

INCONSTITUCIONALIDADE
DA FIXAÇÃO DE INDEMNIZAÇÕES
DE BENS NACIONALIZADOS? (*)

Pelo Bastonário Dr. Mário Raposo

O *PROVEDOR DE JUSTIÇA*, exercendo a competência que lhe resulta da alínea *d*) do n.º 2 do art. 281.º da Constituição, e nos termos do n.º 1 do art. 51.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, requer ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas *ao diante especificadas* do Decreto-Lei n.º 322/91, de 6 de Setembro, do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho, da Lei n.º 80/77, de 26 de Outubro, e do Decreto-Lei n.º 51/86, de 14 de Março, fundando-se no seguinte:

OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

1

Passa como moeda corrente que as decisões de rejeição ou de não acolhimento da inconstitucionalidade podem ser alteradas ou reformadas a todo o tempo, por não serem dotadas de força obrigatória geral.

2

Quer o Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, quer qualquer outro Tribunal, em acto de fiscalização

(*) Texto incluído no Relatório intercalar do Provedor de Justiça apresentado em Outubro de 1991 à Assembleia da República.

concreta, pode julgar em sentido diverso, e até oposto, com fundamento nas razões anteriormente arguidas, ou em quaisquer outras razões.

3

O que assim se sublinha está referido, sem discrepância, na doutrina (por ex., Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, II, 2.^a ed., 1983, p. 382, Marcelo Rebelo de Sousa, *As indemnizações por nacionalização e as comissões arbitrais em Portugal*, na *Revista da Ordem dos Advogados* — R.O.A., 1989, p. 369 e segs., *maxime* p. 384, e autores aí citados, Oliveira Ascensão, *Nacionalizações e inconstitucionalidade*, em *Estudos sobre expropriações e nacionalizações*, 1989, *maxime* p. 233).

4

Deste modo, e não obstante ter sido o então Provedor de Justiça — mas o *mesmo* órgão do Estado — a suscitar a problemática que culminou no Acórdão n.º 39/88, de 9.2.1988, do Tribunal Constitucional, não está agora, inibido de, tendo embora proximamente em conta o Decreto-Lei n.º 322/91, suscitar a reapreciação e o pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas anteriores já antes consideradas.

5

Certo é que, se bem que secundando a posição assumida, sem dissonância, pela doutrina (e pelo próprio Tribunal Constitucional), Gomes Canotilho, ao ponderar não se poder falar, em rigor, de *força de caso julgado* da decisão de não declaração da inconstitucionalidade, pondera: "... a *não declaração* carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a *repropositura* de uma acção directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos, por via incidental" (*Direito Constitucional*, 4.^a ed, 1986, p. 820).

6

Só que não se afigura ser de atribuir relevo material ou intencionalidade específica à expressão "por outras entidades",

que a ser tomada ao pé da letra coarctaria (ou, pelo menos, desaconselharia) o *Provedor de Justiça* de repropor questões já malogradamente equacionadas por um antecessor (que é o mesmo órgão do Estado ...).

7

E penso assim porque não faria sentido que na procura da ortodoxia constitucional — que é uma meta de *interesse público* — se individuassem as entidades que a podem desencadear.

8

Depois, porque o *iter* argumentativo agora percorrido é substancialmente diverso do adoptado anteriormente, e por ele nem sequer inspirado, embora, como é óbvio, coincidindo nalguns segmentos que irmanam, aliás, a doutrina hoje largamente dominante.

O SISTEMA DO DECRETO-LEI N.º 322/91

9

Editado no uso da autorização legislativa contida na Lei n.º 40/91, de 27 de Julho, o “novo regime” de fixação das indemnizações parecia destinado a por termo às fundas, e *fundamentadas*, dúvidas e inconformidades despontadas do sistema iniciado com o Decreto-Lei n.º 528/76 e com a Lei n.º 80/77.

10

Tem-se, na verdade, como seguro que, embora a Constituição ainda agora relegue para o legislador comum “os critérios de fixação” da indemnização correspondente a apropriação colectiva dos meios de produção (art. 83.º), o “processo calculatório” (para usar da curiosa terminologia do preâmbulo daquele Decreto-Lei n.º 322/91) terá que conduzir à atribuição de uma “justa indemnização”.

zação”, em homenagem ao direito de propriedade privada consagrado no art. 62.º, n.º 1, da Lei Fundamental.

11

Certo é que assim não o entendeu o Tribunal Constitucional, no aludido Acórdão n.º 39/88, louvando-se, em essência, na distinção conceitual entre *expropriação* e *nacionalização*.

12

Será a nacionalização um acto *político*, com carácter *excepcional*, impelido por razões *ideológicas*. E daí que o n.º 2 do art. 62.º da Constituição somente preveja o pagamento da justa indemnização para o instituto expropriativo. Isto na *letra* da norma.

13

Há, no entanto, que precisar.

14

Eu mesmo, referindo, além do mais, o agora tão citado Katzarov (*Théorie de la Nationalisation*, 1960, *maxime* pp. 213-214), configurava em 1972 que, quando despontada de *razões ideológicas*, à nacionalização pudesse corresponder apenas uma indemnização *parcial* (R.O.A., 1972, pp. 245-262).

15

Só que a tal ideia terá de ser aditada uma outra: a de que essa indemnização parcial só terá lógica e coerência se o circunstancialismo *ideológico* prevalecente ao tempo da *nacionalização* subsistir no momento em que a indemnização venha a ser efectivamente computada e atribuída. Isto é fundamental e não tem sido devidamente evidenciado.

16

Ora a fase das *nacionalizações* (que teve o seu momento álgico nas decorrências do “11 de Março”) reflectia um processo

“revolucionário” — em que flancos positivos (não nesta área) ombream com aspectos carregadamente negativos.

17

A *ideologia* subjacente ao “processo calculatório” (sic) das *indenizações* já não é a do “processo revolucionário”, mas a de um Estado de Direito normalizado e consonizado com o espaço comunitário em que se insere.

18

Até 1982, designadamente, vigorou o “espantoso” n.º 2 do art. 82.º da Constituição, que permitia que a lei determinasse “que as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas” não desse lugar “a qualquer indenização”. Logo em 29.10.1976, falando então como Bastonário da Ordem dos Advogados, adverti que o “juízo selectivo da História (começava) a encarregar-se de mostrar” a anomalia daí emergente (R.O.A, 1977, *maxime* p. 89).

19

Por outro lado, vistas bem as coisas, uma indemnização *parcial*, equivale a um confisco *parcial*. Incorrendo embora no risco de me invocar demasiado — o que faço para denotar o que de incomportável há numa indemnização parcial (seja como contrapartida de uma expropriação seja como resultado de uma nacionalização) — recorrerei à imagem que utilizei em 1972 (R.O.A., *maxime* p. 249): se um bem (no caso era um prédio) vale 100 e se, através deste ou daquele critério regulamentar, lhe é atribuído o valor de 10, o que daí advém é um *confisco* quanto a 90% do seu valor.

20

Mas então, a ser assim, como se justifica que o n.º 2 do art. 62.º da Constituição ainda hoje se reporte apenas ao instituto expropriativo e não ao da nacionalização?

21

A resposta estará em que a Constituição não estabelece, ela própria, uma diferenciação dogmática entre os dois institutos.

22

Isto mesmo se recolhe da nova redacção (a de 1989) dada ao n.º 2 daquele art. 62.º. Nas redacções anteriores exceptuavam-se da regra da *justa indemnização* “os casos previstos na Constituição”, que seriam os dos artigos 87.º e 88.º, que mais se aproximariam, numa oscilante anfibologia, de hipóteses de nacionalização (sobretudo o do art. 87.º).

23

Ora a realidade é que a ressalva contida no n.º 2 do art. 62.º foi suprimida em 1989 (como o anterior art. 88.º), embora remanescendo o anterior art. 87.º, agora com diferente redacção e como art. 89.º

24

Tudo isto serve para demonstrar que o actual art. 83.º não pode dissentir do critério nuclear da garantia da propriedade privada, que se exprime, além do mais, na hipótese da transferência forçada de um bem privado para o Estado, numa *conversão* de valores patrimoniais, através da *justa indemnização*.

25

Os “critérios” a que o art. 83.º da Constituição se reporta são, pois, meramente *instrumentais*, “destinados a suprir a falta de indemnização prévia e a tornar mais ágil (e) adequada a fixação da indemnização justa” (Oliveira Ascensão, est. cit., p. 240).

26

Esta terá de conduzir à reposição *actual* no património daquele que foi objecto de uma apropriação estatal dos seus bens do respectivo valor *integral*.

27

Ora, para além do mais, é sabido que este não pode ser apenas apurado através de critérios tabelares e formalizantes, mas com apelo a regras *substanciais* de justiça: ora o *retardamento* verificado nas operações de aplicação dos mecanismos do Decreto-Lei n.º 528/76 e legislação subsequente esvaziaram em decisiva medida de sentido o princípio da justa indemnização.

28

O *resultado* obtido foi, em muitos casos, por completo desproporcionado e irrisório — face aos atrasos verificados na fixação dos valores definitivos para as indemnizações respeitantes a numerosas empresas, atrasos esses que, aliás, o Acórdão n.º 39/88 reconheceu, embora sem que de tal condicionalismo tivesse retirado a consequência que, salvo melhor opinião, deveria ter extraído.

29

Não permitindo que se lance mão de qualquer dispositivo correctivo dos valores apurados, o “processo calculatório” (sic), desdobrado nos artigos 1.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 332/91 é, assim, inconstitucional.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL

30

Alterando substancialmente o regime anterior, que provinha, com vicissitudes várias, da Lei n.º 80/77, o Decreto-Lei n.º 332/91 atribui ao Ministro das Finanças, apoiado no *parecer* de uma *comissão mista* (que tem um significado meramente processual, de *arbitramento* não vinculante), competência para fixar, por despacho definitivo, o valor da indemnização.

31

Tem-se como flagrante que, desta sorte, violado fica o n.º 2 do art. 205.º da Constituição, na medida em que se comete ao Governo uma função caracterizadamente *jurisdiccional*.

32

É aos tribunais que cabe dirimir os conflitos de interesses públicos e privados; a *imparcialidade* dos tribunais não se parifica com aquela que à Administração recomenda o n.º 2 do art. 266.º da Constituição, o mesmo sucedendo com a *justiça* que de ambos os poderes do Estado se espera.

33

Como sublinhei no *Boletim do Ministério da Justiça* (n.º 348, p. 12), invocando, até certo ponto, Vieira de Andrade, a imparcialidade administrativa visa assegurar a igualdade de todos os cidadãos face à realização do interesse público; é uma imparcialidade *relativa*, orientada para a prossecução final dos interesses da Administração.

34

Dai que possa ser uma imparcialidade *parcial*, já que nela a Administração é parte; o interesse público pode conflitar (e neste domínio *quase sempre conflitua*) com os interesses privados.

35

Noutro texto que o mesmo *Boletim* arquiva (p. 6) referi o que agora ganha intensificada pertinência:

“Pressentiam já os romanos que não há direito sem juiz possível; é através dele — *e hoje mais do que nunca* — que a lei se transmuda de fórmula nominal em acto de Direito e que, a partir deste, a Justiça se torna apreensível e compreensível. Os tribunais, pela actividade judiciária, dão força de legitimidade ao texto legislativo; re-dimensionam, à medida das pessoas, as categorias

friamente lógicas e abstractas. É dessa mediação *promocional* que advém, coerentemente, a ordem jurídica. Se ao juiz não pertencerá, por certo, criar *a lei*, caber-lhe-á, seguramente, justificar *o Direito*, numa intransferível vocação de *descoberta* (“*Rechtsfindung*”) da sua decisiva intencionalidade. Resulta a *identidade* da norma da decisão judicial; precisarei, por isso, que esta será o *acto normativo* mais imediato (...). Ao transpor as normas gerais para os casos da vida, o juiz configura normas jurídicas individuais (...).”

36

Não poderão, pois, outros órgãos do Estado exercer a função jurisdicional.

37

Claro está que do despacho definitivo do Ministro das Finanças caberá recurso contencioso, que cobre uma das vertentes da garantia da via judiciária.

38

Só que essa garantia não corresponde ao princípio da *reserva de jurisdição* de que só os tribunais são detentores. Ela imporia que, como acontece com as expropriações, fossem os tribunais a fixar o *quantum* das indemnizações.

39

É o contencioso administrativo um contencioso de anulação e não de plena jurisdição, e apenas pode declarar ilegal o *acto administrativo* em que se traduz o despacho do Ministro das Finanças.

40

Isto não obstante a amplificação por alguns entrevista no contencioso de anulação, que no tocante aos actos discricionários poderá assentar, virtualmente, na violação do princípio da justiça

ou seja, do mau exercício pela entidade recorrida dos poderes legais, inquinando o acto do vicio de violação da lei (Freitas do Amaral, *Direitos fundamentais dos administrados*, em *Nos dez anos da Constituição*, maxime p. 20).

41

De qualquer modo, a margem de sindicabilidade será sempre restrita: o exercício do poder jurisdicional *primário* é cometido ao Governo.

42

O que transgride (artigos 8.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 332/91) a Constituição, como bem se evidenciou no Acórdão do S.T.A. de 13.11.1980, na *Revista de Legislação e da Jurisprudência*, n.º 3688, p. 217 — com anotação concordante de Afonso Queiró (p. 224).

43

Curioso é salientar que o sistema tem vindo, desde a Lei n.º 80/77, sempre a retroceder, na sua comportabilidade constitucional.

44

Realmente, esta lei previa um regime alternativo de acesso aos *tribunais* comuns, de recurso para a comissão arbitral ou directamente para o S.T.A. e de recurso da comissão arbitral para o S.T.A.

45

O Decreto-Lei n.º 343/80, ao dar ao art. 16.º daquela Lei uma nova formulação, conferiu aos particulares, além da via jurisdicional comum (“recurso para outras instâncias competentes”), a possibilidade de requerer ao Ministro das Finanças a constituição de uma comissão arbitral para resolver “quaisquer

litígios relativos à titularidade do direito à indemnização e à sua fixação, liquidação e efectivação”.

46

Só que as decisões das comissões arbitrais — que eram órgãos caracterizadamente jurisdicionais — para ganharem validade teriam que ser *homologadas* por despacho do Ministro das Finanças, o que era fonte das mais justificadas interrogativas, no plano dogmático.

47

Esta homologação administrativa de uma decisão jurisdiccional era patentemente inconstitucional e, numa perspectiva doutrinária, um completo absurdo.

48

Neste aspecto, o actual sistema — o do Decreto-Lei n.º 332/91 — é, em alguma medida, mais lógico, já que as *comissões mistas* não são, de todo em todo, órgãos jurisdicionais, emitindo meros pareceres, ou juízos opinativos, como elemento prévio de uma decisão administrativa materialmente definitiva.

49

De qualquer modo, no sistema anterior ocorria a interferência, no *iter* decisório, de um órgão jurisdiccional, o que esbatia a *secura* do procedimento administrativo *tout court*, que nem sequer é agora dotado, antes da prolação do acto administrativo, de um juízo de natureza jurisdiccional, embora com a aduzida limitação ou incongruência.

50

E o Decreto-Lei n.º 332/91 expurga por completo da apreciação casuística dos critérios legais os meios jurisdicionais comuns.

51

Certo é que se trata de uma *reapreciação* de valores *já fixados*. Mas o Ministro das Finanças não actua, obviamente, como uma instância de recurso (dele próprio?) — mas em ordem à fixação de um *novo valor* de indemnização (art. 8.º, n.º 2). Tudo volta, pois, *ao início*.

52

E de modo algum se poderá chamar à colação a *abertura* que o n.º 4 do art. 205.º da Constituição, no texto de 1989, perspectiva quanto à possível criação, pelo legislador comum, de “instrumentos e formas de composição *não jurisdicional* de conflitos”.

53

Essa *abertura* ajustar-se-á somente a bem contadas hipóteses de composição *informal* de litígios, através de mecanismos que não relevam do normal fluir da *função jurisdicional*; o que estará então em causa será uma justiça de *conciliação*, uma “tecnologia prática” de harmonização de conflitos em áreas específicas, como as relações de consumo. Será, até certo ponto, uma *laicização* da Justiça, envolvendo, participativamente, as pessoas na resolução, sem qualquer ritologia formalizante, dos seus próprios casos.

54

A tais mecanismos me referia antes da 2.ª revisão constitucional e, já no seu decurso, em declaração de voto aquando do debate em plenário: “A participação possível e socialmente útil dos cidadãos na composição dos seus próprios diferendos poderá estar em algo de semelhante ao que o PCP propõe no n.º 2 do artigo 206.º do seu projecto de revisão — “a lei pode admitir a existência de formas não judiciais de composição de conflitos, desde que (...) as suas decisões sejam sempre recorríveis para os tribunais” (*Diário da Assembleia da República*, I Série, 23.7.1982, p. 5303).

55

E patente que a *história* e a *ratio* do preceito revelam, com flagrância, que ele não se aplica, nem ao de longe, ao presente circunstancialismo.

A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

56

De tudo o que acaba de ser ponderado advém que toda a legislação revogada pelo art. 120.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 332/91 se encontra ferida de inconstitucionalidade, não podendo ser repristinada.

57

Assim os artigos 1.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 528/76, de 7 de Julho, os artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 80/77, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, de 2 de Setembro, e o Decreto-Lei n.º 51/86, de 14 de Março — bem como, em decorrência disso, os diplomas mencionados nas alíneas *c*), *d*), *e*) e *g*), desse art. 12.º, n.º 1.

58

Não se arguiu, de novo, a inconstitucionalidade dos artigos 22.º e 39.º da Lei n.º 80/77 (o 1.º na redacção do Decreto-Lei n.º 343/80 e da Lei n.º 36/81, de 31 de Agosto), e dos diplomas de aplicação do 2.º (Decreto-Lei n.º 195/79, de 29 de Junho, e Decreto-Lei n.º 31/80, de 6 de Março), por três essenciais razões.

59

Primeiro, por estarem fora do desígnio determinante do pedido que agora se formula, o qual tem a ver, essencialmente, com a transgressão do princípio de que a função jurisdicional cabe aos tribunais e com a preterição da regra da justa indemnização, no sentido atrás perfigurado.

60

Depois, porque as soluções neles contidas, a serem *agora* fulminadas de nulidade, fariam perigar os valores, não menos fundamentais, da confiança na ordem jurídica e da segurança e certeza do Direito.

61

Finalmente, porque a motivação contida no Acórdão n.º 39/88 não deixa de ser consistente e atendível.

62

Aliás, por exemplo Oliveira Ascensão, com a sua voz autorizada, não deixa de considerar insindicável o sistema do art. 22.º, por se tratar de um “regime de privilégio de entidades que merecem ser particularmente protegidas”, e que em nada contradiz, portanto, o princípio da igualdade (est. cit., p. 256).

63

Isto ao mesmo tempo que não se conforma com a solução do art. 39.º.

EM CONCLUSÃO

64

O *novo regime* do Decreto-Lei n.º 332/91, publicado a partir da autorização concedida pela Lei n.º 40/91, não contribui, em nada, para fazer convalescer o *anterior regime* das anomalias constitucionais que o inquinavam.

65

Realmente, os artigos 1.º a 7.º violam a protecção constitucional do direito de propriedade (n.º 1 do art. 62.º) e o princípio da justa indemnização, que não vale apenas para o instituto

expropriativo, ao contrário do que numa interpretação estrita e meramente gramatical poderia resultar do n.º 2 desse art. 62.º.

66

E os artigos 8.º a 11.º transgridem a regra de que a função jurisdicional cabe, em exclusivo, aos tribunais (n.º 2 do art. 205.º da Constituição).

67

É apodítico que, com a eventual *queda* do novo sistema, não deverá ressurgir, por repristinação, a legislação expressamente revogada no art. 12.º do mesmo Decreto-Lei n.º 332/91, que sofre dos mesmos males, como neste articulado demonstrou.

68

A inconstitucionalização deverá, pois, abarcar *todo* o sistema — o *novo* e o *revogado* naquele art. 12.º.

É o que se espera, por apego aos interesses, valores e regras constitucionalmente inscritos.

Mário Raposo
Provedor de Justiça