comissões arbitrais para os tribunais comuns, pedindo incidental e preliminarmente a declaração de nulidade dos preceitos legislativos inconstitucionais, nomeadamente do Art. 16.º da Lei n.º 80/77.

E, assim sendo, não há cabimento para acção autónoma nos tribunais comuns.

Se se adoptar uma posição maximalista, na linha da orientação do Supremo Tribunal Administrativo, então haveria sempre hipótese de via jurisdicional comum, porque toda intervenção das comissões arbitrais foi inconstitucional.

Numa como noutra perspectiva, parece cautelarmente sensato que quem possa desistir da via das comissões arbitrais o faça, optando pelos tribunais comuns.

Assim evita o risco de, tendo pela primeira via, obtido, em Supremo Tribunal Administrativo, a declaração de nulidade de toda a via anterior, se defrontar depois com a recusa por tribunal comum de conhecimento da causa alegadamente submetido à via facultativa das comissões arbitrais.

É claro que a alternativa pode ter riscos, mas muito menores: o risco de ter perdido uma hipótese de questionar um despacho inconstitucional do Governo, risco esse de somenos se comparado com a possibilidade que a via jurisdicional comum proporciona ao amplo conhecimento dos litígios atinentes ao direito à indemnização.

Em qualquer caso, e em resposta à terceira questão que nos formulámos no início deste arrazoado, é claro que existe uma via jurisdicional autónoma, paralela à das comissões arbitrais, consistente no recurso aos tribunais comuns e que essa via permite mais do que a mera declaração de inconstitucionalidade das disposições legislativas — faculta a apreciação global das questões jurídicas relacionadas com o direito à indemnização, sua titularidade, fixação, liquidação e efectivação.

1.15. Percorrido um caminho que é de esperar não tenha sido fastidioso, apesar da sua extensão, é altura de concluir esta primeira e mais exaustiva parte da exposição, recordando que nela justificámos porque é que: os Arts. 14.º e 15.º e 16.º — n.º 6 da Lei n.º 80/77 são inconstitucionais, as comissões arbitrais se revestem de natureza jurisdicional, e o recurso aos tribunais comuns é uma autónoma alternativa essencial disponível para apreciação de questões relacionadas com o direito à indemnização, via essa que avulta de entre todas quantas a lei reconhece para defesa dos direitos dos particulares; pois não se limita a permitir a declaração da nulidade das disposições legislativas inconstitucionais, como é de molde a facultar a apreciação e resolução substancial de litígios respeitantes à titularidade e conteúdo do direito à indemnização.

3. OS CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DAS INDEMNIZAÇÕES POR NACIONALIZAÇÃO, NO DIREITO PORTUGUÊS

3.1. É tempo de nos ocuparmos do segundo tema que deve merecer a nossa atenção de acordo com a sistematização inicialmente delineada: o tema dos critérios de determinação das indemnizações por nacionalização, nomeadamente a exposição e

clarificação do importante aresto do Tribunal Constitucional acima tantas vezes citado, o Acórdão n.º 39/88, de 9 de Fevereiro de 1988, publicado no jornal oficial em 3 de Março de 1988.

Tal como fizemos na abordagem do tópico das comissões arbitrais não iremos repetir tudo quanto ficou dito em anteriores exposições, designadamente quanto ao conceito de nacionalização e de expropriação e quanto à inserção do direito à indemnização em tal problemática (49).

Por isso com a brevidade imposta pelo alongamento desta palestra, procederemos primeiro à descrição dos traços essenciais do regime legal português em matéria de indemnizações por nacionalização e apreciaremos depois duas questões suscitáveis acerca desse regime e atinentes, respectivamente, à sua eventual inconstitucionalidade orgânica e material.

Quer isto dizer que não nos deteremos noutras questões, ainda que muito interessantes, como seja a da apreciação da legislação apresentada à luz dos princípios e das regras do Direito Internacional Público, a não ser na estrita medida em que nos não afastemos substancialmente da preocupação de proceder a um juízo de constitucionalidade.

(49) Sobre esta matéria V., nomeadamente, além das obras nacionais supracitadas, ainda: Professor António Sousa Franco, «Nacionalizações», Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, XX; Professor Doutor Jorge Miranda, «Direito da Economia», Lisboa, 1983, pgs. 305 ss.; Dr. Luis Cabral de Moncada, «Direito Económico» cit, 2.ª ed., Coimbra, 1988, pgs. 276 ss.; Fernando José Bronze, «As indemnizações em matéria de nacionalizações», Revista de Direito e Economia, II, n.º 2 Julho/Dezembro de 1976, pgs. 478 ss.; V. ainda, por último: Wolfgang Fikentscher, «Wirtschaftsrecht», I, München, 1983; Bernard Chénot, «Les Entreprises nationalisées», Paris, 1977; J. Brémont, «Les Nationalisations», Paris, 1977; Konstantin Katzarov, «Théorie de la Nationalisation», Neuchatel, 1972; Alexander Makarov, «Die Nationalisierungsmassnahmen und die Entscheidung der durch sie betroffenen Ausländer in der Internationalen Praxis der letzten Jahre, Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70 Geburtstag», Stuttgart/Köln, 1950; R. L. Bindschedler, «Verstaatlichungsmassnahmen und Entschuldigspflichte nach Völkerrecht», Zürich, 1950; Christian Smekal, «Die Verstaatlichteindustrie in der Marktwirtschaft», Köln/Berlin/Bonn/München, 1963; e Dr. Nuno Sá Gomes, «Nacionalizações e Privatizações», Lisboa, 1988, (em particular pgs. 292 ss.).

3.2. Qual é o regime legal português em matéria de indemnizações por nacionalização e também por expropriação no âmbito da Reforma Agrária?

Seguindo o resumo, perfeitamente curial, que desse regime fez o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, temos hoje que ainda vigora neste domínio a Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, que veio dar execução ao disposto no Art. 82.º da Constituição da República Portuguesa, sem que nunca tivesse vindo a ser utilizada a faculdade conferida pela versão originária do texto constitucional que, no seu Art. 82.º n.º 2, permitia a expropriação de latifundiários e grandes proprietários e empresários sem a correspondente indemnização⁽⁵⁰⁾.

Importa, no entanto, invocar que a Lei n.º 80/77, que já nos interessou para o efeito do estudo das comissões arbitrais, não foi o primeiro acto legislativo em matéria de indemnizações devidas pelas nacionalizações, pois foi antecedida pelo Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho, ainda aprovado pelo Conselho de Revolução, ao abrigo do Art. 294.º da Constituição, disposição transitória que mantinha em vigor a legislação constitucional transitória até à data da posse do primeiro Presidente da República eleito nos termos da nova Lei Fundamental — no caso vertente até 14 de Julho de 1976.

O Decreto-Lei n.º 528/76 não distingua as indemnizações provisórias das indemnizações definitivas e recorria a um critério de valoração dos títulos ou partes sociais, composto do valor do património líquido e do valor de cotação, correspondendo este a uma média ponderada das cotações máximas e mínimas de cada ano civil, entre 1 de Janeiro de 1964 e 24 de Abril de 1974, ou ao valor de capital ou de rendibilidade no caso de títulos não cotados. O mesmo diploma remetia a definição genérica de alguns coeficientes imprescindíveis à determinação dos critérios indem-

(50) Do mesmo modo que nunca viria a ser legislada a matéria da expropriação de bens económicos ao abandono injustificado, sem correlativa indemnização (Art.º 87.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa).

nizatórios, para Resolução em Conselho de Ministros, sem que a matéria viesse a ser regulamentada até à aprovação da Lei n.º 80/77.

Esta nasceu sob a égide do Art.º 82 da Constituição da República Portuguesa, resultando do exercício da competência legislativa reservada à Assembleia da República pelo Art. 167.º alínea *q*) da Constituição (na sua versão original).

A Lei n.º 80/77, que, conforme já atrás indicámos, foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, de 2 de Setembro, por seu turno ratificado com alterações pela Lei n.º 36/81, de 31 de Agosto, contém o essencial do regime do direito de indemnização por nacionalização e expropriação, que se passa a sintetizar ⁽⁵¹⁾:

- a) O direito à indemnização supõe a entrega dos títulos nacionalizados pelo seu depósito prévio em instituições de crédito, que a lei dispensa em certos casos específicos, bem como a apresentação da declaração de titularidade sob pena de tratamento legal desfavorecido.
- b) É introduzida a distinção entre indemnizações provisórias e indemnizações definitivas, sendo aplicável à fixação das primeiras, sem limites, o Decreto-Lei n.º 528/76 e à das segundas o mesmo diploma «em tudo o que não contrariar o disposto na presente lei» (Lei n.º 80/77), sendo certo que a própria Lei n.º 80/77 manda utilizar supletivamente «o regime legal das indemnizações por expropriação por utilidade pública, com as necessárias adaptações». Para o efeito da ponderação do valor contabilístico e do valor de cotação, viria o Decreto-Lei n.º 206/78, de 25 de Julho finalmente a atribuir os coeficientes da 0,85 e de 0,15, respectivamente.

⁽⁵¹⁾ V. ainda a regulamentação desta matéria nos Decretos-Leis n.ºs 206/78, de 25 de Julho, 355/78, de 25 de Novembro, 2/79, de 9 de Janeiro, 195/79, de 29 de Junho, 213/79, de 14 de Julho e 31/80, de 6 de Março, nas Portarias n.ºs 486-A/77, de 23 de Dezembro, 120—A/78, de 14 de março, 359/78, de 7 de Julho, 610/78, de 7 de Outubro, 69/79, de 6 de Fevereiro e 235/79, de 18 de Maio; e nos Despachos Normativos n.ºs 331/78 e 112/79, publicados no «Diário da República» em 16 de Dezembro e 25 de Maio, respectivamente. V. também a Lei n.º 36/80, de 31 de Julho e os Decretos-Leis n.ºs 344/80, de 2 de Setembro, 195/81, de 9 de Julho e 199/88, de 31 de Maio.

- c) Quer as indemnizações provisórias quer as indemnizações definitivas são pagas mediante a entrega pelo Estado ao respectivo titular de obrigações do Tesouro (títulos de indemnização) que vencem juro, prevendo a lei, contudo, o pagamento em dinheiro das indemnizações de montante inferior a 50 000\$00.
- d) Os títulos de indemnização encontram-se escalonados por classes, de acordo com um «regime diferenciado», nos termos da expressão do Tribunal Constitucional, atendendo ao número de posições ou partes sociais nacionalizadas de que dispusesse o seu anterior titular: «quanto mais elevada for, globalmente, a indemnização devida a cada indemnizando, tanto mais longo será o prazo do seu pagamento e mais baixa será a taxa de juro que, na série degressiva, que a lei estabelece, lhes corresponde» ⁽⁵²⁾. Há, pois, uma diferenciação por *doze classes* de «prazos de amortização e de diferimento progressivamente mais longos e taxas de juros decrescentes», correspondendo a classe I a valores a indemnizar inferiores a 50 000\$00, a um prazo de amortização de 8 anos e uma taxa de juro de 13 %, e a classe II a valores superiores a 6050 contos, a um prazo de 28 anos e uma taxa de juro de 2,5 %.
- e) As taxas de juros devidas pelos títulos de indemnização vencem-se desde a data da nacionalização ou expropriação, sendo aplicáveis simultaneamente a cada titular.
- f) Os aludidos títulos são mobilizáveis pelo titular originário ou, em caso de morte, os seus herdeiros, para diferentes e relevantes finalidades, sendo o seu valor ou o nominal ou o determinado pelo Governo, conforme as situações legais consideradas.
- g) Os fins da mobilização dos títulos de indemnização são: o pagamento de dívidas contraídas antes da nacionalização ou expropriação perante a Caixa Geral de Apo-

⁽⁵²⁾ V. Acórdão n.º 39/88 cit., «Diário da República» cit., pg. 744.

sentenças ou outras instituições de segurança social, o Fundo de Desemprego e instituições de crédito; a caução de operações de crédito para investimento produtivo e saneamento financeiro, nomeadamente em associação a contratos de viabilização e contratos de desenvolvimento para a exportação; o investimento produtivo; o saneamento financeiro das empresas; a aquisição de participações no sector público empresarial, também apelidado de sector empresarial do Estado; o pagamento de impostos directos desde que a correspondente obrigação fiscal tenha nascido antes de 1 de Janeiro de 1977; o pagamento da entrada inicial e das prestações de amortização respeitantes à aquisição de casa própria financiada por instituições de crédito, pela Caixa Geral de Aposentações ou outras instituições de segurança social.

- h) Os títulos de indemnização, além de mobilizáveis antecipadamente, são transaccionáveis em pé de igualdade com os restantes títulos, o mesmo podendo acontecer, de acordo com uma interpretação extensiva, com as cautelas provisórias ⁽⁵³⁾.
- i) A liquidação das indemnizações pode ser suspensa em caso de indício de condutas ilícitas dos indemnizados e de sua condenação com trânsito em julgado, regime este que o Acórdão n.º 39/88 viria a declarar inconstitucional com força obrigatória geral.
- j) As Misericórdias e outras instituições privadas de solidariedade social, as fundações e as cooperativas, bem como as congregações e associações religiosas têm direito a serem integradas na classe I, desde que provem a titularidade efectiva dos direitos nacionalizados ou expropriados à data da nacionalização ou expropriação.

⁽⁵³⁾ Parece inclinar-se neste sentido, a nosso ver bem, o Acórdão n.º 39/88, citando um Parecer efectuado, para a Confederação da Indústria Portuguesa (CIP), pelo Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral e pelo Dr. José Robin de Andrade, parecer esse não publicado e a que não tivemos acesso até à data deste estudo.

Contra V. José Simões Patrício, «Nacionalizações e empresas nacionalizadas», Revista de Direito e Economia, Ano VIII, n.º 2, pgs. 299 ss.

- l) O regime de indemnização dos estrangeiros pode ser diverso do previsto para os nacionais, nas suas formas, na mobilização de títulos e nas classes, precedendo decisão do Governo ⁽⁵⁴⁾.

3.3. Sumariados os princípios básicos do regime legal vigente, cumpre passar a apreciar algumas questões jurídicas que podem decorrer da ponderação da respectiva conformidade relativamente à Constituição da República Portuguesa.

Começaremos por algumas questões já colocadas e apreciadas pelo Tribunal Constitucional para, a finalizar esta exposição — pela própria natureza do seu tema, pormenorizada e longa — referir outras questões sobre as quais aquele órgão ainda se não pronunciou.

As questões já sucitadas prendem-se todas elas com a eventual inconstitucionalidade de algumas das disposições do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho e da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, bem como de outra legislação complementar.

Por um lado, foi desencadeado o sistema de fiscalização sucessiva concreta, incidentalmente, em acções propostas nos tribunais comuns ⁽⁵⁵⁾; por outro lado, o Provedor de Justiça, nos termos da alínea a) do n.º 1 do Art. 281.º da Constituição da República Portuguesa, solicitou ao Tribunal Constitucional a sua intervenção em sede de fiscalização sucessiva abstracta.

Porque o Tribunal Constitucional equacionou boa parte das questões levantadas na fiscalização sucessiva concreta, que é em Portugal jurisdicional difusa, é sobre o Acórdão n.º 39/88 que nos vamos debruçar.

⁽⁵⁴⁾ Estamos apenas a referir os traços essenciais do regime legal. Outros poderiam ser aditados, como a equiparação da ocupação à expropriação para certos efeitos, por exemplo o da prova de titularidade do direito do indemnizando, ou como a situação excepcional das indemnizações devidas pela revogação do título que autorizava a exploração e aproveitamento do Lindoso.

⁽⁵⁵⁾ V. Dr. Fernando Luso Soares, «Nacionalizações — Inconstitucionalidade e Justa Indemnização», Lisboa, 1987.

O Provedor de Justiça requereu a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das seguintes regras legais:

- a) As do Art. 3.º n.º 1 - alíneas *a)* e *b)* e n.º 2 da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, por violação do princípio da justa indemnização (Art. 62.º da Constituição da República Portuguesa), do princípio da tipicidade da norma incriminadora (Art. 29.º da Constituição) e da regra do Art. 88.º da Lei Fundamental respeitante a actividades delituosas contra a economia nacional; a violação consistiria na privação do direito à indemnização dos condenados, por sentença transitada em julgado, pela prática de actos dolosos ou culposos na direcção de empresas que dirigem ou em que são accionistas.
- b) As dos Arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho e do Art. 14.º da Lei n.º 80/77 (com a redacção de 1980), bem como as das Portarias n.ºs 786-A/77, de 23 de Dezembro e 610/78, de 7 de Outubro, por violação do princípio da justa indemnização (Art. 62.º da Constituição), visto que o valor das indemnizações não pondera a inflação e a desvalorização da moeda, sendo certo que o pagamento daquelas se prolonga no tempo.
- c) A do Art. 8.º do Decreto-Lei n.º 528/76 e as dos Arts. 19.º e 20.º da Lei n.º 80/77, por violação do princípio da igualdade (Art. 13.º da Constituição), pois o regime legal consegue critérios diferenciados de indemnização.
- d) As dos Arts. 22.º e 39.º da Lei n.º 80/77 (o primeiro dos quais com a redacção dada em 1981 pela Lei n.º 36/81, de 31 de Agosto), as do Decreto-Lei n.º 195/79, de 29 de Junho e as do Decreto-Lei n.º 31/80, de 6 de Março, por violação do princípio constitucional da igualdade traduzida na adopção de um regime indemnizatório que favorece os estrangeiros.
- e) As dos Arts. 16.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 80/77 (o primeiro na redacção de 1980), por violação da garantia do recurso contencioso contra os actos administrativos e executórios (Art. 268.º n.º 3 da Constituição) pelo enten-

dimento de que a recusa de homologação, pelo Ministro, das decisões das comissões arbitrais impediria o sucesso no recurso subsequente à via jurisdicional.

O Tribunal Constitucional, em Acórdão relativamente conciso para o elenco de matérias abordado, pronunciou-se no sentido de declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do Art. 3.º n.os 1 - alíneas *a*) e *b*) e 2 da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, por violação do princípio da indemnização consagrado no Art. 82.º da Constituição da República Portuguesa. Quanto a todas as demais normas impugnadas deliberou o Tribunal Constitucional não declarar a sua inconstitucionalidade. A decisão foi quase unânime, pois dos 10 juizes que a votaram (incluindo o Presidente o Tribunal), só um votou parcialmente vencido por entender haver inconstitucionalidade também dos Arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 528/76, dos Arts. 14.º e 19.º n.º 2 da Lei n.º 80/77, e da Portaria n.º 786-A/77 ⁽⁵⁶⁾.

Analisando com mais cuidado a decisão do Tribunal Constitucional, sobretudo à luz da respectiva fundamentação, ela suscita algumas observações mais imediatas.

Para já faremos apenas três, já que da matéria de comissões arbitrais oportunamente falámos e do princípio da justa indemnização falaremos adiante bastante mais de espaço.

A primeira observação verdadeiramente curiosa é a de que a parte decisória do Acórdão não condiz, em zona nuclear, totalmente com a fundamentação correspondente. Trata-se certamente de um lapso menor, mas que cumpre referir. O Acórdão conclui pela inconstitucionalidade das normas constantes do Art. 3.º

⁽⁵⁶⁾ Votou vencido o juiz José Manuel Cardoso da Costa. A sua declaração de voto não indica expressamente o princípio ou regra constitucional violada pelas disposições legais ou pela Portaria que menciona, mas parece tratar-se do próprio Art. 82.º da Constituição ou da justiça indemnizatória presente mesmo nas indemnizações por nacionalização. Por outro lado, o juiz vencido distingue entre situações mais ou menos claras de inconstitucionalidade, qualificando como «mais claramente inconstitucional» apenas o Art. 19.º n.º 2 da Lei n.º 80/77, na parte em que remete para o quadro anexo a esse diploma.

n.º 1 - alíneas *a*) e *b*) e 2 da Lei n.º 80/77 apenas por violação do princípio da indemnização consagrado no Art. 82.º da Constituição. Omite que atrás afirmara — e bem — que as mesmas normas também violavam o princípio «*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*» consagrado no Art. 29.º n.ºs 1 e 3 da Constituição, violação esta que se não pode reconduzir ou subsumir naquela outra.

A segunda observação que o Acórdão sugere é a de alguma compreensão pela forma como equaciona o princípio constitucional da igualdade no tocante ao regime legal diferenciado para situações de facto elas próprias diversificadas.

No fundo, o raciocínio efectuado arranca de uma disparidade quanto ao número de títulos e seu valor correspondentes a cada indemnizando para justificar, da parte da lei, soluções diferentes, favorecendo os indemnizados credores de montantes menores e desfavorecendo os credores de montantes maiores em homenagem a uma orientação de redistribuição de rendimentos correlativa de assimetrias sociais. Redistribuição essa de alguma forma decorrente do próprio alcance global da intervenção do Estado, traduzida nas nacionalizações. Em última análise, estar-se-ia perante um imposto progressivo sobre a fortuna, imposto esse dissimulado por detrás do prazo de amortização e do juro do crédito, considerando-se como fortuna os créditos correspondentes às indemnizações.

Embora seja sempre melindrosa a ponderação exacta da diversidade de situações como as retratadas à luz do princípio da justiça material num Estado de Direito democrático com os contornos do acolhido na Constituição Portuguesa vigente ⁽⁵⁷⁾, não parece desrazoável a delimitação da ideia de igualdade proporcional como proibição do arbítrio e da discriminação, e não é totalmente irrazoável a aplicação feita desse princípio à situação apreciada à luz dos parâmetros constitucionais em matéria de regime

(57) Uma dificuldade crucial pode residir no facto de não haver necessária correspondência entre valores ou montantes indemnizatórios por titular e a situação económico-financeira global deste, mas não se afigura talvez legítimo pedir à lei que vá mais longe nessa difícil relação entre realidades eventualmente muito dissemelhantes.

económico, mesmo depois das alterações introduzidas em 1982. Nesse regime continuaram a avultar traços literais marcantes de pendor socializante, extensíveis à política fiscal, ainda que dissimulada sob forma de punção redistributiva recaindo sobre direitos dos cidadãos sobre bens — no caso vertente sobre direitos à indemnização.

Por outro lado, também parece bem alicerçada a justificação da conformidade constitucional de um tratamento de favor para as cooperativas, as misericórdias, as instituições particulares de solidariedade social, as congregações e as associações religiosas. O Acórdão refere adequadamente aqueles preceitos constitucionais ou aquelas regras de Direito Internacional Público que podem legitimar tal tratamento.

A terceira observação — tanto mais curiosa quanto é feita perante um auditório estrangeiro — respeita ao facto de o regime legal ser mais favorável para estrangeiros, o que o Tribunal Constitucional não considerou desconforme ao princípio da igualdade consagrado no Art. 13.º da Constituição da República Portuguesa.

Para tanto invoca o Art. 86.º da Constituição relativo aos investidores estrangeiros, bem como a legislação ordinária contendo incentivos fiscais. Também refere o estatuto pessoal diferenciado.

Acrescenta o princípio da solução pacífica dos conflitos internacionais contido no Art. 7.º n.º 1 da Constituição associado ao risco de conflitos internacionais por causa de nacionalizações, e termina lembrando as razões conducentes à não nacionalização de bancos e agências de companhias de seguros estrangeiros e de acções pertencentes a estrangeiros em empresas nacionalizadas.

É, como vêem, uma visão qualificada claramente favorável à situação jurídica dos estrangeiros investidores em Portugal e que, nessa exacta medida, dissipará algumas das dúvidas e interrogações que se expressaram acerca dos temas antes abordados e nomeadamente quanto ao efectivo alcance das nacionalizações realizadas após 1974 em Portugal.

Manda a nossa consciência que exprimamos aqui, ainda que brevemente, a nossa perplexidade e discordância quanto a este ponto do Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional.

Perplexidade, antes de tudo o mais, perante todos os argumentos invocadas por esse órgão jurisdicional.

É irrelevante o argumento da prática legislativa ordinária no tocante a nacionalizações pois se verificou antes da vigência do texto constitucional de 1976 e «a fortiori» antes da sua versão posterior a 1982. E o que importa é saber se no momento em que o Tribunal Constitucional é chamado a apreciar a eventual inconstitucionalidade de certa regra legal, esta é ou não desconforme à Constituição então vigente. Os critérios legislativos de 1974, 1975 ou 1976 não circunscrevem nem condicionam a interpretação e aplicação constitucional de 1988.

Também não vemos nenhuma ligação entre os critérios de indemnização e o princípio da solução pacífica dos conflitos entre Estados.

Uma coisa é, surgido um conflito — ao menos virtual —, o Estado Português dever solucioná-lo pacificamente ou mesmo dever o Estado Português abster-se de provocar conflitos interestaduais, outra é afirmar que só a solução legal encontrada (ou seja, uma solução mais favorável para estrangeiros do que para nacionais) poderia evitar conflitos daquela natureza.

Isso o Acórdão não demonstra, fazendo um salto lógico entre o dever de não provocar conflitos com outros Estados e a assunção simples de que haveria necessariamente conflitos se o regime legal indemnizatório não beneficiasse estrangeiros. Porque não entender que só haveria conflitos se esse regime favorecesse nacionais? O Acórdão prova de menos nesta matéria.

Mais ainda — ignora que, ao lado do princípio referido e que é programático, outros, ainda mais relevantes, devem ser com ele conjugados, como o da independência nacional e o da salvaguarda dos direitos dos trabalhadores, um e outro integrantes da Constituição Material, como limites materiais ao exercício do poder de revisão constitucional [Art. 290.º alíneas *a*) e *e*)], ao contrário do princípio citado contido no Art. 7.º n.º 1 que apenas é formalmente constitucional.

Ora, o Acórdão não explica em que medida o regime mais favorável aos estrangeiros não sacrifica aqueles princípios, que aliás são expressamente ressalvados no Art. 86.º da Constituição relativo a investimentos estrangeiros.

Do mesmo modo, o argumento do estatuto pessoal e do regime de expulsão de estrangeiros é, a nosso ver, improcedente. Ele só prova que, em tais domínios, e não em todos os domínios, os estrangeiros se encontram sujeitos a lei específica.

O que o Acórdão deveria ter demonstrado e não fez é que, primeiro, na Constituição da República Portuguesa vigente em 1988, há em matéria de regime económico ou nalguns sectores dele, um princípio inequívoco de favorecimento do tratamento de estrangeiros em relação a nacionais; ou que, subsidiariamente, no plano fáctico da vida económica há razões palpáveis que justifiquem essa diferenciação jurídica para o efeito de imposição de encargos que representam, já o dissemos atrás, uma tributação dissimulada.

No plano constitucional, os Arts. 7.º n.º 1 e 86.º, só por si, não são suficientes para deles se inferir o princípio do tratamento favorecido, antes cedem perante outros princípios materialmente constitucionais.

Restaria a demonstração fáctica não realizada pelo Tribunal Constitucional.

Porque a fundamentação nos parece manifestamente insuficiente, não podemos deixar de anotar criticamente o Acórdão n.º 39/88 neste particular. É grave que se conclua pela não inconstitucionalidade do tratamento legislativo ordinário favorecido de estrangeiros sem sequer analisar a incidência das normas em apreciação comparando-a com a das regras respeitantes aos cidadãos portugueses.

3.4. Encerradas estas breves observações preliminares (incluindo aquela que respeita a matéria em que, objectivamente, vos deve serenar a convicção de que o Tribunal Constitucional está atento, de forma muito especial, aos interesses dos estrangeiros em Portugal), revertamos ao problema mais importante sobre o qual discorreu o Acórdão n.º 39/88: a questão da *justa indemnização*.

O que se encontrava em causa era saber se diversas disposições legislativas respeitavam o princípio da indemnização prevista no Art. 82.º da Constituição da República Portuguesa e se

se conformavam, por igual, à exigência de que a indemnização fosse justa.

Depois de citar o Art. 17.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Art. 1.º do Protocolo n.º 1 adicional à Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem (58), o Art. 2.º n.º 2 alínea c) da Carta dos Direitos e Deveres Económicos dos Estados adoptada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (59), o Acórdão do Tribunal Constitucional distingue o instituto da nacionalização do instituto da expropriação no tocante a indemnização, já que a segunda dá sempre lugar ao pagamento de «justa indemnização» (Art. 62.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa), ao passo que a primeira não implica indemnização no caso de «meios de produção em abandono» e se funda no Art. 82.º da Constituição.

Desta regra constitucional conjugada com os princípios próprios de um Estado de Direito decorre que a indemnização por nacionalização deve ser justa mas não deve ser necessariamente nem prévia nem homogénea no tratamento de situações diferenciadas.

A justiça material na definição dos critérios de fixação das indemnizações impõe «que esses critérios não sejam susceptíveis de conduzir ao pagamento de indemnizações irrisórias ou manifestamente desproporcionadas à perda dos bens nacionalizados, nem a pagamentos tão deferidos no tempo que equivalham a indemnizações irrisórias ou absolutamente desproporcionadas. E questão é ainda que as distinções que se estabelecerem não sejam manifestamente arbitrárias ou carecidas de todo o fundamento material».

E o Acórdão precisa novamente: «Respeitados os parâmetros que se apontaram (ou seja: respeitados princípios que são essenciais num Estado de Direito, como são o da igualdade e o da pro-

(58) O Protocolo n.º 1 é de 20 de Março de 1952, sendo a Convenção de 4 de Novembro de 1950, O Acórdão recorda a reserva portuguesa motivada pelo Art. 82.º n.º 2 da Constituição na versão de 1976, reserva essa superada pela revisão constitucional de 1982, que suprimiu aquele n.º 2.

(59) Em 12 de Dezembro de 1974.

porcionalidade, como exigências que são do princípio da Justiça, o legislador goza de certa liberdade na definição dos aludidos critérios»⁽⁶⁰⁾.

Com base nesta argumentação teórica, o Acórdão conclui pela não violação do princípio da indemnização e mesmo da indemnização justa por parte das normas legais impugnadas, após breves considerações que se reconduzem ao seguinte:

- a) Não existe no Direito Português o princípio da indemnização total ou integral, mas sim da «indemnização razoável ou aceitável que cumpra as exigências mínimas de justiça que vão implicadas na ideia de Estado de Direito. E isso conseguem-no os critérios fixados», quer ao definirem um prazo de dez anos para o cálculo do valor de cotação ou de rendibilidade (já que perto de 1974 as cotações na Bolsa superaram as taxas de inflação), quer ao ponderarem factos respeitantes à «anterior actividade das empresas», apesar de cronologicamente posteriores ao fecho dos balanços na data da nacionalização; quer ao afastarem o valor do *aviamento* das empresas (implicitamente considerado, pelo Acórdão, não integrante da esfera do razoável ou aceitável).
- b) O facto de as taxas de juro previstas na lei ficarem abaixo, «nalguns casos, mesmo bastante abaixo das que são praticadas no mercado monetário e financeiro», é minorado pelas faculdades de transacção e mobilização, inclusive antecipada, dos títulos de indemnização. «Não se vê», portanto, «que as indemnizações fixadas corram o risco de se transformar em pseudo-indemnizações, isto é em indemnizações de valor manifestamente desproporcionado ou irrisório» ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Acórdão n.º 39/88 cit., «Diário da República» cit., pg. 748.

⁽⁶¹⁾ O Acórdão dedica a estas considerações essenciais — em que não entra nunca em pormenores, nomeadamente em análises do tipo quantitativo — o espaço equivalente a três páginas do «Diário da República», se não se considerar a transcrição de disposições legais. É pois muito conciso e convicto, prescindindo de apreciações desenvolvidas.

Um comentário sintomático é aditado pelo Acórdão n.º 39/88 a propósito do atraso com que foram fixados os valores definitivos para as indemnizações respeitantes a várias empresas (entre 1986 e 1988, ou seja mais de 10 anos depois da nacionalização, mais de 9 anos após a aprovação da legislação básica de 1977 e mesmo mais de 6 anos decorridos sobre a sua revisão em 1980).

O Acórdão considerava que um tal retardamento susceptível de tornar coisa incerta e sem consciência o direito à indemnização, se deveria a «inacção ou a falta de diligência da Administração» ou, eventualmente, a «inconstitucionalidade por omissão», se «acaso essa conduta da Administração radicar na falta de instrumentos legais capazes de conduzir à efectiva execução das normas existentes e, conseqüentemente à concreta realização do direito consagrado no Art. 82.º da Constituição».

Em suma, o Acórdão n.º 39/88 considera que o regime do Decreto-Lei n.º 528/76 e da Lei n.º 80/77 não viola o princípio constitucional da indemnização, nem no tocante à determinação dos valores das indemnizações, nem nas condições de amortização e taxas de juro; num caso porque se acha preenchido o que, em seu entender, é razoável ou aceitável, e noutro porque a lei prevê a transacção e a mobilização dos títulos de indemnização.

Em termos globais afigura-se-nos dificilmente questionável o raciocínio exposto, até por duas razões essenciais, entre si ligadas:

1.ª — A subjectividade do que seja indemnização razoável ou aceitável, conceito que o Acórdão não delimita precisamente, sobretudo quanto à sua componente de proporcionalidade. É, de facto, mais fácil definir o que seja igualdade, arbítrio e discriminação; mas é particularmente melindroso saber o que pode ser «indemnização desproporcionada» ou «carecida de fundamento material»;

2.ª — É-o de sobremaneira se esse limite mínimo não for testado quantitativamente pela comparação entre o sacrifício patrimonial decorrente da nacionalização e o valor da indemnização, conjugado com as condições do seu pagamento; e não se diga que só em concreto, caso a caso, é possível efectuar tal comparação e testar da responsabilidade e portanto da constitucionalidade do regime legal. Aquela com-

paração era e é viável pela simulação de uma amostragem minimamente representativa quanto aos valores, e era e é sempre possível quanto às 12 classes correspondentes às condições de pagamento, tudo permitindo comparar o valor hipotético actual dos bens nacionalizados com o valor da correlativa indemnização. A comparação entre ambos permitiria formular um juízo de responsabilidade ou de aceitabilidade, obviamente distinto do desiderato — também a nosso ver não acolhido na Constituição Portuguesa — de total ou plena indemnização que postularia coincidência rigorosa entre aqueles dois tipos de valores.

Ao omitir indagações quantificadas sobre os efeitos da aplicação da lei cuja constitucionalidade se apurava, o Tribunal Constitucional delineou um raciocínio abstractamente inquestionável mas não suficiente para arredar, de vez, a dúvida sobre a constitucionalidade de certas normas legislativas ordinárias.

Como temos sustentado em diversas outras situações — uma das quais em sintonia com o Professor José Joaquim Gomes Canotilho — não basta, para julgar da conformidade de uma norma legal com a Constituição, julgá-la independentemente dos efeitos da sua aplicação concreta, sobretudo se esses efeitos já são apuráveis no momento em que o juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é formulado. E se essa aplicação conduzir a resultados inconstitucionais, porque esvaziando de sentido um princípio ou uma regra da Constituição, então a norma em causa é inconstitucional.

Assim, por exemplo, se uma lei, enquanto tal, não aparentar violar o princípio da igualdade, mas da sua aplicação resultar inevitavelmente essa violação, então ela é, no todo ou em parte, inconstitucional ⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ O caso, em que elaborámos um Parecer defendendo esta mesma orientação teórica e com ela convergiu idêntica posição de Parecer subscrito pelo Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, foi o da violação do princípio da igualdade, consignado no Art. 13.º da Constituição, por uma norma tributária con-

O Acórdão n.º 39/88, ao dispensar-se de efectuar uma apreciação detida dos resultados previsivelmente emergentes da aplicação das normas analisadas (apreciação essa tanto mais fácil quanto identificaria diversos actos de Administração relativos à fixação do valor das indemnizações definitivas) deixa em aberto a pista essencial para a corroboração da bondade das suas considerações abstractas.

O que diz é criterioso e logicamente inexpugnável. Só que deixa por dizer algo de fundamental para alicerçar a posição a que chegou. E — do fazê-lo — permite que, caso a caso, em jurisdição difusa, não só a matéria possa ser reapreciada (o que sempre poderia constitucionalmente acontecer), mas possa sê-lo em vazio quase absoluto por parte do Tribunal Constitucional.

Por outras palavras, arrancando do raciocínio abstracto do Tribunal Constitucional e somando-lhe resultados iníquos em termos de tal «razoabilidade» mínima dos critérios indemnizatórios, poderá um qualquer tribunal optar pela inconstitucionalidade de certa regra legal com tanta maior facilidade quanto o Tribunal Constitucional não se preocupou em demonstrar quantitativamente a razoabilidade da aplicação dos valores e das condições de pagamento das indemnizações.

E não valerá contra tal eventualidade a alegação de que se estará perante uma mera ilegalidade da Administração Pública. Uma coisa é o retardamento da aplicação da lei e outra é o efeito negativo irrazoável, inaceitável dessa aplicação, que não pode ter que ver com tal atraso. Isto para não enfileirmos na corrente, em nosso entender extrema, que tem, entre nós, visto o Direito como aplicação ao caso concreto, e para a qual um juízo de inconstitucionalidade da lei em certo momento deveria, em rigor, tomar em consideração a prática administrativa da sua aplicação nesse

tida no Orçamento para 1988, de conteúdo genérico e abstracto, mas cuja aplicação implicaria inexoravelmente a introdução de uma discriminação ilegítima contra uma categoria sócio-profissional. Subscreveram, no mesmo caso, pareceres de adesão ao nosso os Professores Doutores Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda e Fausto de Quadros, e ao do Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho o Professor Doutor Afonso Queiró.

momento, cotejando-o com os imperativos constitucionais. Desta óptica, maximalista, o juízo de inconstitucionalidade de certa norma varia no tempo, não só em função da evolução constitucional e da evolução do conjunto legislativo normativo, como também da diferente incidência da sua aplicação às situações fácticas concretas.

Mas mesmo sem cairmos nesta posição drástica, haverá que admitir que são relevantes para a formulação de juízos de inconstitucionalidade os efeitos de um regime legal, pois eles permitem testar na plena consecução de certo princípio ou regra constitucionais ⁽⁶³⁾(⁶⁴).

Por todas as razões sucintamente expostas consideramos que o raciocínio efectuado no Acórdão n.º 39/88, tendo em vista demonstrar a conformidade constitucional da legislação sobre indemnizações quanto à razoabilidade ou aceitabilidade dos critérios nela contidos, não é por si só concludente para alicerçar a inferência a que chega. Também ele, sendo de uma lógica abstracta ou conceitual inatacável, não se preocupa suicientemente com os interesses a ponderar no que toca à sua avaliação comparativa em função da previsível (e até já quantificável) aplicação da lei.

3.5. Feita uma exposição dos traços essenciais do regime legal sobre os critérios de determinação dos valores e montantes

(63) V., em geral, sobre a matéria da indemnização por nacionalização e sua natureza justa mas não prévia e integral, Professor Doutor Jorge Miranda, «Direito da Economia» cit., pgs. 305 ss.. Diversamente v., nomeadamente, Professor Doutor Afonso Queiró, «Lições de Direito Administrativo», Coimbra, 1976.

(64) V. numa posição que acentua decisivamente a ligação entre o Direito e a aplicação ao caso concreto, Professor Doutor António Menezes Cordeiro, «Lei (Aplicação da)», Polis I, pgs. 1046 ss. e «Tendências actuais da lei; do Juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica», Tribuna da Justiça, n.º 12, Dezembro de 1985. Já antes numa linha mais cuidadosa de equilíbrio entre interpretação e aplicação, v. do mesmo autor, «Da Boa Fé no Direito Civil», 2 vols., Lisboa, 1984 (v., por exemplo, nota 48 da pg. 38 do Vol. I). V., ainda, um breve comentário nosso sobre esta matéria em «Introdução ao Estudo do Direito (Sumários das lições dadas ao 1.º Ano)», Lisboa, 1987/88, pgs. 143. ss.

das indemnizações, bem como sobre as correspondentes condições de pagamento, e apreciado o conteúdo do Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional — apreciação essa plenamente justificada pela importância real de tal aresto —, é tempo de apresentarmos algumas das questões jurídicas que permanecem por resolver, todas elas relacionadas com a inconstitucionalidade da legislação considerada.

Começaremos pela questão do que usualmente é apelidado de inconstitucionalidade orgânica de uma parte essencial dessa legislação para, depois, passarmos a analisar a questão da chamada inconstitucionalidade material de outra parte dela.

3.6. No domínio da *inconstitucionalidade orgânica* a questão que se pode suscitar é a de como tal pode ser caracterizada a desconformidade entre o Decreto-Lei n.º 206/78, de 25 de Julho e o disposto na alínea *q*) do Art. 167.º da Constituição da República Portuguesa na sua versão originária.

Recordemos o que atrás ficou dito acerca do Decreto-Lei n.º 206/78, de 25 de Julho.

O Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho consagrou uma fórmula para determinação do valor das indemnizações em que se atendia aos valores do património líquido e ao valor de cotação ou valor de rendibilidade, um e outro ponderados em função de coeficientes que não fixou. Limitou-se a afirmar que a soma desses coeficientes devia ser igual à unidade e que o coeficiente relativo ao primeiro daqueles dois valores deveria ser superior ao do segundo.

E remeteu a quantificação dos coeficientes para Resolução do Conselho de Ministros.

Ora, os coeficientes aludidos representam um elemento essencial da fórmula de cálculo do valor das indemnizações. Essencial pelas variações possíveis (de 0,49 em termos absolutos para cada um dos coeficientes, com combinações muito distintas, em termos relativos, entre eles). Essencial pela incidência da opção feita como correctivo de prévias avaliações de disparidade entre o valor do património líquido e o valor de cotação pelo legislador.

Em qualquer caso, é evidente que a quantificação dos dois coeficientes não é relidade irrelevante, secundária ou exterior em relação aos critérios de fixação do valor das indemnizações mas, antes, uma componente relevante essencial e intrínseca desses critérios.

Não tendo o Governo estabelecido os valores dos coeficientes até à entrada em vigor da orgânica do poder político criada pela Constituição da República Portuguesa, em 14 de Julho de 1976 ⁽⁶⁵⁾, a partir deste momento nenhuma dúvida se levantava quanto a caber tal definição na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República nos termos da alínea q) do Art. 167.º da versão originária da Constituição.

Como antes explicámos a Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, remeteu, em larga medida, a matéria de regime dos critérios de fixação das indemnizações para o Decreto-Lei n.º 528/76 sem ter colmatado a lacuna respeitante aos coeficientes por definir desde 1976. A este propósito previu no seu Art. 37.º n.º 1 que o Governo fixasse em decreto-lei, dentro de sessenta dias, « os valores dos coeficientes 1 e 2 referidos no Art. 5.º do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho».

Sendo a matéria de critérios de fixação das indemnizações do domínio da reserva relativa de competência legislativa do Parlamento e cabendo nela obviamente os valores dos dois coeficientes, o Art. 37.º n.º 1 da Lei n.º 80/77, para não ser materialmente inconstitucional — o que acarretaria inconstitucionalidade orgânica do Decreto-Lei que o viesse executar — teria de ser encarado como uma autorização legislativa conferida ao Governo.

⁽⁶⁵⁾ Apenas como observação sobre uma mera hipótese que se não verificou, diremos que a definição dos coeficientes por Resolução do Conselho de Ministros, a ser concretizada, envolveria inconstitucionalidade orgânica, nos termos da legislação constitucional transitória, por envolver a substituição de um acto legislativo por um acto de Administração. Isto porque, a nosso ver, em rigor, a norma de remissão do Decreto-Lei n.º 528/76 (art.6.º n.º 1) já era orgânicamente inconstitucional.

É certo que a Lei n.º 80/77 não invoca expressamente o preceito constitucional atinente a autorizações legislativas, nem é excessivamente explícita quanto ao sentido do Decreto-Lei a elaborar ao abrigo do seu Art. 37.º n.º 1.

Mas não é caso único o da inserção em Lei da Assembleia da República que define substancialmente certo regime jurídico de uma algumas normas de autorização legislativa ao Governo; a referência à alínea *q*) do Art. 167.º da Constituição no início do diploma pode ser entendida como comportando a autorização ao Governo para legislar sobre matéria reservada em termos relativos ao Parlamento. Finalmente, o sentido do Decreto-Lei é o que deriva da lógica global da Lei n.º 80/77 conjugada com os limites impostos pelo Decreto-Lei n.º 528/76 para que remete expressamente nos Arts. 8.º e 14.º.

Supondo, portanto, que é possível salvar da inconstitucionalidade material o Art. 37.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 encarando-o como autorização legislativa, ainda assim o prazo de sessenta dias previsto não foi certamente respeitado.

De facto a autorização legislativa caducaria sessenta dias depois de 31 de Outubro de 1977 — data da entrada em vigor da Lei n.º 80/77 — ou seja em 30 de Dezembro de 1977. O Decreto-Lei n.º 206/78, que aliás se reporta explicitamente ao Art. 37.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 (embora sem mencionar qualquer uso de autorização legislativa) foi promulgado em 11 de Julho de 1978 e publicado no «Diário da República» de 25 de Julho de 1978.

Sempre sustentámos que a data relevante, para o efeito de apreciação do respeito do prazo da autorização legislativa pelo Governo, é a da aprovação do projecto de Decreto-Lei correspondente em Conselho de Ministros e não a da sua publicação em jornal oficial, nem sequer a da sua promulgação. Assim sendo, à primeira vista, cumpriria apurar se o projecto do Decreto-Lei n.º 206/78 fora, porventura, aprovado em Conselho de Ministros antes de 30 de Dezembro de 1977, ou seja, cerca de seis meses e meio antes da promulgação e sete meses antes da publicação em «Diário da República». Não parece nada provável.

E, se, por acaso, essa aprovação tivesse ocorrido antes de 30 de Dezembro de 1977 ⁽⁶⁶⁾, seria o Decreto-Lei n.º 206/78 constitucional? Não, não seria.

Não seria porque o Art. 168.º n.º 3 da versão inicial da Constituição da República Portuguesa correspondente ao actual Art. 168.º n.º 4, estabelecia a caducidade das autorizações legislativas com a cessação de funções do Governo a quem tinham sido concedidas.

Em boa verdade, a Lei n.º 80/77 entrou em vigor em 31 de Outubro de 1976 estando em funções o I Governo Constitucional, Governo este que viria a ser demitido por força da rejeição do voto de confiança solicitado ao Parlamento, nos termos do Art. 198.º n.º 1 alínea b) da Constituição da República Portuguesa, tendo a demissão sido certificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 160/77, de 9 de Dezembro.

Ou seja, a autorização legislativa contida no Art. 37.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 caducou em 9 de Dezembro de 1977, pelo que o II Governo Constitucional, para poder legislar sobre a matéria nela prevista, deveria ter solicitado nova autorização legislativa à Assembleia da República, o que não aconteceu.

Levemos, porém, mais longe as nossas indagações. Admitamos que o prazo de sessenta dias não constituía limite temporal à autorização legislativa acima aventada. Não poderia ser ela encarada como conferida sem prazo? Não, não poderia, pois já o Art. 168.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa na versão de 1976 (equivalente ao actual Art. 168.º n.º 2) considerava o prazo requisito de validade de qualquer autorização legislativa. E, ademais, tal argumento, além de inconstitucional,

⁽⁶⁶⁾ No Direito Português é teoricamente possível apurar-se a data de aprovação de um projecto de Decreto-Lei em Conselho de Ministros a partir das respectivas Acta e Súmula. Na prática, muitas vezes esse apuramento é dificultado por sucessivas apreciações do mesmo projecto em Conselho de Ministros e por modalidades equívocas de aprovação (na generalidade a benefício de nova redacção, ou para introdução de alterações sem regresso ao Conselho). Mesmo nestes casos existe sempre uma data determinável de deliberação substancial do Governo. Sobre esta matéria V. a nossa palestra sobre a «A feitura de Decretos-Leis Avulsos» em «A Feitura das Leis», I, Oeiras, 1986.

não valeria contra a caducidade da autorização legislativa em 9 de Dezembro de 1977.

Regressemos, então, a uma hipótese inicialmente levantada: e se o Art. 37.º n.º 1 não contivesse qualquer autorização legislativa mas, apenas, uma norma de remissão no domínio da competência legislativa concorrential entre o Parlamento e o Governo, não seria o Decreto-Lei n.º 206/78, de 25 de Julho, constitucional?

Esta hipótese explicativa suporia que a matéria do Decreto-Lei n.º 206/78, de 25 de Julho, não ingressa no domínio dos critérios de fixação das indemnizações reservado à competência legislativa própria da Assembleia da República e só susceptível de legiferação pelo Governo sob autorização daquela.

Simplemente, tal suposição equivaleria a admitir que os valores de dois coeficientes essenciais na fórmula de avaliação das indemnizações não se inserem no conteúdo dos «critérios de fixação das indemnizações», o que, como dissemos, é totalmente absurdo.

Por conseguinte, quer se considere que o Art. 37.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 contém uma autorização legislativa, quer se pense que não possui tal conteúdo, sempre se terá de concluir que o Decreto-Lei n.º 206/78, de 25 de Julho é organicamente inconstitucional por respeitar a matéria da reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, sem se encontrar legitimado por prévia, válida e eficaz autorização parlamentar.

Da inconstitucionalidade do Decreto-Lei n.º 206/78, que implica a sua nulidade, nos termos genéricos do Direito Constitucional português, decorre que são nulos todos os actos da sua execução.

Esta matéria, das mais fundas repercussões no domínio das indemnizações por nacionalização — já que importa concluir que se encontram inevitavelmente prejudicados todos os actos administrativos que tenham aplicado os coeficientes do Decreto-Lei n.º 206/78 — nunca foi apreciada pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente no seu Acórdão n.º 39/88, pois não fora objecto de impugnação pelo Provedor de Justiça.

Em suma, os despachos governamentais que tenham fixado valores de indemnizações usando os coeficientes previstos no Decreto-Lei n.º 206/78, além de nulos por aplicarem regras legais

materialmente inconstitucionais — como são os Arts. 14.º, 15.º e 16.º da Lei n.º 80/77, nos termos explicitados na primeira parte desta exposição — são-no igualmente por se encontrarem afectados pela inconstitucionalidade orgânica do próprio Decreto-Lei n.º 206/78.

E o mesmo acontece com os despachos que executem as Portarias n.ºs 786-A/77, de 23 de Dezembro e 610/78, de 7 de Outubro, actos estes organicamente inconstitucionais por invadirem a competência legislativa da Assembleia da República mediante decisões próprias da função administrativa do Estado-colectividade.

A gravidade desta verificação da inconstitucionalidade de diplomas essenciais, para o efeito do cálculo dos valores das indemnizações, é tal que impõe ou imporá indubitavelmente que, a muito breve trecho, a Assembleia da República legisle sobre esta matéria. A alternativa é o risco de precaridade das soluções fundadas em actos legislativos e administrativos nulos, precaridade essa geradora de preocupantes instabilidade e incerteza jurídicas.

3.7. Passando a apreciar a questão da eventual *inconstitucionalidade material* do regime substancial da Lei n.º 80/77 relativo aos critérios de fixação das indemnizações, importa analisar quatro dados novos até este momento por nós não referidos:

1.º. A compatibilização entre o disposto nos Arts. 13.º e 14.º da Lei n.º 80/77 e o Decreto-Lei n.º 528/76 no tocante à determinação dos valores das indemnizações definitivas.

2.º. Os entraves legais à mobilização dos títulos de indemnização.

3.º. O reconhecimento legal de certos elementos essenciais de determinação do património líquido das empresas públicas para o efeito da sua privatização, elementos esses não considerados relevantes para o efeito da indemnização pela sua nacionalização.

4.º. A própria concepção global das privatizações em cotejo com o regime legal das indemnizações por nacionalização.

Como ponto de partida para as considerações que se seguem há que relembrar que o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional não julgou inconstitucionais os critérios legais da fixação das indemnizações, designadamente não os julgou contrários ao princípio da indemnização contido no Art. 82.º da Constituição da República Portuguesa, interpretado à luz do valor da Justiça Material própria de um Estado Democrático de Direito, atendendo a duas razões essenciais:

- a) no cálculo dos valores contabilístico ou de património líquido e de cotação ou de rendibilidade, a lei tem a preocupação de assegurar uma indemnização razoável ou aceitável, que não é porém a indemnização plena ou integral — daí a exclusão, na ponderação do primeiro, do *aviamento* da empresa nacionalizada e, daí também que o prazo de dez anos para o apuramento do valor de cotação seja aceitável tendo em conta a evolução altista do mercado financeiro nos últimos anos desse decénio (precisamente os que antecederam Abril de 1974);
- b) a disparidade manifesta entre as taxas de juros previstas na lei e as praticadas nos mercados monetário e financeiro, desde o tempo das nacionalizações, é compensada pela transaccionabilidade e sobretudo pela mobilização, nomeadamente prévia, dos títulos de indemnização.

Como já atrás sublinhámos, estas razões são apresentadas pelo Tribunal Constitucional em abstracto, sem qualquer *comprovação quantificada*: nem a de que a evolução do mercado de capitais, nos anos imediatos anteriores a 25 de Abril, equilibrou a amplitude decenal do prazo de determinação do valor de cotação, nem a de que o leque de possibilidades de mobilização dos títulos de indemnização compensou a disparidade entre os seus juros e os entretanto correntes no mercado, nem a de que os próprios coeficientes aprovados pelo Governo para o valor contabilístico e o de cotação foram razoáveis. E isto apesar de, à data do Acórdão n.º 39/88, já se encontrarem disponíveis valores não só das indemnizações provisórias, mas das próprias indemniza-

ções definitivas, que permitiriam quantificar aqueles dados e apurar se a aplicação da Lei n.º 80/77 corresponderia ou não ao tal desígnio da indemnização justa porque minimamente razoável ou aceitável, na expressão abstractamente feliz do Tribunal Constitucional.

Consideremos agora as quatro sub-questões, acima elencadas, acerca da inconstitucionalidade material do regime da Lei n.º 80/77 relativo aos critérios de fixação das indemnizações, algumas das quais não podiam sequer ser consideradas pelo Tribunal Constitucional à data do Acórdão n.º 39/88 por terem sido suscitadas por legislação que lhe foi posterior. E façamo-lo sem emotividade, na linha da fria análise jurídica a que vimos procedendo, fugindo assim às tentações maximalistas de um ou de outro lado que, tantas vezes, têm ensombrado ou empobrecido a apreciação da problemática das indemnizações por nacionalização em Portugal ⁽⁶⁷⁾.

Do que se trata, por outras palavras, é de saber se dados, muitos deles novos, não obrigam a concluir, na base da argumentação abstracta do Acórdão n.º 39/88, que a legislação sobre critérios de fixação das indemnizações pode ser considerada *materialmente inconstitucional* por violação do Art. 82.º da Lei Fun-

⁽⁶⁷⁾ Até certo ponto é natural que assim seja, porque os juristas são também e sobretudo homens, não só com as suas ideologias, crenças e opções sociais e políticas, mas até com interesses económico-financeiros concretos que dalguns deles fizeram titulares de direitos a indemnização por nacionalização e expropriação. Não sendo este último o nosso caso, nem por isso deixaremos de compreender a dificuldade de juristas abstrair de condicionamentos, mesmo remotos, de tal natureza. Só que pensamos que o caminho certo é o do debate científico sobre este tema, na base de um denominador comum possível que é a Constituição da República Portuguesa e, dentro dele, aceitando uma interpretação que é a que o Tribunal Constitucional formula *em abstracto*: a do preenchimento dos requisitos mínimos de razoabilidade e aceitabilidade das indemnizações, sem que isso possa jamais significar a indemnização plena. Essa interpretação, goste-se muito ou pouco dela, é a mais consentânea com a lógica global da Constituição Material vigente, e é à sua luz que importa determinar se a aplicação da Lei n.º 80/77 realiza ou não o tal mínimo de razoabilidade e aceitabilidade, indagação essa que o Tribunal Constitucional não pôde ou não quis fazer exaustivamente no seu Acórdão n.º 39/88, mas que nem ele nem qualquer outro tribunal está impedido de fazer no futuro.

damental interpretado, como o fez aquele Acórdão, no contexto sistemático da consagração de um Estado Democrático de Direito.

3.8. A primeira sub-questão suscetível não foi apreciada pelo Tribunal Constitucional, mas, em rigor, não é nova. Ela respeita à compatibilização entre o disposto nos Arts. 13.º e 14.º da Lei n.º 80/77 e o regime do Decreto-Lei n.º 528/76 em matéria de determinação dos valores das indemnizações definitivas.

Na verdade, a Lei n.º 80/77 veio introduzir uma distinção entre indemnizações *provisórias* e indemnizações *definitivas* que não existia no Decreto-Lei n.º 528/76.

Quanto às indemnizações provisórias — ou, melhor dizendo, aos valores provisórios das indemnizações — remete essencialmente para o Decreto-Lei n.º 528/76 e o regime nele consagrado (Art. 8.º da Lei n.º 80/77).

Quanto às indemnizações definitivas, o Art. 13.º da Lei n.º 80/77 determinou que o seu cálculo se fizesse «de harmonia com as disposições da presente lei e, na sua falta, segundo a lei geral e os princípios gerais de direito» (n.º 1). Mais acrescentou que «supletivamente» deveria ser aplicado «ao cálculo destas indemnizações o regime legal das indemnizações por utilidade pública, com as necessárias adaptações». Entretanto, o Art. 14.º n.º 1 afirma que «o valor de cada acção ou parte de capital, para efeitos de indemnização definitiva, será determinado, relativamente a cada empresa, por despacho do Ministro das Finanças, de acordo com o preceituado no Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho, em tudo o que não contrarie o disposto na presente lei».

«Quid juris» quanto àquelas matérias em que na interpretação e aplicação do Decreto-Lei n.º 528/76 — nomeadamente em face de eventuais lacunas da lei — se verifique o sacrifício dos princípios gerais de Direito ou do regime supletivo das expropriações por utilidade pública, como, por exemplo, quanto à irrelevância do *good-will* e de outros direitos incorpóreos não incluídos no balanço, como a firma ou denominação ou direitos de propriedade industrial?

Deve entender-se que tais lacunas nunca ocorrem e, portanto, é despicando recorrer aos princípios gerais de Direito ou àquela legislação?

Deve entender-se que, mesmo que existissem, uns e outra nunca seriam aplicáveis pois só são supletivos relativamente à Lei n.º 80/77 mas não ao Decreto-Lei n.º 528/76?

Ou deverá entender-se que a aplicação deste não pode contrariar quer o disposto na Lei n.º 80/77, quer o constante da legislação ou princípios para que ela remete expressamente?

A primeira observação que ocorre fazer é a de que, a nossos olhos, e por razões antes apresentadas na linha da orientação do Supremo Tribunal Administrativo, o Art. 14.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 é inconstitucional e portanto nulo. Se se considerasse ser tal nulidade total, não faria sentido curar de compatibilizá-lo com preceitos válidos como o Art. 13.º da mesma Lei. Assim sendo, seria aplicável à situação enunciada o Art. 13.º, o que significaria materialmente acolher o regime legal das expropriações por utilidade pública, com as devidas adaptações, e só supletivamente a lei geral e os princípios gerais de Direito.

Mas, vamos supor que o Art. 14.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 não era nulo. Ou então que a sua nulidade era circunscrita à intervenção governamental. «Quid juris»? Como compatibilizá-lo, na parte remanescente (a do valor da indemnização), com o Art. 13.º?

Pensamos que tal conjugação conduziria inevitavelmente às seguintes conclusões:

1.ª — Ao remeter para o Decreto-Lei n.º 528/76, a Lei n.º 80/77 recebe-o materialmente, pelo que deve ser ele o diploma aplicável, a menos que contrarie aquilo que se encontra expressamente regulado naquela Lei; ora, nem a legislação especial sobre expropriações por utilidade pública, nem a lei geral, nem os princípios gerais de Direito são por ela considerados senão supletivamente, ou seja, não fazem parte integrante do seu conteúdo, pelo que o regime do Decreto-Lei n.º 528/76 prevalece sempre sobre aquelas realidades jurídicas.

2.ª — Só se o Decreto-Lei n.º 528/76 não previr certa matéria, existindo lacuna legal, é aplicável: primeiro, a lei especial sobre expropriações por utilidade pública, segundo, a lei geral e os princípios gerais de Direito.

É pois o Decreto-Lei n.º 528/76 que se aplica — isto admitindo, sem conceder, que o Art. 14.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 não era inconstitucional.

Ora, o n.º 2 do Art. 2.º do Decreto-Lei n.º 528/76 manda atender aos valores incorpóreos da empresa considerada, o que inclui o *aviamento*, ligado ao *good-will*, a denominação ou firma e os direitos de propriedade industrial, todos antes mencionados.

Sintetizando, não encontramos quanto a esta primeira sub-questão nenhum problema autónomo de inconstitucionalidade material, diverso daquele que antes tivemos o ensejo de abordar.

A resposta a dar é, pois, simples: o Art. 14.º n.º 1 da Lei n.º 80/77 é inconstitucional e nulo.

Se se advogar a visão maximalista — e a nosso ver extrema — da nulidade total, deve ser aplicado o Art. 13.º que acolhe a lei especial sobre expropriações de utilidade pública à determinação dos valores das indemnizações definitivas.

Se se considerar — como parece decorrer de quanto dissemos na primeira parte desta exposição — que a inconstitucionalidade e a nulidade decorrente deve limitar-se à zona de invasão da função jurisdicional do Estado, então a matéria é regulada pelo Decreto-Lei n.º 528/76, o qual no seu Art. 2.º n.º 2 prevê expressamente a relevância dos direitos incorpóreos, sem sequer haver lugar a lacuna legal, sendo que a mera ponderação do elemento sistemático da interpretação é suficiente para permitir abarcar as realidades acima enumeradas. Tudo isto sem necessidade de invocar a lei especial sobre expropriações por utilidade pública ou os princípios gerais de Direito, que não podem prevalecer sobre o Decreto-Lei n.º 528/76.

Resta, neste ponto, efectuar três curtas observações complementares:

Uma — para sublinhar que a violação do disposto no n.º 2 do Art. 2.º do Decreto-Lei n.º 528/76, nomeadamente pela não ponderação de direitos incorpóreos na fixação dos valores das indemnizações definitivas ou pela sua ponderação em termos tais que esvazia de sentido a previsão legal, representa uma ilegalidade manifesta mas não acarreta a inconstitucionalidade daquele preceito, nesse particular conforme ao Art. 82.º da Constituição

da República Portuguesa. E nem o facto de tal aplicação da lei se escudar numa interpretação inconstitucional legitima a conversão de uma questão de ilegalidade numa outra de inconstitucionalidade.

A segunda nota tem como objectivo explicar que não contradiz, curiosamente, o Acórdão n.º 39/88 o facto de se chamar a atenção para o disposto no Art. 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 528/76, na parte relativa a direitos incorpóreos. O Acórdão n.º 39/88 em parte alguma analisa aquele preceito e, em qualquer caso, não se vê como pudesse questionar a sua constitucionalidade ao integrar os «direitos incorpóreos» no valor do património líquido ou contabilístico em sentido amplo, tal como a lei o traça. O mesmo Acórdão também não o afasta nas brevíssimas referências que faz ao valor contabilístico como «um valor real», no sentido do valor que pretende traduzir a realidade da empresa independentemente da sua cotação no mercado financeiro ⁽⁶⁸⁾.

Por último ao falar no *aviamento* empresarial em termos tais que, implicitamente, parece afastá-lo da avaliação empresarial, em homenagem à exclusão constitucional da indemnização plena, o Acórdão não usa, de forma expressa, qualquer outra razão. Simplesmente pode o *aviamento*, como qualquer outro direito incorpóreo ou situação jurídica incorpórea «*latu sensu*», ser objecto de ponderação sem que isso envolva que por tal ponderação seja de molde a valer o princípio da indemnização integral ou total. Basta que essa ponderação seja mitigada para se cumprir o desígnio apontado no aresto do Tribunal Constitucional.

Ou seja, não é legítimo ver em duas linhas incidentais de texto do Acórdão uma rejeição de uma disposição legislativa por

⁽⁶⁸⁾ V. A expressão «um valor real» no Acórdão cit., «Diário da República» cit., pg. 751.

Aliás, o Decreto-Lei n.º 528/76, ele-próprio, esclarece que os «Direitos incorpóreos» devem ser considerados mesmo se não contabilizados, o que é situação usual, apontando para um valor contabilístico ou do património líquido «*latu sensu*», mais amplo do que o valor contabilístico em sentido estrito ou de expressão meramente corpórea.

ele não declarada inconstitucional e que, pelo contrário, é perfeitamente adequável ao sentido por ele adoptado na interpretação do Art. 82.º da Lei Fundamental.

Em terceiro lugar importa esclarecer que a parte final do n.º 1 do Art. 14.º da Lei n.º 80/77 — que faz cessar a aplicação do Decreto-Lei n.º 528/76, para que remete, se dessa aplicação resultar uma contradição com os seus próprios princípios e regras — mantém utilidade, mesmo para quem, como nós, entende que ela não pode servir para legitimar o sacrifício do Decreto-Lei n.º 528/76 perante a lei especial sobre expropriações por utilidade pública ou os princípios gerais de Direito.

Essa utilidade é a de salvaguardar que a determinação dos valores das indemnizações definitivas atenda à distinção introduzida pela Lei n.º 80/77 entre indemnizações provisórias e definitivas.

De facto, a distinção não se reconduz a uma mera diferenciação temporal, antes corresponde a uma destrinça substancial.

As indemnizações provisórias visavam, por um lado, minorar transitóriamente um sacrifício patrimonial não objecto até então de qualquer, mesmo mínima, contrapartida do Estado, e, por outro, fazê-lo em atenção a razões de convivência, nomeadamente financeiras, daquele. Daí, por um lado, soluções de conjuntura como as do Art. 12.º da Lei n.º 80/77 e, por outro, a precaridade de efeitos jurídicos prevista pelo Art. 11.º do mesmo diploma.

Ao invés, as indemnizações definitivas assumem carácter estável (daí o disposto no n.º 3 do Art. 13.º) e envolvem uma ponderação global, exaustiva e cuidadosa, a explicar a necessidade de as soluções encontradas ao abrigo do Decreto-Lei n.º 528/76 se conformarem ao espírito e à letra da Lei n.º 80/77 e a precaução da previsão de fontes supletivas como as da parte final do n.º 1 e a do n.º 2 do Art. 13.º

Quer este arrazoado dizer que também na aplicação do Art. 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 528/76 ao cálculo das indemnizações definitivas devem ser afastadas, por contrárias à Lei n.º 80/77, interpretações minimalistas que esvaziem de con-

teúdo o alcance daquele tipo de indemnizações. Tal aplicação seria manifestamente ilegal.

3.9. A segunda sub-questão que cumpre referir é a que consiste em saber se entraves ou insuficiências legais notórias à *mobilização dos títulos de indemnização* não envolvem a inconstitucionalidade material de todo o regime legal de fixação e pagamento das indemnizações definitivas.

O argumento relacionado com esta sub-questão não é em parte novo, mas — menos do que acontecera com a primeira sub-questão — mesmo na parte não inovatória foi quase ignorado pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 39/88.

No fundo, este considera, como uma das razões decisivas para abonar a constitucionalidade do regime legal indicado, a faculdade de mobilização de títulos de indemnização, nomeadamente a possibilidade de mobilização antecipada. Mas não é evidente, compreensivelmente, qual o peso exacto dessa regra no complexo de argumentos jurídicos aduzidos. Assim como não é evidente — aí menos compreensivelmente — até que ponto a faculdade de mobilização existe e pode ser exercida e não é apenas uma promessa legal de difícil ou quase impossível aplicação. Neste domínio, o Acórdão limita-se a recensear as finalidades legais da mobilização sem analisar o respectivo regime, e a reconhecer que «a possibilidade de mobilização dos títulos de indemnização para aquisição de habitação própria nunca foi, porém, implementada, uma vez que o Governo nunca definiu as condições em que ela se poderia concretizar» (69).

Pergunta-se: se ficar claro de uma análise legislativa, a que o Tribunal Constitucional não procedeu, que afinal são escassas ou praticamente nulas as hipóteses de fruição da faculdade de mobilização dos títulos de indemnização, não haverá razões para, no futuro, qualquer tribunal, em geral, ou o próprio Tribunal Constitucional, em particular, se pronunciarem pela inconstitucionalidade de todo o regime legal das indemnizações definitivas

(69) «Diário da República» cit., pg. 744.

ou, pelo menos, das normas atinentes ao respectivo pagamento, envolvendo prazos de amortização e taxas de juro?

Vejamos quais são os factos novos ou que, não o sendo, não foram ponderados no raciocínio do Tribunal Constitucional.

Antes de mais, a Lei n.º 80/77 nada determinou sobre o prazo de entrega aos indemnizados dos títulos de indemnização, pelo que, nos termos do seu Art. 13.º n.º 2, é aplicável supletivamente a lei especial sobre expropriações por utilidade pública, a qual, por seu turno, fixa como prazo mais longo o de 80 dias contados a partir da data da posse administrativa dos bens expropriados, no caso de falta de acordo entre o Estado e os particulares (70). No entanto a própria Lei n.º 80/77 não prevê a adaptação da legislação sobre expropriações por utilidade pública e essa adaptação não será razoabilíssima no caso vertente? Deveria entender-se, assim, que os 80 dias se contariam a partir da data da entrada em vigor da Lei n.º 80/77 para os títulos das indemnizações provisórias já antes fixadas; a partir da fixação de novas indemnizações provisórias para aquelas por apurar em 1977, e a partir da fixação das indemnizações definitivas para estas? De facto, não faria sentido aplicar o prazo legal de 80 dias, não a partir da data da posse dos bens pela Administração Pública mas da fixação dos valores indemnizatórios a que correspondem os títulos a indemnizar?

Pensamos que este raciocínio é atraente mas também errado. A Lei n.º 80/77 é, em matéria de prazo de entrega de títulos, como em toda a matéria de indemnizações, aplicável às situações geradas por factos anteriores, nos termos da parte final do n.º 2 do Art. 12.º do Código Civil. Só assim não fica caminho aberto a considerar que a Administração pública pode retardar impunemente a entrega dos títulos de indemnização atrasando a fixação dos valores provisórios e definitivos das indemnizações.

Acontece que o Estado Português apenas entregou os títulos de indemnização provisória a partir de 1980 e os títulos de indemnização definitiva a partir de Junho de 1988, (no caso dos Bancos), ou seja, estes últimos mais de 12 anos depois das nacionaliza-

(70) V. Arts. 49.º e 54.º do Decreto-Lei n.º 845/76.

ções, mais, de 10 anos depois da Lei n.º 80/77 e depois do próprio Acórdão n.º 39/88 que certamente desconhecia este facto — pois apesar de citar actos de Administração fixando indemnizações definitivas com datas de 1986, 1987 e 1988, em nenhum passo se faz eco de que a esses actos se não seguiu imediatamente a entrega dos títulos de indemnização correspondentes.

Mais — casos há em que os títulos não foram ainda entregues, o que o Acórdão n.º 39/88, tudo o indica, também ignorava, senão não o teria omitido numa decisão tão importante para o Direito das Nacionalizações em Portugal.

Por outro lado, a Lei n.º 80/77 consagrava a faculdade de mobilização dos títulos de indemnização para os seguintes fins, que rememoraremos na ordem adoptada pelo Acórdão n.º 39/88: pagamento de certas dívidas; caução de operações de crédito para investimento produtivo e saneamento financeiro; investimento produtivo e saneamento financeiro de empresas; aquisição de participações no sector empresarial do Estado; pagamento de impostos directos; aquisição de habitação própria.

Relativamente a todas estas finalidades a mobilização é tratada pela Lei n.º 80/77 como um direito subjectivo, que não pode ser denegado por acto da Administração, nem mesmo a título de interpretação ou de integração de lacuna legal, nos termos do Art. 115.º da Constituição da República Portuguesa após a revisão de 1982.

Das seis modalidades previstas pela Lei n.º 80/77 uma nunca foi objecto de regulamentação, conforme o Tribunal Constitucional, de resto, reconheceu: a da aquisição de habitação própria. Quanto a todas as demais, os prazos fixados em Portarias para a mobilização dos títulos, não excederem 30 ou 60 dias, tendo caducado em 1983 ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ V. as Portarias n.ºs 43/81, de 15 de Janeiro, 885/82, de 20 de Setembro e o Despacho Normativo n.º 153/83, para o pagamento de dívidas; as Portarias n.ºs 397-B/82, de 20 de Abril e 494/84, de 30 de Abril, para o investimento produtivo e o saneamento financeiro de empresas; as Portarias n.ºs 1104/80, de 31 de Dezembro e 261/81, de 12 de Março para o pagamento de impostos; e as Portarias n.ºs 63/81, de 16 de Janeiro e 649/82, de 14 de Fevereiro, para a aquisição de participações financeiras.

Quanto à mobilização para caucionamento de operações de crédito, a respectiva regulamentação foi praticamente irrelevante.

Ou seja, desde 1983 que os detentores de títulos provisórios ou definitivos não podem efectuar a sua mobilização nos termos da Lei n.º 80/77, impossibilidade essa, por conseguinte, total para quantos só depois de 1983 vieram a receber aqueles títulos.

Quer isto dizer que só puderam ser mobilizados alguns dos títulos provisórios — os entregues em 1983 — e nos respectivos valores, em muitos casos não coincidentes com os valores dos títulos definitivos.

O que fica dito permite várias ilações. Uma, que não se coloca no plano da eventual inconstitucionalidade material mas é juridicamente relevante, é a de que o Estado Português entrou em mora, nos termos da lei especial sobre expropriações por utilidade pública para que remete a Lei n.º 80/77, entre o momento em que se verificou a transferência dos direitos e bens nacionalizados para a esfera jurídica de uma entidade administrativa e aquele em que os títulos de indemnização foram entregues, e, porque esta mora foi do Estado-Administração e não do Estado-colectividade, é aquele que deve responder por ela.

Outra ilação é a de que não é relevante, para o efeito da ponderação da mobilização dos títulos de indemnização, que essa mobilização seja condicionada no seu exercício por terceiros, nomeadamente pela Administração Pública. Nada na correcta interpretação do princípio constitucional da indemnização impõe que a mobilização dos títulos de indemnização seja um direito incondicionado, nem o Acórdão n.º 39/88 o pressupõe. Uma coisa é existir efectiva mobilização daqueles títulos e outra é saber se ela é condicionada no seu exercício por outrem que não o seu titular. Paralelamente, a Lei n.º 80/77 não veda — ela mesma — a existência de certos condicionamentos e, nalguns dos preceitos citados, até a prevê como na mobilização para investimento produtivo e saneamento financeiro, para aquisição de participações estaduais e para compra de casa própria (Arts. 32.º a 35.º, na redacção de 1981).

E todas as disposições citadas em matéria de mobilização de títulos de indemnização são regras legislativas não imediatamente exequíveis por si próprias.

Uma terceira ilação é a de que, ao contrário do que o Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional dá a entender por omis-

são, não é verdade que a mobilização de títulos tenha sido um instrumento efectivamente compensador para os indemnizados e por isso correspondente ao desígnio legal que, aos olhos daquele Tribunal, representava um dos argumentos essenciais para a fundamentação de constitucionalidade da Lei n.º 80/77 neste particular.

O Tribunal Constitucional usou, de facto, a mobilização dos títulos de indemnização como uma das razões justificativas da constitucionalidade do regime legal da avaliação e do pagamento das indemnizações. Verifica-se agora que tal não sucedeu desde 1983 para todos os indemnizados e, portanto, desde sempre para aqueles que até 1983 não receberam qualquer título de indemnização.

É uma situação patentemente injusta e logo uma primeira intuição jurídica nos dirá que uma Constituição, como a portuguesa, que tanto preza a Justiça Material, a não pode tolerar. É, assim, uma situação igualmente inconstitucional. Mas não basta esta primeira intuição certa, é preciso demonstrar onde reside a inconstitucionalidade.

Uma solução possível, e que corresponde a uma interrogação já delineada na doutrina portuguesa, é a de sustentar que inconstitucional é logo, e antes de tudo o mais, a Lei n.º 80/77, pois a sua aplicação comporta uma desrazoabilidade que, segundo o Acórdão n.º 39/88, seria intolerável, já que tal Acórdão teria baseado toda a sua construção da constitucionalidade da lei na base de uma efectiva possibilidade da mobilização dos títulos de indemnização, mobilização essa não verificada em muitos casos e não verificada atempadamente em todos os casos.

Com o devido respeito para todos quantos perfilham esta posição — assente no pressuposto de que aquela mobilização era condição essencial do juízo de não inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional —, não a subscrevemos.

Não a subscrevemos porque consideramos arrojado e discutível considerar aquela condição como essencial no raciocínio do Tribunal Constitucional. Nem este a qualifica como tal, nem parece fácil hierarquizar condições, por exemplo minimizando a transaccionabilidade dos títulos de indemnização.

Mas não a subscrevemos, sobretudo, por uma razão dogmática essencial — a de não reconduzirmos a interpretação da lei à sua aplicação, esvaziando-a de conteúdo autónomo.

Em última análise, o que se pretende defender com o argumento acabado de expor é que uma lei de 1977 não declarada inconstitucional em Março de 1988 visto, em si mesma, não violar a Constituição, pode e deve sê-lo meses depois porque a sua aplicação, de 1980 em diante e para além do Acórdão do Tribunal Constitucional, conduziu a resultados inconstitucionais.

Só que o argumento está incompleto — essa lei (com as normas que nela se contêm) só deve ser julgada inconstitucional se os resultados inconstitucionais derivam directa e necessariamente da própria lei e não da sua defeituosa regulamentação e aplicação. Se tivessem resultado da lei, então esta seria inconstitucional. Se não, inconstitucionais e formalmente ilegais são os actos da sua aplicação.

É o que acontece precisamente no caso vertente. Não sustentando nós que a Constituição impusesse que o direito de mobilização de títulos de indemnização fosse incondicionado no seu exercício, não é legitimamente possível afirmar que o regime de mobilização da Lei n.º 80/77 fosse, ele próprio, à partida, inconstitucional. Ele permitia uma prática constitucional se tivesse sido respeitado.

As sucessivas Portarias que vieram a circunscrever o âmbito do direito de mobilização, essas é que são directa e imediatamente ilegais e nulas, e indirecta e mediatemente inconstitucionais, por violação do Art. 82.º da Constituição portuguesa. Ou seja, essas Portarias podem ser declaradas nulas, por violação da Lei n.º 80/77, uma vez, que no Direito Português a regra é a de que a inconstitucionalidade cumulável com a ilegalidade é consumida por esta.

Mas, neste particular vamos mesmo mais longe: as aludidas Portarias, além de serem inconstitucionais por violarem o princípio da indemnização concebido em termos adequados à Justiça Material, são-no, de igual modo, por violarem o princípio da igualdade consagrado no Art. 13.º da Constituição da República Portuguesa. Na verdade, no próprio momento da sua aprovação era evidente a discriminação intolerável que vinham introduzir entre

indemnizando-os que poderiam exercer o direito de mobilização e indemnizando-os que o não poderiam exercer devido à exiguidade dos prazos (30 e 60 dias) pelo simples facto de os não terem recebido e ser implausível que os recebessem nesse curto período de tempo.

Isto quer quanto a títulos provisórios, quer, «a fortiori», quanto a títulos definitivos.

A discriminação é intolerável porque não tem qualquer fundamento substancial — nem montante da indemnização, nem o de certas qualidades correspondentes a bens constitucionalmente tutelados de forma privilegiada (emigrantes, pequenas e médias empresas, por exemplo). A discriminação decorre apenas do momento da actuação discriminatória da Administração Pública sem qualquer justificação atendível como factor de acentuação das desigualdades.

Trata-se pois de uma *violação*, esta sim directa e imediata do Art. 13.º da Constituição da República Portuguesa, passível de apreciação e declaração em sede de fiscalização sucessiva da constitucionalidade, quer em termos de fiscalização concreta e difusa, com recurso para o Tribunal Constitucional, quer em termos de fiscalização abstracta só pelo Tribunal Constitucional e tendo por objecto as normas contidas nas referidas Portarias.

Só que, em nosso entender, a inconstitucionalidade abarca também todos os *actos* da Administração concernentes à aplicação da Lei n.º 80/77, fixando os valores de indemnização provisórios e definitivos, por violação directa e imediata do princípio da igualdade consagrado no Art. 13.º da Constituição da República Portuguesa. Vejamos como:

Abstraiamos primeiro do facto de eles serem orgânicamente inconstitucionais como já explicámos, para só olharmos para o seu conteúdo.

Esses actos, que não têm nunca conteúdo normativo, aplicam a Lei n.º 80/77 e podem mesmo aplicá-la criteriosamente. Mas, além de fixarem valores de indemnizações e por força dos imperativos legais, eles estão a implicar a integração dos indemnizando-os em certa classe determinada para o efeito do pagamento das próprias indemnizações (o que envolve os prazos de

amortização e as taxas de juro) e a permitir as subsequentes entregas dos títulos de indemnização. Ou seja, aqueles actos da Administração — usualmente Despachos — estão a aplicar todo o regime legal respeitante às indemnizações. Ora, os resultados dessa aplicação são manifestamente inigualatórios, conforme os indemnizados podem ou não podem de todo em todo usar o direito de mobilização dos títulos de indemnização.

Como estes são entregues como decorrência daqueles despachos, é nos despachos que se concretiza claramente a violação do princípio da igualdade. Não que eles o violem por discriminarem indevidamente indemnizados em função da sua inserção em classes diversas. Não — essa diferenciação a nosso ver é constitucional. Violam-no, sim, ao implicarem a entrega de títulos a indemnizados em inaceitável disparidade relativamente a outros indemnizados que os receberam em condições de poderem ou não poderem (conforme os casos) mobilizá-los.

Dir-se-á que não há inconstitucionalidade porque esta se apura despacho a despacho e quanto a cada um deles não existe discriminação entre os indemnizados. Nada de mais errado: em matéria de violação do princípio da igualdade o que importa é precisamente a comparação entre o conteúdo do acto considerado e o de outros reguladores de situações idênticas. Logo, toda a actuação administrativa foi materialmente inconstitucional, se se quiser adoptar uma posição maximalista.

Uma posição minimalista poderia, quando muito, circunscrever a inconstitucionalidade material aos despachos subsequentes ao termo do prazo de mobilização dos títulos de indemnização. A partir desse momento (em 1983) ficou claro que existia desigualdade manifesta entre os indemnizados que tinham podido mobilizar os seus títulos e aqueles que já não podiam fazê-lo.

Uma posição média, para que nos inclinamos, juntará ao elenco dos despachos materialmente inconstitucionais aqueles que, ainda que anteriores ao termo daqueles prazos, tenham sido posteriores a alguns deles (os terminados em 1981), até porque entre a aprovação do despacho e a entrega dos títulos se sabia de antemão que mediariam prazos mais alongados.

Com maior ou menor amplitude, o que é certo é que existe inconstitucionalidade material numa parte dos despachos que fixa-

ram indemnizações provisórias e em todos os que fixaram indemnizações definitivas.

Inconstitucionalidade material essa que pode ser apreciada pelos tribunais administrativos implicando nulidade, mesmo sendo os actos não nominativos, sem dependência de prazo, em identidade de regime com a ilegalidade geradora de nulidade (72). Não podem porém ser apreciados pelo Tribunal Constitucional, nomeadamente em fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade, por não serem actos de conteúdo normativo.

Aliás, o Acórdão n.º 39/88 sente que tem de dedicar dois curtos parágrafos à situação descrita, quando a páginas 754 admite a hipótese de a conduta da Administração poder estar (por «inacção ou falta de diligência» — expressões usadas no Acórdão) a esvaziar parcialmente de conteúdo o direito à indemnização. Pena é que não tenha dito um pouco mais do que disse e tenha reconduzido tais situações à mera falta de instrumentos legais correspondente a eventual inconstitucionalidade por omissão. O que sucedeu não foi falta de instrumentos legais — a Lei n.º 80/77 era neste particular suficiente — foi sim a sua aplicação, «por inacção ou falta de diligência», de modo inconstitucional ou seja a verificação de inconstitucionalidade directa e imediata de actos de Administração em cumulativa ilegalidade já que aqueles violaram princípios constitucionais não esgotados em nenhuma lei.

Num ponto — e essencial — da sua breve alusão tem o Tribunal Constitucional razão: a inconstitucionalidade não deriva das normas legais nem as envolveu, mas sim de uma relação de desconformidade directa entre a conduta administrativa e a Constituição.

E por aí se distingue de outras questões, relativamente às quais atrás criticámos o Tribunal: a dos critérios de fixação de valores e a das condições de pagamento das indemnizações.

Quanto a estas o Tribunal Constitucional deveria ter quantificado os resultados da aplicação da lei (o que já era possível

(72) V. o nosso «O valor jurídico do acto inconstitucional» cit., em que analisámos desenvolvidamente este tipo de situações.

em Março de 1988 e até antes para as indemnizações provisórias) por forma a verificar se a Lei n.º 80/77, conjugada com o Decreto-Lei n.º 518/76 e o Decreto-Lei n.º 206/78, não continha um regime que conduzisse a resultados desrazoáveis ou inaceitáveis, resultados esses decorrentes da própria legislação e não da prática administrativa.

O Tribunal Constitucional deveria tê-lo feito. Por nós, que o não fizemos, não podemos afirmar peremptoriamente que conduzissem à confirmação ou à infirmação das ilações a que chega.

Só que, estando em causa a eventual declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, para a afastar, sem margem para dúvidas, deveria ter o Tribunal Constitucional usado todos os meios disponíveis para demonstrar a tal razoabilidade ou aceitabilidade concretas das indemnizações.

Quanto à prática administrativa que introduziu graves e insuportáveis desigualdades no tratamento dos indemnizados, tem o Tribunal Constitucional razão — podia ter sido mais amplo nas considerações que faz sobre a matéria, mas acerta em pleno ao considerar que o vício não residiu nem reside na Lei n.º 80/77.

3.10. A terceira sub-questão eventualmente relacionada com a inconstitucionalidade material de diversas regras da Lei n.º 80/77 é a que se prende com o reconhecimento legal recente de que certos elementos são essenciais na determinação do património líquido das empresas, sendo certo que esses elementos não foram ou não têm sido considerados relevantes para o efeito de indemnização pela sua nacionalização.

Concretamente, o Estado Português considera, desde há anos, elemento essencial do património líquido de empresas indirectamente nacionalizadas, que tem vindo a alienar, o «good-will», elemento esse não tomado como relevante no cálculo de indemnizações por nacionalização⁽⁷³⁾. E já anunciou que irá ponderar o «good-will» no cálculo do valor das empresas a privatizar e que foram nacionalizadas sem que nas respectivas indemnizações tal fosse considerado.

(73) V., por exemplo, o Anexo II à Portaria n.º 694/82, de 14 de Julho.

Tudo o que fica dito — e tem sido invocado em tribunais portugueses — é verdade, mas não envolve qualquer inconstitucionalidade material da legislação vigente no domínio apreciado.

Ja antes vimos que o «good-will» é uma das realidades jurídicas incorpóreas que são relevantes para a determinação do valor contabilístico ou do património líquido «lato sensu», nos termos do Decreto-Lei n.º 528/76. Logo, o que se infere dos dados legais e administrativos em matéria de privatizações de empresas indirecta ou directamente nacionalizadas é apenas mais um elemento sistemático de interpretação conducente a reforçar a relevância de um elemento já englobável no Art. 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 258/76.

Sendo o ordenamento jurídico português um só e tendencialmente coerente, a importância de certo elemento na determinação do valor de uma empresa pode não ser igual para o efeito da sua nacionalização e da sua subsequente privatização, mas não é concebível o traçado com disparidades flagrantes tratando-se de regras jurídicas simultaneamente vigentes.

3.11. Contra esta forma de ver um problema jurídico que afinal o não é, se pode invocar — e isso tem sido feito doutrinariamente — que é inconstitucional, por violação do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, a disparidade flagrante e global existente entre o regime das indemnizações por nacionalização e o regime das privatizações das empresas anteriormente nacionalizadas.

Arranca esta asserção da própria delimitação do conceito de «nacionalização» feita pelo Tribunal Constitucional, que o associa à função de gestão colectiva e de alteração da propriedade dos meios de produção, uma vez que implica a transferência de bens do sector privado para o sector público no qual devem ser geridos em função do estrito interesse colectivo.

Mais ainda: a nacionalização inseria-se — claramente na versão originária da Constituição Portuguesa e menos claramente na versão de 1982 — num regime económico de transição para o socialismo. Não era uma peça isolada do resto da Constituição

Económica, ainda que esta ironicamente incluisse o regime económico na mera Constituição Formal e não na Constituição Material.

Daí que a indemnização por nacionalização fosse parcial e não integral, já que alguns dos sacrifícios patrimoniais derivados das nacionalizações, para os particulares, eram decorrentes do intuito de promover não só a correcção de assimetrias económicas e sociais, não só o controlo pelo poder político do Estado de sectores básicos da economia portuguesa ou de formas de poder económico eventualmente criadoras de maior injustiça social, mas inclusive a própria transição para um regime económico socialista.

Se o Estado alienar o que foi o resultado de nacionalização, a indemnização parcial converte-se num locupletamento violador do princípio constitucional da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

A Lei n.º 84/88, de 20 de Junho, veio permitir que as empresas públicas nacionalizadas se transformem em sociedades anónimas e que 49 % desse capital, desde que não nacionalizado, possa ser alienado a particulares (74).

Se se entender que a Lei n.º 84/88 autoriza a alienação de capital resultante de reservas provenientes da reavaliação superveniente de activos existentes à data da nacionalização, não haverá então manifesto locupletamento violador do princípio da igualdade?

E se as privatizações ultrapassarem o limite da irreversibilidade ainda contido no Art. 83.º da Constituição da República Portuguesa?

E ainda se elas vierem a ser possíveis quanto à integridade do capital social das empresas nacionalizadas, de acordo com a segunda revisão constitucional em curso, não representará tal alteração político-constitucional, coexistindo no tempo com o pagamento de indemnizações aos anteriores proprietários privados das

(74) O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 108/88, publicado no «Diário da República», I Série, de 25 de Junho de 1988, considerou — e bem — caber no conceito de «capital nacionalizado» o resultante da incorporação das reservas existentes à data da nacionalização.

empresas agora reprivatizadas — uma actuação injusta, a exigir, no mínimo, a indemnização integral daqueles que, mesmo assim, ficarão bastante aquém do que o Estado receberá pelas alienações a efectuar?

Analisemos todas estas interrogações críticas que, substancialmente, não são senão exteriorizações de um mesmo argumento, também ele merecedor de juízo isento de qualquer densidade emotiva cinjuntural.

Que as nacionalizações de 1974 a 1976 se inseriram num desígnio global de consagração em Portugal de um regime económico socialista, parece inquestionável, como inquestionável é que, como tal, as consagrou a Constituição da República Portuguesa em 1976.

Mas, não sendo o regime económico elemento integrante da Constituição Material, pode ser ele alterado subsequentemente em revisão constitucional sem qualquer ruptura na ordem constitucional. E, se essa revisão chega até à supressão do princípio da irreversibilidade das nacionalizações, ela será perfeitamente constitucional, a nosso ver. Para quem considere que uma tal supressão é já uma ruptura na ordem constitucional, impor-se-á defender e desencadear os mecanismos adequados de controlo sucessivo, nomeadamente concreto.

Não se vê é que a alteração constitucional em causa impo- nha por si só que as indemnizações por nacionalizações paguem a uns cidadãos (os indemnizados) tanto quanto aquilo que corresponderia ao valor actual dos bens em causa, a terem conta os preços de alienação praticados pelo Estado nas reprivatizações.

Passaram longos anos, a situação económica global e a situação económica de cada empresa considerada são hoje diversas do que eram no momento da nacionalização e as «mais valias» que o Estado hoje vai receber podem derivar também dessa diversidade de situações. A ponderação é extremamente difícil.

Mas, não será materialmente injusto que alguns cidadãos tenham perdido nesse processo para outros, em termos de redistribuição global de rendimentos?

Politicamente, a resposta é fácil — é pouco compreensível que o mesmo poder político que reprivatiza, com «mais valias» enormes em relação ao tempo das nacionalizações, não compense os ex-titulares de bens nacionalizados do atraso no pagamento

das indemnizações, não só pagando o que deve juridicamente pela sua mora como revendo os critérios de definição dos valores das mesmas indemnizações.

Juridicamente, a solução, a nosso ver é a seguinte: não a de reconhecer aos ex-proprietários dos bens reprivatizados um direito à indemnização baseado na reprivatização, mas a de alterar o princípio da indemnização parcial de molde a *aproximar* esta da indemnização integral à luz da situação vivida à data da nacionalização.

De facto, é constitucional que o poder político do Estado — no exercício do poder de revisão da Lei Fundamental — altere o regime económico: de um regime de transição para o socialismo para um regime marcadamente capitalista.

Mas já não é constitucional que imponha a certos cidadãos sacrifícios acrescidos associados ao desígnio de transição para o socialismo e à ideia de que certas empresas ingressem no sector público empresarial e, mais tarde, suprima aquele desígnio e reprivatize as empresas sem que o acréscimo de sacrifício venha a ser compensado.

Não se trata de compensar a própria privação de bens pela nacionalização (que esse sacrifício não pode nem deve ser completamente compensado), mas sim de compensar a previsão de indemnização meramente parcial, alargando-a a integral.

Mesmo assim essa indemnização integral calculada na base de dados do tempo da nacionalização, não corresponde àquilo que o Estado recebe ou não receberá pela reprivatização. Já vimos que essa disparidade é justificável.

Não é justificável, por violação do princípio da igualdade contido no Art. 13.º da Constituição da República Portuguesa, que, uma vez alterado o regime económico e aberto o caminho à reprivatização integral de empresas públicas nacionalizadas, não haja indemnização integral dos ex-titulares das empresas primeiro nacionalizadas e depois reprivatizadas.

Como é fácil de entender, o Tribunal Constitucional não considerou no seu Acórdão n.º 39/88 esta situação, que pode, no entanto, vir a verificar-se num futuro muito próximo, implicando a inconstitucionalidade do regime legal atinente aos critérios de fixação das indemnizações.

Já é mais duvidoso que o que afirmamos quanto à mutação de regime económico, envolvendo a reprivatização integral do capital social de empresas públicas nacionalizadas, seja aplicável, «mutatis mutandis», se a alienação de 49 % do capital social de sociedades anónimas, resultantes da conversão de empresas nacionalizadas, envolver a venda de capital derivado de reavaliação de activos existentes à data da nacionalização. Essa venda seria de inquestionável inconstitucionalidade, não representando uma alteração constitucional mas sim uma violação da Lei Fundamental.

O que importa, quanto a esta última sub-questão analisada, é que, com a mudança de regime económico, e na sua sequência, empresas nacionalizadas sejam reprivatizadas.

Sendo o sacrifício da indemnização não integral — como atrás vimos em cotejo com as expropriações em geral — uma limitação acentuada pela densidade da opção político-económica de transferência de uma empresa do sector privado para o público, cessada esta opção passa a ser ilegítimo o sacrifício de certa categoria de cidadãos.

E não se diga que o poder político do Estado mudou de titulares e até de enquadramento constitucional no entretanto. O Estado-colectividade português é um mesmo, com realidade jurídica que se perfila perante os cidadãos.

4 — CONCLUSÕES

As nacionalizações em Portugal na década de 70 foram e são um tópico fascinante de indagação jurídica, contrastando com, a relativamente escassa actualidade e o pouco desenvolvimento de muita doutrina europeia continental acerca deste domínio.

O mesmo se diga do sub-tema da indemnização e do papel das comissões arbitrais.

Em Portugal, por razões factuais compreensíveis, ele está em cima da mesa de muitas considerações doutrinárias e jurisprudenciais sem o arrimo significativo e recente de estudos de Direito Comparado.

Vimos alguns dos mais interessantes problemas jurídicos suscitados pela legislação portuguesa relativa aos critérios de fixação das indemnizações e ao seu pagamento.

Também apreciámos as várias vias possíveis de defesa, nomeadamente jurisdicional, dos particulares.

Não escondemos as perplexidades suscitadas por uma legislação avulsa, nem sempre clara, muitas vezes cheia de alçapões.

Não omitimos inacções e negligências da Administração Pública no cumprimento da lei.

Onde foi caso disso, apontámos a inconstitucionalidade de regras legais ou de actos de Administração, umas qualificáveis de orgânicas, outras de materiais, todas graves para a afirmação do Direito na sociedade portuguesa.

Reportámo-nos longamente à jurisprudência sobre a matéria constitucional, nomeadamente ao importante Acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, de 9 de Fevereiro, quer para acompanhar os seus traços positivos, quer para criticar os seus erros e as suas omissões.

No fundo, a melhor forma de acolher e incentivar a jurisprudência no domínio constitucional (a do Tribunal Constitucional como a de todos os demais tribunais) é anotá-la, comentá-la, sem preconceitos nem temores, nos claros-escuros, que não são apanágio apenas da lei, mas do acto político «strictu sensu» ou do acto de Administração.

Foi um exercício longo e possivelmente fastidioso este de, em três palestras, vos descrever as «Nacionalizações no Direito Português Contemporâneo».

Um exercício de Direito Constitucional português por jurista português e destinado a juristas estrangeiros.

Marcelo Rebelo de Sousa

Lisboa, 21 de Fevereiro de 1989