

vertente ⁽¹²⁸⁾: por um lado, ao nível das relações interorgânicas entre Presidente da República e Governo e, por outro lado, ao nível da própria natureza dos actos jurídicos envolvidos.

Em termos genéricos, isto é, independentemente das especialidades subjacentes às diferentes situações de actos presidenciais sujeitos a referenda ministerial (v. *supra*, § 5.º), pode dizer-se que a referenda envolve sempre um mecanismo de controlo governamental sobre os actos do Presidente da República ⁽¹²⁹⁾.

Sem envolver hoje qualquer fenómeno de transferência da responsabilidade política, civil ou criminal dos actos do Presidente da República para o Governo ⁽¹³⁰⁾, isto porque cada um dos titulares dos órgãos envolvidos é responsável, segundo o artigo 120.º, n.º 1, da Constituição, pelos actos e omissões que pratique no exercício das respectivas funções, a verdade é que a prática do acto de referenda pelo Governo não deixa de envolver em si a assunção de uma consequente responsabilidade por tal acto ⁽¹³¹⁾. Como sugestivamente se refere no Parecer da Comissão Constitucional n.º 5/80, “a referenda não visa irresponsabilizar o Presidente, mas responsabilizar o Governo” ⁽¹³²⁾. Por outras palavras, se é certo que hoje a referenda não transfere para o Governo a responsabilidade por actos de terceiro, tal qual sucedeu em tempos anteriores, não deixa de ser verdade que a referenda, enquanto acto da competência do Governo, é susceptível de gerar responsabilidade política, civil e criminal para o seu autor.

Exactamente porque a referenda não é um acto isento de responsabilidade para o seu autor ou praticado ao abrigo de qualquer eventual imunidade governamental, o Governo goza, em princípio,

⁽¹²⁸⁾ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 606.

⁽¹²⁹⁾ Neste preciso sentido, cfr. PAOLO CARETTI / UGO DE SIERVO, *Istituzioni...*, p. 227.

⁽¹³⁰⁾ Neste sentido, cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 5/80, in *Pareceres...*, XI, p. 146.

⁽¹³¹⁾ Através da referenda, como se sublinha no actual direito italiano, os ministros não assumem normalmente a responsabilidade por actos do Presidente da República, mas sim por actos próprios, isto é, por actos em relação aos quais o Presidente se limita a exercer uma limitada actividade de controlo, cfr. CARLO LAVAGNA, *Istituzioni...*, p. 649.

⁽¹³²⁾ In *Pareceres...*, XI, p. 149.

de uma margem de liberdade no seu exercício. Vale aqui a aplicação de um princípio geral que exige sempre uma conexão directa entre a assunção de responsabilidade e a disponibilidade de exercício do poder que fundamenta aquela ⁽¹³³⁾. Como sublinham GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “(...) a responsabilidade política pressupõe uma certa margem de liberdade de decisão (...)” ⁽¹³⁴⁾. Aliás, esta mesma conclusão surge reforçada ao nível da responsabilidade civil e criminal: a prática da referenda só poderá envolver responsabilidade para os membros do Governo se não corresponder a um acto vinculado. Por isso mesmo, eventuais casos de referenda vinculada têm de assumir uma natureza excepcional e, por outro lado, apenas poderão ter o seu âmbito circunscrito ao espaço da constitucionalidade.

Com efeito, num Estado de Direito democrático subordinado ao princípio da conformidade constitucional de todos os actos do poder público ⁽¹³⁵⁾, a Constituição não pode impor ao Governo a prática de actos de referenda inconstitucionais. Assim, perante actos do Presidente da República contrários à Constituição, não pode resultar desta, sob pena de contradição interna geradora de uma auto-ruptura ou autoderrogação do princípio da constitucionalidade consagrado pelo artigo 3.º, n.º 3, o dever de referendar por parte do Governo. Mais: a subordinação dos actos políticos à Constituição permite extrair um dever de não referendar actos presidenciais inconstitucionais.

A referenda ministerial constitui, deste modo — e sem prejuízo de outros efeitos —, um mecanismo de controlo da validade constitucional de actos políticos do Presidente da República ⁽¹³⁶⁾.

6.2. Se num Estado de Direito democrático, tal qual resulta da Constituição de 1976, a subordinação dos actos políticos ao

⁽¹³³⁾ Neste sentido, cfr. COSTANTINO MORTATI, *Istituzioni...*, I, p. 557.

⁽¹³⁴⁾ In *Constituição...*, p. 543.

⁽¹³⁵⁾ Para uma análise da subordinação dos actos políticos ao princípio da constitucionalidade e, em geral, a temática actual do controlo dos actos políticos, cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Os Actos Políticos no Estado de Direito – O problema do controle jurídico do poder*, Coimbra, 1990, em especial, p. 135 seg.

⁽¹³⁶⁾ Neste sentido, cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 130-131.

princípio da constitucionalidade e o princípio da responsabilidade dos titulares dos cargos políticos permitem concluir não poder resultar da Constituição ser constitucional a prática de actos de referenda inconstitucionais, ou dela decorrer para o Governo um dever de referendar actos presidenciais inconstitucionais, uma certeza existe: a referenda ministerial constitui sempre um mecanismo governamental susceptível de controlar a constitucionalidade dos actos do Presidente da República.

Vários são os efeitos jurídicos, todavia, de um tal entendimento:

- a) Em primeiro lugar, se a referenda ministerial traduz uma forma de controlo da constitucionalidade dos actos do Presidente da República, daí resulta que a Constituição confere ao Governo uma competência implícita para examinar ou fiscalizar a conformidade constitucional de todos os actos presidenciais sujeitos a referenda ⁽¹³⁷⁾;
- b) Em segundo lugar, a referenda ministerial situa-se, enquanto acto governamental que tem subjacente um prévio juízo de constitucionalidade sobre o respectivo acto presidencial, no contexto de um sistema alternativo ou de contrapesos à ausência de mecanismos jurídicos e políticos de controlo parlamentar ou jurisdicional dos actos políticos do Presidente da República;
- c) Em terceiro lugar, a referenda ministerial de um acto do Presidente da República envolve um atestado ou uma presunção de que o acto referendado é conforme à Constituição ⁽¹³⁸⁾, traduzindo, por outro lado, o assumir pelo referendante da inerente responsabilidade política, civil e criminal pelo respectivo acto de referenda;
- d) Em quarto lugar, os actos presidenciais sem referenda ministerial, incluindo-se aqui aqueles que a Constituição dispensa (v. *supra*, n.º 5.4.) e os outros que indevida-

⁽¹³⁷⁾ Em sentido parcialmente contrário, negando a faculdade de controlo da constitucionalidade dos actos presidenciais dependentes de proposta governamental, cfr. ENRICO SPAGNA MUSSO, *Diritto Costituzionale*, p. 588.

⁽¹³⁸⁾ Cfr. FAUSTO CUOCOLO, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 8.ª ed., Milano, 1994, p. 382.

mente não foram referendados, são sempre actos relativamente aos quais não existe a mencionada presunção de constitucionalidade e, além de estes últimos serem inexistentes, todos eles sofrem de um défice de responsabilidade, uma vez que o Governo sobre eles nunca poderá ser responsabilizado política, civil ou criminalmente;

- e) Em quinto lugar, como resultado do exposto, a referenda ministerial, além de uma vertente objectivista de controlo da juridicidade, comporta também uma função subjectivista ou garantística para os cidadãos: referendando os actos do Presidente da República, o Governo assume a responsabilidade política, civil e criminal em relação aos particulares contra os efeitos decorrentes da eventual invalidade constitucional de tais actos do poder político.

6.3. Envolvendo a referenda ministerial um mecanismo de controlo da validade constitucional de actos políticos do Presidente da República, coloca-se aqui o problema do relacionamento com a competência conferida pela Constituição aos tribunais, em especial ao Tribunal Constitucional, para efeitos de fiscalização da constitucionalidade.

Ora, segundo entendemos, valem aqui os seguintes princípios gerais:

- a) Tendo a referenda ministerial como objecto o acto do Presidente da República, o controlo governamental da respectiva conformidade constitucional incide directamente sobre o acto presidencial, enquanto acto político insusceptível de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, e não especificamente sobre o acto objecto de intervenção por parte do Presidente da República;
- b) No entanto, a circunstância de a validade constitucional da intervenção do Presidente da República poder estar dependente de certos aspectos do acto sobre o qual aquela incide e que, deste modo, acabam por se projectar sobre a própria referenda, conduz a que o controlo governamental da constitucionalidade do acto presidencial possa incidir reflexa ou indirectamente sobre a validade do acto objecto de intervenção presidencial;

- c) Todavia, sempre que o acto objecto de intervenção presidencial assuma natureza normativa e tenha sido objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade, a referenda nunca poderá envolver qualquer (re)exame sobre os aspectos já apreciados pelo Tribunal Constitucional, devendo limitar-se o controlo governamental exclusivamente ao acto do Presidente da República;
- d) Além de tudo, urge esclarecer, a atribuição ao Governo, mediante o poder de referendar, de uma competência implícita para controlar a validade constitucional de certos actos presidenciais não significa o reconhecimento do poder de declarar a respectiva inconstitucionalidade ou mesmo de uma competência genérica de rejeição da referenda com fundamento em qualquer tipo de desconformidade constitucional.

6.4. Entendida a referenda ministerial como mecanismo de controlo da constitucionalidade dos actos do Presidente da República, recebido que seja pelo Governo um acto para referendar, deverá este órgão adoptar a seguinte sequência analítica:

- a) Em primeiro lugar, há que verificar se o acto recebido da Presidência da República carece ou não, segundo o artigo 143.º, n.º 1, da Constituição, de referenda ministerial, o que envolve também um implícito e prévio apuramento sobre se o acto em causa está constitucionalmente sujeito a intervenção presidencial. Em qualquer das situações, caso se conclua em sentido negativo, deve a referenda ser recusada, terminando o processo aqui;
- b) Num segundo momento, se em termos abstractos se concluir pela sujeição do acto recebido a referenda ministerial, haverá agora que determinar a regularidade subjectiva da intervenção presidencial, isto é, saber se o acto em causa foi praticado ou assinado efectivamente pelo Presidente da República e, tendo-o sido, se o foi de forma livre e consciente. Também aqui, obviamente, uma resposta em sentido negativo conduzirá a uma obrigatória recusa de referenda;

- c) Concluindo-se que o acto a referendar foi praticado pelo Presidente da República e de forma livre e consciente, deve proceder-se ao controlo da sua regularidade formal, isto segundo duas vertentes distintas:

1.^a) — Em relação aos actos do Presidente da República dependentes de proposta do Governo, deve o Governo assegurar-se ao referendar de que os actos em causa correspondem à proposta apresentada, devendo recusar a referenda sempre que o Presidente da República pratique tais actos sem proposta ou contra a proposta governamental, incluindo os casos em que a Assembleia da República indevidamente aprovou convenções internacionais contrárias ao texto negociado e concluído pelo Governo;

2.^a) — No que respeita aos actos do Presidente da República que exijam uma prévia audição do Governo, deve este órgão certificar-se de que ela foi respeitada, sendo-lhe legítimo recusar a referenda com fundamento na preterição de uma tal formalidade ⁽¹³⁹⁾ ;

- d) Sem prejuízo do controlo anterior, relativamente a todos os actos sujeitos a referenda ministerial e, em especial, face aos actos do Presidente da República independentes de proposta ou de audição governamental, deve o Governo averiguar no momento da referenda se os mesmos incidem sobre actos provenientes do órgão competente e se foram respeitadas as formalidades constitucionalmente previstas para a sua feitura, isto tudo salvo se sobre eles, e estes mesmos aspectos, já tiver existido fiscalização preventiva da constitucionalidade (v. *supra*, n.º 6.3.) ⁽¹⁴⁰⁾. Uma resposta em sentido negativo quanto à conformidade constitucional de tais aspectos orgânico-formais dos actos sujeitos a intervenção presidencial,

⁽¹³⁹⁾ Em sentido semelhante, cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989) p. 130.

⁽¹⁴⁰⁾ Entendendo que a referenda da promulgação de leis é constitucionalmente devida, cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 138 seg. Ainda sobre a referenda da promulgação, cfr. AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Promulgação*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 580 seg.

inquinando a validade esta última, conduzirá, inevitavelmente, a uma recusa de referenda. Assim, entre muitos outros, indicam-se os seguintes exemplos de recusa legítima de referenda ministerial:

1.º — A referenda deverá ser recusada sempre que o Presidente da República promulga uma lei da qual ele próprio é o autor;

2.º — A referenda deverá ser recusada sempre que o Presidente da República promulga uma lei da Assembleia da República aprovada sem *quorum* ou que invada a competência legislativa reservada do Governo;

3.º — A referenda deverá também ser negada em casos de promulgação de leis objecto de veto por inconstitucionalidade e em relação às quais a Assembleia da República não tenha depois expurgado a norma ou confirmado o diploma pela maioria exigida pelo artigo 279.º, n.º 2, da Constituição;

4.º — A referenda deverá ser recusada relativamente à promulgação de quaisquer actos cujo conteúdo ou texto tenha sido objecto de alteração durante o período que vai da aprovação final pelo órgão competente até ao envio para referendar;

5.º — A referenda deverá ainda ser negada em caso de declaração de estado de excepção constitucional que não tenha sido objecto de prévia autorização por parte da Assembleia da República;

- e) Por último, em situações extremas, e sem prejuízo de todas as anteriores fases de controlo orgânico-formal da constitucionalidade, verificando-se que também o exercício da função política se encontra vinculado à aplicabilidade directa das normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, segundo resulta do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição, torna-se legítimo um controlo governamental da validade material dos actos a referendar centrado exclusivamente no citado aspecto e desde que, recorde-se, sobre tais aspectos materiais não tenha existido já um processo de fiscalização preventiva da consti-

tucionalidade (v. *supra*, n.º 6.3.). É então admissível a recusa de referenda de actos do Presidente da República que directamente ou através de outros actos violem de forma ostensiva e dificilmente reparável o núcleo essencial dos direitos fundamentais a que se refere o artigo 18.º, n.º 1, da Constituição ⁽¹⁴¹⁾.

6.5. Se em todas as situações acabadas de elencar se encontra fundamento constitucional para a recusa de referenda ministerial dos actos do Presidente da República, a verdade é que a efectiva referenda de tais actos viciados de inconstitucionalidade não assume um significado uniforme.

Excluindo os casos de erro no controlo governamental da constitucionalidade dos actos presidenciais, seja ele reconduzível a uma recusa ou a uma aposição indevida da referenda, situação esta exclusivamente sujeita a uma fiscalização política, a referenda de actos viciados de inconstitucionalidade nem sempre gera inconstitucionalidade ou responsabilidade para o seu autor.

Em primeiro lugar, perante actos presidenciais a referendar objecto de preterição de formalidades relacionadas com o próprio Governo, tal como seja a ausência de proposta directa ou de audição governamental e ainda as situações de decisão contra proposta governamental directa, sempre que tais actos são referendados assiste-se a uma sanção da inconstitucionalidade formal ⁽¹⁴²⁾: o Governo, ao referendar o acto, como que procede a uma ratificação saneadora da respectiva inconstitucionalidade directamente relacionada com a sua intervenção no procedimento decisório.

Em segundo lugar, diante de actos presidenciais vinculados sujeitos a referenda ministerial, tal como sucede com a promulga-

⁽¹⁴¹⁾ Aliás, verificando-se um veto por inconstitucionalidade a um diploma proveniente da Assembleia da República que seja violador de tais direitos fundamentais, a eventual reaprovação parlamentar do mesmo, segundo o artigo 279.º, n.º 2, não confere ao Presidente da República a possibilidade de escolher entre promulgar e não promulgar: o artigo 18.º, n.º 1, impõe sempre aqui a recusa de promulgação (neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, 1993, p. 147, nota n.º 193).

⁽¹⁴²⁾ Neste sentido, cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 132.

ção das leis de revisão constitucional⁽¹⁴³⁾ e das leis cujo veto político foi ultrapassado pela Assembleia da República, a referenda é sempre um acto obrigatório⁽¹⁴⁴⁾: se a vinculatividade da promulgação comporta a obrigatoriedade da referenda, de ambas as normas se pode extrair uma implícita cláusula de exclusão da competência governamental para controlar a validade constitucional de tal intervenção do Presidente da República. Aqui, a Constituição faz sempre prevalecer a vontade política da Assembleia da República sobre o juízo político do Presidente da República ou o controlo governativo da conformidade constitucional da intervenção

(¹⁴³) Sobre a necessidade ou não de referenda da promulgação das leis de revisão constitucional, cfr., em sentido positivo, MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor...*, I, p. 293; JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 137; em sentido negativo, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 3.ª ed., Coimbra, 1991, p. 169-170; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 1056. Ainda sobre o assunto, parecendo inclinar-se em termos argumentativos para a desnecessidade de referenda, cfr. AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Promulgação*, p. 581.

Ora, segundo os Autores citados que negam a necessidade de referenda, a sua argumentação desenvolve-se em dois sentidos: por um lado, não existindo na Constituição um princípio geral de referenda, subentende-se, as leis de revisão constitucional só estariam sujeitas a referenda se a Constituição expressamente o dissesse; por outro lado, a exclusão da referenda visa acentuar a reserva de competência da Assembleia da República sobre a matéria, impedindo qualquer interferência do Governo no processo. Não podemos concordar com uma tal argumentação, isto por duas ordens de razões:

- a) Em primeiro lugar, não são as leis de revisão constitucional que estão sujeitas a referenda ministerial mas sim o acto do Presidente da República de promulgação de tais leis. Por isso mesmo, a circunstância da Constituição não dizer que as leis de revisão constitucional estão sujeitas a referenda não permite concluir que a promulgação presidencial o não esteja. Aliás, aqui o princípio geral é precisamente o inverso do afirmado pelos Autores: em princípio, todos os actos de promulgação do Presidente da República estão sujeitos a referenda ministerial. Para que esta última seja dispensada de tais actos é necessária, agora sim, uma expressa norma constitucional habilitante, a qual não existe, refira-se, quanto à promulgação das leis de revisão constitucional;
- b) Em segundo lugar, se o que estivesse em causa fosse a defesa da competência da Assembleia da República então, segundo a lógica do sistema normativo da Constituição, também a referenda das leis aprovadas ao abrigo da competência legislativa reservada estariam isentas de referenda. Ora, como se sabe, isto não sucede.

(¹⁴⁴) Considerando que a promulgação obrigatória implica uma referenda também obrigatória, cfr. JORGE MIRANDA, *A Competência do Governo...*, p. 640; IDEM, *Funções...*, p. 448; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 608; JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 137.

presidencial, impondo em todos os casos a promulgação de tais leis e, consequentemente, a sua referenda ministerial. Por isso mesmo, a natureza vinculada do acto de referenda nunca poderá acarretar qualquer tipo de responsabilidade política, civil ou criminal para o Governo pelo acto de referendar uma promulgação obrigatória que tenha por objecto uma lei ferida de inconstitucionalidade.

6.6. Transformada a referenda ministerial em instrumento de controlo governamental da validade constitucional dos actos do Presidente da República (v. *supra*, n.º 6.4.), salvo em casos excepcionais de promulgação vinculada (v. *supra*, n.º 6.5.), confirma-se que a aposição da mesma, além de envolver a assunção pelo Governo da correspondente responsabilidade, traduz um atestado ou uma presunção de que o acto referendado é conforme à Constituição (v. *supra*, n.º 6.2.). Neste contexto, podem observar-se quatro funções jurídicas genéricas sempre subjacentes à referenda ministerial de quaisquer actos do Presidente da República:

- a) Em primeiro lugar, a referenda desempenha uma típica função notarial, à semelhança do que sucedia no Estado pré-liberal (v. *supra*, n.º 1.1.), atestando a proveniência do acto do Presidente da República, a autenticidade da sua assinatura ⁽¹⁴⁵⁾, o carácter livre e consciente da respectiva intervenção presidencial;

⁽¹⁴⁵⁾ Negando esta função da referenda com o argumento de que nem todos os actos do Presidente da República estão sujeitos a referenda e, por isso mesmo, "(...) sempre ficariam por explicar os casos em que é excluída a referenda, pois não se descortina qualquer motivo razoável para exigir tal certificação ou autenticação nuns casos e dispensá-la noutros", cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 5/80, in *Pareceres...*, XI, p. 146-147. No entanto, segundo entendemos, a exclusão de certos actos de referenda ministerial não impossibilita que em relação aos restantes, isto é, àqueles que a Constituição sujeita a referenda, este acto do Governo desempenhe uma função certificativa da assinatura do Presidente da República: se relativamente a certos actos presidenciais a Constituição resolveu abdicar da referenda, isto só pode significar que o legislador constituinte sacrificou a função certificativa a eventuais efeitos políticos negativos decorrentes de uma intervenção do Governo sobre os actos em causa, sendo ilegítimo, por conseguinte, extrair daqui a negação de uma função certificativa da referenda sobre a assinatura do Presidente da República nos casos em que os actos deste se encontram sujeitos a referenda ministerial. Sobre o assunto, especificamente quanto à referenda da promulgação, cfr. AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *Promulgação*, p. 581-582.

- b) Em segundo lugar, a referenda exerce também uma função certificativa ou declarativa da regularidade constitucional do acto político do Presidente da República a referendar, incluindo certos aspectos reflexos sobre a validade orgânico-formal dos actos objecto de intervenção presidencial e da respectiva conformidade com as normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias dotadas de aplicabilidade directa;
- c) Em terceiro lugar, tendo em consideração os resultados das funções de controlo e a circunstância de que a falta de referenda é sancionada com a inexistência jurídica do acto, deve concluir-se que a referenda comporta ainda um função permissiva sobre os efeitos do acto presidencial: mediante o acto de referenda, o Governo pronuncia-se no sentido de que nada obsta à produção de efeitos do respectivo acto do Presidente da República ⁽¹⁴⁶⁾ ;
- d) Em quarto lugar, exactamente porque a referenda tem subjacente uma função de controlo da validade dos actos do Presidente da República e desempenha também uma função autorizativa da produção de efeitos destes, ela envolve uma verdadeira função garantística para os cidadãos: a referenda controla a legalidade jurídica dos actos presidenciais e faz o Governo responder política, civil e criminalmente pela permissão de tais actos produzirem efeitos jurídicos.

⁽¹⁴⁶⁾ Há aqui, note-se, um apelo análogo à função autorizativa subjacente às figuras da “nulla osta” ou “nulla osta” do direito italiano e ao “nihil obstat” do Direito Canónico, ainda que não se trate no presente caso de certificar a ausência de objecções à prática de um acto por parte de um outro órgão, mas apenas de declarar não existirem razões constitucionais que impossibilitem a produção de efeitos jurídicos de actos produzidos por uma outra autoridade política. Especificamente sobre este tipo de acto no direito administrativo, cfr. MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, 3.^a ed., Milano, 1993, p. 647 seg.; CARLO FERRARI, *Nulla osta Amministrativo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XI, p. 450 seg.; MARIO SANINO, *Nulla osta*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, 1978, p. 852 seg.; BRUNO CAVALLO, *Provvedimenti e Atti Amministrativi*, in GIUSEPPE SANTANIELLO (org.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, III, Padova, 1993, p. 129 seg.; L. MAZZAROLLI / G. PERICU / A. ROMANO / F.A. ROVERSI MONACO / F. G. SCOCA (org.), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 1993, p. 1213.

Neste contexto, a referenda aparece como verdadeiro acto procedimental autónomo em relação ao acto presidencial, expressando a exigência constitucional de uma intervenção governamental *a posteriori* sobre certos actos do Presidente da República, controlando a sua validade, certificando-a e permitindo a respectiva produção de efeitos. Sem prejuízo de se averiguar se uma tal intervenção governamental deverá mesmo ser entendida como requisito ou não de existência do acto a referendar (v. *infra*, § 8.º), o certo é que daqui decorre, desde já, a assunção de uma inerente responsabilidade política, civil e criminal do Governo pela referenda de tais actos e, por tudo isto, resulta também uma vertente subjectivo-garantística do instituto.

B) Responsabilidade e controlo político

6.7. Sabendo que a referenda ministerial envolve sempre a assunção da responsabilidade pelo Governo de um acto próprio e que sem liberdade de decisão não faz sentido falar-se em responsabilidade (v. *supra*, n.º 6.1.), apurada que está a existência de um controlo jurídico-constitucional dos actos do Presidente da República sujeitos a referenda, importará agora determinar se perante actos presidenciais conformes com a Constituição o Governo goza de liberdade de recusa de referenda com base em razões de natureza política ⁽¹⁴⁷⁾.

A matéria que neste momento nos ocupa suscita, como se torna evidente, o problema de saber se ao Governo é conferido pela Constituição um verdadeiro poder de controlo político das decisões presidenciais sujeitas a referenda ministerial. Uma eventual resposta em sentido positivo poderá fundar-se na circunstância de um acto constitucionalmente válido do Presidente da República poder ser politicamente inoportuno ou inconveniente e, em consequência, poder a sua referenda gerar responsabilidade política e civil do órgão referendante, justificando-se, por isso mesmo, que ao Governo seja conferida a possibilidade de recusar a referenda,

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre o problema, cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 132 seg.

tanto mais que existem actos presidenciais dispensados de referenda ministerial e outros em relação aos quais a referenda é vinculada. Em sentido contrário, isto é, em defesa de uma tese negadora da possibilidade de um controlo político governamental (e consequente recusa legítima de referenda) dos actos do Presidente da República sempre se poderá sustentar que isto equivaleria a um veto absoluto do Governo sobre tais actos presidenciais, incluindo a promulgação de leis da Assembleia da República, invertendo, deste modo, a lógica normal de um sistema de governo assente na responsabilidade política do Governo perante a Assembleia da República e, por outro lado, transformando o Presidente da República em “prisioneiro” político do Governo quanto ao exercício de todos os poderes cujos actos careçam de referenda ministerial.

Qualquer que seja a resposta a obter, uma certeza existe: em todos os casos de promulgação obrigatória e inerente referenda vinculada (v. *supra*, n.º 6.5.), o Governo encontra-se impossibilitado de proceder a um controlo político do actos sobre os quais incide a promulgação.

E quanto aos restantes actos sujeitos a referenda ministerial? Será que, concluída a fase de controlo da constitucionalidade do acto do Presidente da República a referendar, e resultando desta a sua conformidade constitucional, se abrirá para o Governo uma nova fase de controlo do mérito político do acto?

Procuremos a resposta examinando cada um dos três grupos de actos do Presidente da República sujeitos a referenda (v. *supra*, n.º 5.5.).

6.8. Começando pelos actos do Presidente da República dependentes de proposta do Governo (v. *supra*, n.º 5.6.), uma vez que aqui a decisão presidencial está totalmente circunscrita à margem de liberdade conferida pela proposta apresentada, encontrando-se a disponibilidade do exercício de tais poderes no próprio Governo, pode dizer-se que estamos diante de uma clara supremacia governamental sempre que tais actos são praticados ⁽¹⁴⁸⁾: é o

⁽¹⁴⁸⁾ Neste sentido, cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, p. 476.

Governo que tem a respectiva iniciativa, é o Governo que delimita os termos da escolha definitiva por parte do Presidente da República e, mesmo perante objecções presidenciais ⁽¹⁴⁹⁾, é ainda ao Governo que competirá fazer novas propostas, tudo isto conduzindo a uma predeterminação do conteúdo da decisão presidencial pelo Governo. Neste sentido, pode dizer-se que estamos perante actos formalmente imputados ao Presidente da República mas cujo “*indirizzo politico*” pertence materialmente ao Governo ou ao Primeiro-Ministro ⁽¹⁵⁰⁾.

A referenda ministerial representa aqui, em termos políticos, por isso mesmo, o contrário daquilo que aparenta: a referenda não é uma simples contra-assinatura de actos cujo conteúdo político pertence ao Presidente da República ⁽¹⁵¹⁾, antes traduz um assumir pelo Governo da efectiva paternidade e inerente responsabilidade política e jurídica de actos formalmente imputados ao Presidente da República ⁽¹⁵²⁾.

Perante o quadro exposto, uma vez que o conteúdo político da decisão a referendar é determinado pelo próprio órgão referendante, o eventual controlo político do acto presidencial não se poderá justificar, à primeira vista, pela necessidade de impedir que o Governo seja politicamente responsável por uma decisão praticada por um terceiro órgão. O controlo político pelo Governo de tais actos do Presidente da República, representando um verdadeiro autocontrolo político, e conduzindo a uma recusa de referenda com fundamento político, terá um valor jurídico de revogação da proposta apresentada. Ora, equacionada nestes termos a

⁽¹⁴⁹⁾ Não tendo relevância directa para o presente estudo, fica em aberto a questão de saber se o Presidente da República pode bloquear as propostas ministeriais só por razões de legalidade ou também por razões de mérito político. Recorde-se, por exemplo, e independentemente de quaisquer juízos sobre a sua validade constitucional, que em 1995 o Presidente Mário Soares recusou a proposta do Primeiro-Ministro, Prof. Cavaco Silva, de nomeação do Dr. Fernando Nogueira para o cargo de Vice-Primeiro-Ministro, argumentando exclusivamente com razões de natureza política. Sobre este problema, em termos genéricos, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Os Poderes...*, p. 49; LIVIO PALADIN, *Diritto Costituzionale*, p. 469 e 470

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. L. ARCIDIACONO / A. CARULLO / G. RIZZA, *Istituzioni...*, p. 361.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, p. 475.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. ANTONIO BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, p. 490-491.

questão, facilmente se conclui a sua relevância em casos de alteração das circunstâncias políticas entre o momento da formulação da proposta e o momento da apresentação do acto a referenda, designadamente se entretanto tiver ocorrido mudança de Governo ⁽¹⁵³⁾. Neste caso, a questão do controlo político de tais actos presidenciais acabará, afinal, por perspectivar-se à luz da inerente responsabilidade política governamental pela sua referenda.

A questão colocada traduz-se, por conseguinte, em saber se o Governo poderá revogar uma proposta de decisão apresentada ao Presidente da República depois de este ter expressado a sua concordância e de, consequentemente, o acto ter seguido para referenda ministerial. Por outras palavras, poder-se-á perguntar se será aplicável a estes actos políticos o princípio expresso pelo artigo 230.º, n.º 1, do Código Civil, segundo o qual a proposta negocial é irrevogável depois de recebida pelo destinatário ou de ser por ele conhecida?

Em termos gerais, podemos afirmar a inaplicabilidade de uma tal disposição aos actos em causa, por duas ordens de razões:

1.ª) — Ao contrário dos actos jurídicos de direito civil, perante estes actos constitucionais não está em causa a necessidade de tutela de direitos, interesses legítimos ou expectativas do destinatário da declaração;

2.ª) — A intervenção presidencial traduzida na aceitação da proposta é insuficiente para que esta produza os seus efeitos jurídicos, já que a falta de referenda é sancionada com a inexistência jurídica.

No entanto, duas excepções se podem apontar à referida regra geral, as quais dizem respeito a actos relativamente aos quais, depois de aceite a respectiva proposta pelo Presidente da República, o Governo não poderá controlar o mérito político e, em caso de um juízo negativo, recusar a referenda: (i) em primeiro lugar, temos os actos presidenciais de proposta indirecta do Governo, uma vez que aqui a proposta governamental é apresentada junto da Assembleia da República e, caso esta a aprove, só em relação a ela

⁽¹⁵³⁾ Cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 143-144.

fará sentido discutir a aplicabilidade do princípio contido no artigo 230.º do Código Civil; (ii) em segundo lugar, deve também excluir-se a possibilidade de controlo político, e consequente recusa de referenda, em relação à ratificação ou à assinatura de actos de direito internacional objecto de aprovação pelo Governo ou pela Assembleia da República, uma vez que a natureza internacional dos mesmos, reflectida na fixação do respectivo texto e na forma especial de vinculação do Estado português, não é compatível com objecções políticas internas de última hora expressas pelo órgão que os negociou e os aprovou ou submeteu a aprovação parlamentar e, além de tudo, já contam com a intervenção positiva do Chefe de Estado.

Em síntese, podem extrair-se as duas seguintes conclusões:

1.ª) — Todos os actos do Presidente da República sujeitos a referenda ministerial que sejam dependentes de proposta governamental e que incidam sobre actos de direito interno podem ser sujeitos a controlo político pelo Governo, sendo admissível que este recuse a referenda com fundamento em objecções políticas, caso em que uma tal recusa tem o valor de revogação da proposta apresentada;

2.ª) — A assinatura de acordos internacionais e a ratificação de tratados internacionais que tenham sido aprovados pelo Governo ou pela Assembleia da República, enquanto actos presidenciais que incidem sobre actos de direito internacional, encontram-se excluídos do controlo político governamental, sendo a referenda ministerial insusceptível de ser recusada com fundamento em inoportunidade ou inconveniência política de tais actos.

6.9. O segundo grupo de actos do Presidente da República sujeitos a referenda ministerial compreende os actos que exigem uma prévia audição do Governo (v. *supra*, n.º 5.7.). Sendo a determinação do conteúdo destas decisões presidenciais, ao invés das anteriormente analisadas, independente da vontade ou do *indirizzo* político do Governo, a eventual admissibilidade de a referenda envolver aqui um controlo político governamental traduzirá, inevi-

tavelmente, um poder de veto do Governo sobre tais decisões do Presidente da República ⁽¹⁵⁴⁾.

Em caso de declaração do estado de sítio ou de emergência e de indulto e comutação de penas, a verdade é que ambas as situações têm subjacente uma derrogação legítima de normas ou princípios jurídicos gerais objecto de consagração constitucional: o estado de sítio e o estado de emergência comportam uma temporária e excepcional suspensão de algumas regras ou princípios da Constituição; o indulto e a comutação de penas, representando um resquício do passado ligado à *indulgentia principis* integrante das prerrogativas do monarca pré-constitucional, traduzem um intervenção do Presidente da República sobre a esfera típica do poder judicial.

Perante a excepcionalidade de ambas as situações dentro da unidade do sistema de princípios gerais da Constituição, compreende-se que esta procure rodear a prática de cada um destes actos de especiais garantias jurídicas de legalidade e de legitimidade, designadamente pelo reforço da intervenção de uma pluralidade de órgãos: a declaração presidencial do estado de excepção constitucional, além de depender de autorização da Assembleia da República, deve ser precedida de audição do Governo; o indulto e a comutação de penas exigem uma prévia audiência do Governo, enquanto "(...) responsável pela política criminal" ⁽¹⁵⁵⁾. Mais: em qualquer das duas situações, tendo sido possível que a Constituição excluísse a exigência de referenda ministerial, ela resolveu, bem pelo contrário, determinar que a decisão presidencial sobre estas matérias carecesse de referenda, sob pena de inexistência jurídica.

Há aqui, por tudo isto, uma evidente preocupação de reforço da legitimidade e da legalidade constitucional destas decisões do Presidente da República, objectivo este que se procura conseguir através da participação de outros órgãos do Estado na formação do acto decisório final. Além disso, o melindre político que as mesmas envolvem não é compaginável com uma referenda vinculada, passando o Governo a assumir a responsabilidade política de actos em relação aos quais tinha reservas ou clara oposição. A natureza

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 133 seg.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 592.

dos actos em questão, atendendo à excepcionalidade do seu conteúdo em termos de unidade do sistema constitucional e ao próprio melindre das matérias envolvidas, determina a exigência de um amplo consenso de legitimação decisória entre os agentes políticos envolvidos: na declaração de um estado de excepção constitucional, entre o Parlamento, o Presidente e o Governo; no indulto e na comutação de penas, entre o Presidente e o Governo. Por isso mesmo, estamos aqui perante verdadeiros actos complexos, enquanto decisões que resultam da fusão ou unificação de duas ou mais vontades de diferentes órgãos ⁽¹⁵⁶⁾.

Neste contexto, a exigência de prévia audição governamental surge como intenção de revelar uma pré-indicação da vontade política do Governo relativamente à proposta de decisão presidencial. E o Presidente da República de duas uma: ou aceita o sentido político expresso pelo Governo ou, caso teime em prosseguir com o procedimento decisório contra a vontade política governamental, sujeita-se a ver recusada a referenda ministerial da respectiva decisão. Estamos aqui, por conseguinte, diante de actos complexos igualitários, uma vez que a vontade interveniente de cada órgão tem um valor jurídico idêntico ⁽¹⁵⁷⁾: no acto de declaração do estado de excepção constitucional, a vontade positiva do Presidente depende de uma prévia autorização da Assembleia e da posterior concordância do Governo através da referenda ministerial, isto de tal modo que nenhum dos três órgãos envolvidos pode determinar por si só a declaração, suprimindo o sentido da vontade decisória dos outros intervenientes, antes se exige uma convergência do sentido positivo das diversas vontades, já que todos têm uma faculdade de veto absoluto sobre a decisão final; no acto de indulto

⁽¹⁵⁶⁾ Sobre o conceito de acto complexo, cfr., por todos, DONATO DONATI, *Atto Complesso...*, p. 393 seg.; e, ao nível da doutrina portuguesa, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, p. 149 seg.

⁽¹⁵⁷⁾ Sobre o conceito e a configuração constitucional dos actos complexos iguais, cfr. DONATO DONATI, *Atto Complesso...*, p. 395 seg.; LIVIO PALADIN, *Diritto Costituzionale*, p. 476 seg.; MARIA PAOLA VIVIANI SCHLEIN, *Irresponsabilità...*, p. 131. Ainda sobre a distinção entre complexidade igual e desigual, agora ao nível dos actos administrativos, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, p. 150-151.

ou de comutação de penas, a vontade presidencial apenas ganha força jurídica se obtiver a concordância governamental através da aposição da referenda ministerial, funcionando a recusa desta como genuíno veto absoluto.

Envolvendo a exigência de referenda ministerial de tais actos uma faculdade governamental de controlo político do mérito das respectivas decisões presidenciais, não existem dúvidas de que se assiste a uma atenuação considerável da autonomia política de decisão do Presidente da República. Todavia, este facto não gera uma transferência da responsabilidade política das decisões em causa para o Governo. A natureza igualitária das vontades políticas de valoração envolvidas, detendo cada uma delas um poder autónomo determinativo do sentido da decisão, origina um fenómeno de partilha de responsabilidades entre os diversos órgãos envolvidos nos correspondentes actos complexos: pelo acto declarativo do estado de excepção constitucional respondem a Assembleia da República que o autorizou, o Presidente da República que efectivamente o praticou e o Governo que concordou com a declaração; pelo indulto e comutação de penas respondem o Presidente da República que os decidiu e o Governo que com eles concordou.

Em resultado de tudo isto, pode dizer-se que a aposição da referenda ministerial em tais actos presidenciais expressa sempre uma vontade governamental de concordância política com a decisão.

6.10. O terceiro grupo de actos do Presidente da República sujeitos a referenda compreende aqueles que são independentes de proposta ou de audição do Governo (v. *supra*, n.º 5.8.).

(i) Começando pelo acto de dissolução dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas por iniciativa presidencial, importa precisar que, além de o Governo ter também sobre a matéria um poder de iniciativa, a decisão do Presidente se encontra condicionada, segundo o artigo 236.º, n.º 2, da Constituição, por duas ordens de factores:

1.ª) — Em termos materiais, a decisão só pode fundamentar-se na prática de actos contrários à Constituição; daí

que meras razões de ordem política sejam insusceptíveis de justificar a dissolução de tais órgãos;

2.^a) — Em termos formais ou procedimentais, a decisão deve ser precedida da audição da Assembleia da República e do Conselho de Estado.

Sendo ilegítimo fundamentar a decisão em motivos de natureza política, poder-se-ia entender que estaria excluída a possibilidade de um controlo político da decisão por parte do Governo. Sucede, todavia, que uma opinião da Assembleia da República ou do Conselho de Estado contrária ao juízo presidencial de violação da Constituição pelos órgãos regionais poderá traduzir uma ampliação da dimensão política da decisão presidencial, tanto mais que, tendo o Governo iniciativa sobre a matéria, o seu não exercício traduzirá um implícito juízo de falta de fundamento para a dissolução dos órgãos regionais. Sem fazer depender a decisão presidencial de qualquer autorização parlamentar, tal qual sucede em matéria de declaração de um estado de excepção constitucional, a verdade é que a necessidade de audição da Assembleia da República e do Conselho de Estado, em especial do primeiro destes órgãos, vem condicionar politicamente a decisão presidencial: se, em casos de opinião parlamentar confirmativa do entendimento do Presidente da República de que estão a ser ou já foram praticados actos contrários à Constituição, a dissolução é uma decisão politicamente consensual, a verdade é que, em situações de opinião parlamentar discordante do entendimento presidencial, a dissolução é politicamente controvertida.

Tendo em atenção o cenário descrito, poder-se-á perguntar também aqui, afinal, sobre a admissibilidade de um controlo político governamental da decisão presidencial em causa. O problema relaciona-se, uma vez mais, com o grau de responsabilidade política do Governo pela decisão, a qual, por sua vez, depende do respectivo contexto político. Neste sentido, importa proceder a vários esclarecimentos:

- a) Sendo a decisão de dissolução um acto juridicamente imputado ao Presidente da República, a ele pertence em primeiro lugar a responsabilidade da mesma, sendo certo que essa responsabilidade será maior se a decisão tiver

sido objecto de pareceres contrários da Assembleia da República e/ou do Conselho de Estado;

- b) Em casos de decisão presidencial contrária ao entendimento da Assembleia da República, a referenda ministerial do acto envolve uma inequívoca co-responsabilização política entre Presidente da República e Governo, existindo aqui a particularidade de ser este último órgão aquele que perante o Parlamento assumirá a totalidade da responsabilidade do acto, assistindo-se, por isso mesmo, a um verdadeiro fenómeno de transferência de responsabilidades semelhante ao que se verificava na monarquia constitucional (v. *supra*, § 1.º);
- c) Sempre que o Governo assume perante o Parlamento a responsabilidade política dos seus actos, isto pressupõe, como já sabemos (v. *supra*, n.º 6.1.), que ele tenha tido liberdade de decisão. Por outras palavras, sempre que o Presidente da República resolve dissolver os órgãos regionais contra o entendimento maioritário da Assembleia da República, o Governo está legitimado constitucionalmente a controlar o mérito político do acto, representando a referenda aqui um juízo de concordância política com a decisão presidencial, pelo que, em consequência, o Governo assumirá a inerente responsabilidade política da decisão;
- d) Pelo contrário, continuando ainda no cenário de decisão presidencial contra o parecer da Assembleia da República, se o Governo recusa aqui a referenda ao acto do Presidente da República, isto equivale ao exercício de um verdadeiro veto absoluto, sendo dele legítimo retirar que o exercício de um tal poder presidencial poderá ser feito contra o entendimento da Assembleia da República mas nunca contra o entendimento desta e, simultaneamente, do Governo;
- e) Por último, agora perante um cenário de harmonia entre a decisão presidencial e o entendimento da Assembleia da República, de duas uma:

– Ou o Governo concorda politicamente com a decisão, traduzindo a referenda esse juízo de concordância e,

por outro lado, a referida necessidade de colaboração de diferentes órgãos políticos no exercício de tais poderes do Presidente da República;

– Ou, ao invés, a discordância política do Governo traduzida numa eventual recusa de referenda conduziria à responsabilização política exclusiva deste órgão pelo não-acto, situação esta passível de colocar em causa o regular funcionamento das instituições democráticas, devendo portanto entender-se que a aposição aqui da referenda só poderá ter o valor de mero controlo da validade jurídica do acto, segundo os termos anteriormente expostos (v. *supra*, n.º 6.6.).

(ii) No que respeita à referenda da promulgação de leis provenientes da Assembleia da República, como já tivemos oportunidade de genericamente referir (v. *supra*, n.º 6.7.), a admissibilidade de um controlo político sobre o acto presidencial e consequente recusa de referenda fundada em razões de inconveniência ou inoportunidade significaria, afinal, um veto absolutíssimo do Governo sobre as próprias leis do Parlamento. Ora, sendo o Governo responsável politicamente perante a Assembleia da República, a possibilidade de recusa de referenda da promulgação dos actos legislativos desta, com fundamento em discordância política, traduzir-se-ia numa inversão das regras constitucionais de responsabilidade política.

Mais: perante um modelo constitucional de repartição dos poderes normativos que tanto beneficia o Governo, a atribuição de um verdadeiro poder de veto sobre os actos legislativos parlamentares constituiria uma concentração quase total de poderes no Governo, além de lhe ser permitido, desta forma, o exercício de uma *faculté d'empêcher* por razões políticas dotada de um força jurídica superior relativamente ao poder de veto político do Presidente da República.

Perante leis parlamentares conformes com a Constituição ou em relação às quais o Presidente da República se encontre obrigado a promulgar (v. *supra*, n.º 6.5.), o Governo não poderá proceder a qualquer controlo político do acto presidencial de promulgação, sendo a referenda um acto politicamente vinculado. Por isso

mesmo, o Governo nunca poderá ser responsabilizado em termos políticos pela referenda da promulgação de leis da Assembleia da República ⁽¹⁵⁸⁾.

Nestes casos, a referenda limita-se a assumir o valor de mero mecanismo de controlo da validade jurídica do acto a referendar, isto segundo o modelo já exposto (v. *supra*, n.º 6.6.). Cumulativamente, não será de excluir que a referenda continue a desempenhar aqui, segundo uma tradição oriunda do constitucionalismo monárquico (v. *supra*, n.º 1.4.), uma dupla função informativa: por um lado, a referenda aparece como instrumento destinado a impedir que o Governo venha a ser surpreendido pela publicação de leis em relação às quais não haja tido qualquer colaboração no procedimento legislativo parlamentar; por outro lado, a referenda de tais actos dá ao Governo conhecimento das leis a que ele próprio se encontra vinculado pela Constituição a dar execução, enquanto órgão de soberania com competência exclusiva para elaborar os regulamentos necessários à execução das leis ⁽¹⁵⁹⁾.

Sublinhe-se, todavia, que sendo a regra no direito português a competência legislativa concorrential entre a Assembleia da República e o Governo e, por outro lado, tendo presente o princípio geral da paridade hierárquico-normativa entre lei e decreto-lei, a ausência de uma faculdade governamental de recusa de referenda fundada em razões políticas sobre a promulgação de leis não impede o Governo de imediatamente elaborar um decreto-lei contrário à lei cuja promulgação acabou de ser obrigatoriamente referendada. Neste preciso sentido, a exigência de referenda, permitindo ao Governo o imediato conhecimento das leis objecto de promulgação presidencial, confere os elementos de informação necessários que lhe permitem, caso discorde do conteúdo político

⁽¹⁵⁸⁾ Sobre a responsabilidade do Governo pela referenda do acto de promulgação, cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 5/80, in *Pareceres...*, XI, p. 149 seg.

⁽¹⁵⁹⁾ Apesar de ter como base a promulgação de quaisquer diplomas, referindo que a respectiva referenda tem a função "(...) de garantir que o Governo não possa ser surpreendido pela edição de certas medidas, visto que é a ele que compete executá-las e fazê-las respeitar", cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 5/80, in *Pareceres...*, XI, p. 150.

da solução parlamentar em matérias de competência legislativa concorrential, elaborar um decreto-lei de conteúdo revogatório.

§ 7.º Efeitos políticos da referenda

7.1. Referenda e as relações entre Presidente da República e Governo: controlo jurídico — 7.2. Idem: o controlo político — 7.3. Referenda e as relações entre Governo e Assembleia da República — 7.4. Referenda vinculada e responsabilidade política — 7.5. Referenda: garantia política dos cidadãos

7.1. A nível estritamente político, a exigência constitucional de referenda ministerial de certos actos presidenciais expressa, desde logo, uma concretização do princípio da separação de poderes ou, mais especificamente, do princípio da interdependência de poderes entre o Presidente da República e o Governo, enquanto instrumento inserido num sistema de freios e contrapesos interorgânicos.

Hoje, bem ao contrário do modelo da monarquia constitucional, a referenda ministerial não representa um mecanismo de transferência de responsabilidade política ou de responsabilização por acto de terceiro, nem qualquer forma de isenção de responsabilidade do autor dos actos a referendar. A referenda ministerial representa, diversamente, salvo em casos excepcionais de referenda vinculada, uma forma de intervenção activa do Governo em decisões do Presidente da República, seja expressando a sua concordância política através da respectiva aposição, seja, pelo contrário, exercendo uma verdadeira *faculté d'empêcher* mediante a recusa de referenda. Ora, é precisamente neste último caso que se torna particularmente visível a ideia de instrumentalidade da referenda ao nível da interdependência de poderes.

Assim, mediante o controlo jurídico da validade dos actos do Presidente da República, o poder governamental de referendar surge como substituto da ausência de um poder jurisdicional de fiscalização desses actos. Neste contexto, sem prejuízo de outras funções de controlo jurídico, a referenda configura-se como mecanismo de garantia do princípio da constitucionalidade ao nível de certos actos políticos. Deste princípio fundamental, enquanto ele-

mento basilar da unidade do sistema jurídico, arranca, como se observou (v. *supra*, n.º 6.1.), o fundamento principal da não obrigatoriedade da referenda ou, dito de outra maneira, da recusa legítima de referendar actos inconstitucionais.

Numa outra perspectiva, pode dizer-se que a actual referenda, inserida num modelo de Estado de Direito democrático, além de ter herdado a sua remota função notarial ou certificativa da regularidade formal intrínseca do acto a referendar, foi presenteada pelos tempos modernos com uma nova função: a certificação da conformidade constitucional do acto. Ora, é precisamente neste último âmbito que o poder de referenda, envolvendo a faculdade de recusar a referenda com base em razões de validade constitucional, permite vislumbrar também uma nova função implícita do Governo: exercendo uma fiscalização sobre a conformidade à Lei Fundamental dos actos presidenciais sujeitos a referenda, o Governo surge como guardião da Constituição. Aliás, aqui, ao contrário do que sucede em outras áreas, o Governo nem sequer se apresenta como mero guardião intermédio da Constituição, já que os actos do Presidente da República a referendar e a consequente decisão de recusa de referenda — assumindo esta a natureza de um não-acto — são insusceptíveis de qualquer controlo *a posteriori* por parte dos tribunais. Ao Governo está confiada, por conseguinte, a primeira e a última palavra em matéria de controlo da constitucionalidade de tais actos presidenciais.

Indo ainda um pouco mais longe, verifica-se que a Constituição, se por um lado resolveu conferir ao Presidente da República um poder de controlo sobre os actos normativos do Governo — seja ele o veto político ou o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade dos diplomas a publicar como decretos-leis — e, em termos excepcionais, um poder de controlo político global sobre a actividade do executivo sob o prisma do regular funcionamento das instituições democráticas, estabeleceu, por outro lado, em termos paralelos, um mecanismo de controlo pelo Governo da validade jurídica, incluindo a conformidade constitucional, de certos actos do Presidente da República: precisamente, os actos sujeitos a referenda. Por isso mesmo, a referenda surge integrada num sistema de mecanismos interorgânicos de controlo das relações a nível decisório entre Presidente da República e Governo.

7.2. A integração da referenda no âmbito de um sistema de freios e contrapesos decisórios entre o Presidente da República e o Governo é também patente ao nível da intervenção deste último no controlo político dos actos do primeiro sujeitos a referenda.

Através do controlo político dos actos presidenciais, a referenda confere ao Governo um poder de colaboração política em decisões cuja competência formal pertence ao Presidente da República, expressando a natureza complexa dos respectivos actos ⁽¹⁶⁰⁾: a vontade governamental concorre em sintonia paralela com a vontade decisória presidencial, isto de tal forma que nenhuma delas pode por si só decidir, ou decidir contra a outra, detendo cada uma um poder de bloqueio ou de veto, observando-se uma consequente partilha da responsabilidade política das decisões. Afinal, assiste-se, também aqui, a uma pura manifestação do princípio da interdependência de poderes entre as duas estruturas decisórias, expressando a oposição de referenda a concordância do Governo com o acto do Presidente da República e, em consequência, um reforço da legitimidade política da decisão.

Todavia, se exceptuarmos a intervenção do Presidente da República sobre os diplomas provenientes do Governo, o certo é que nos actos presidenciais sujeitos a referenda ministerial avulta mais a natureza limitativa da intervenção governamental sobre o exercício dos poderes do Presidente da República do que, em termos comparativos, a limitação que o exercício de tais poderes presidenciais introduz sobre a actividade governativa do executivo ⁽¹⁶¹⁾. Fundamentamos esta conclusão em dois argumentos:

1.º) — Sendo claramente maioritários entre os actos presidenciais sujeitos a referenda aqueles que dependem de proposta do Governo, isto significa que o exercício da maioria de todos estes poderes do Presidente da República, além de depender de uma intervenção do Governo *a posteriori* através da referenda,

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. MARIA PAOLA VIVIANI SCHLEIN, *Irresponsabilità...*, p. 129 seg.

⁽¹⁶¹⁾ Em sentido contrário sobre a referenda ministerial na Constituição francesa de 1958, assistindo-se a uma clara prevalência do Presidente da República ante a abdicação dos poderes do Governo em matéria de referenda, cfr. MARIA PAOLA VIVIANI SCHLEIN, *Irresponsabilità...*, p. 133 seg.

se encontra sempre condicionado na sua iniciativa mediante a apresentação de proposta governamental, a qual, por sua vez, delimitará os termos exactos do conteúdo do exercício positivo da competência presidencial (v. *supra*, n.º 6.8.);

2.º) — Uma vez que a exigência de audição prévia do Governo sobre certos actos presidenciais sujeitos a referenda não equivale a uma exclusão de exercício de um controlo político governamental sobre os mesmos, antes expressa a natureza jurídica complexa da decisão (v. *supra*, n.º 6.9.), observa-se que também aqui o Presidente da República vê o exercício efectivo destes seus poderes condicionado pela referenda ministerial, enquanto acto que expressa a necessidade de aprovação governamental dos respectivos actos.

Significa isto tudo, afinal, que a referenda, mais do que fazer o Governo partilhar em termos decisórios poderes cujo exercício pertence ao Presidente da República, acaba por transferir para o Governo a última palavra das decisões presidenciais sujeitas a controlo político governamental, isto quando a primeira palavra não resulta já do próprio Governo.

Apesar de tudo, isto é, sem embargo de o controlo político do Governo sobre os actos presidenciais sujeitos a referenda traduzir uma limitação ao sentido concreto do exercício dos inerentes poderes do Presidente da República, a verdade é que este órgão possui igualmente mecanismos que lhe permitem contrabalançar uma eventual recusa sistemática de referenda ministerial por motivos políticos, designadamente a utilização do veto político sobre os diplomas governamentais. Igualmente aqui se assiste a um verdadeiro equilíbrio de “armas” entre Presidente da República e Governo: se o veto presidencial sobre os diplomas do Governo tem natureza absoluta, também não deixa de ser curioso que a recusa de referenda sobre os actos presidenciais é insusceptível de ser ultrapassada ⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁶²⁾ Com uma possível excepção: admitindo-se que o artigo 198.º, n.º 2, não é uma “simples mentira piedosa” (v. *supra*, n.º 5.4.), se o Governo entrar em “obstrução sistemática” ao Presidente da República, este poderá demitir aquele por ter posto em causa o regular funcionamento das instituições democráticas.

No entanto, importa sublinhar, salvo quanto aos diplomas governamentais elaborados ao abrigo da competência legislativa reservada do Governo, o modelo constitucional de repartição da competência normativa entre o Governo e a Assembleia da República sempre poderá permitir ao Governo fazer aprovar pelo Parlamento o que não conseguiu ver, enquanto acto seu, promulgado ou assinado pelo Presidente da República. Tudo isto sabendo-se que a regra geral em matéria de confirmação de um diploma da Assembleia da República objecto de veto político é a maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções e que, nesse caso, o Presidente da República se encontra vinculado a promulgar o acto como lei. Deste modo, salvaguardando as matérias previstas pelo artigo 201.º, n.º 2, da Constituição, pode legitimamente concluir-se que é mais absoluta a recusa de referenda ministerial a actos presidenciais do que o veto político do Presidente da República a diplomas do Governo.

Por último, refira-se, se é susceptível de ser equacionada a admissibilidade de demissão do Governo em casos de “obstrução sistemática” ao Presidente da República através da recusa de referenda, isto segundo uma possível interpretação da cláusula resultante do artigo 198.º, n.º 2, deve ter-se como certo, porém, que não será constitucionalmente legítimo o exercício pelo Presidente da República do poder de demissão do Governo quando este, *de forma válida*, se recusa a referendar actos daquele: sempre que o Governo exerce este seu poder *dentro dos limites constitucionais*, seja com fundamento em razões políticas ou jurídicas, a verdade é que ele está no pleno gozo de uma faculdade que lhe é conferida pela Constituição e que, por isso mesmo, não estará a colocar em causa o regular funcionamento das instituições democráticas. Aliás, se tal sucedesse, a Assembleia da República depressa se encarregaria de fazer aprovar uma moção de censura ao Governo ou, se isso fosse politicamente impossível perante um Governo apoiado por uma maioria absoluta coesa, ao Presidente da República ainda estaria aberta a possibilidade de dissolução parlamentar.

7.3. As relações entre o Presidente da República e o Governo decorrentes do exercício do poder de referendar deste sobre os actos daquele não são isentas de reflexos ao nível do próprio relacionamento entre o Governo e a Assembleia da República.

Desde logo, em primeiro lugar, a referenda, enquanto acto que expressa um juízo político concordante com a decisão presidencial ou certificativo da sua validade jurídica, envolve em si uma decisão governamental passível de controlo político parlamentar: a Assembleia da República, uma vez que tem competência para vigiar pelo cumprimento da Constituição e apreciar os actos do Governo (CRP, artigo 165.º, alínea *a*)), pode bem ao abrigo de uma tal prerrogativa exercer um controlo sobre a referenda ou a recusa de referenda governamental dos actos do Presidente da República. Assim sendo, sempre que o Governo referenda determinado acto, a intervenção apreciativa da Assembleia da República sobre aquela pode acabar também por indirectamente incidir sobre a decisão presidencial. Tal como o Governo ao controlar os actos sujeitos a referenda pode reflexa ou indirectamente apreciar as decisões objecto de intervenção presidencial (v. *supra*, n.º 6.3.), igualmente agora a Assembleia da República ao ajuizar sobre o acto de referenda poderá de forma indirecta emitir uma apreciação implícita sobre os respectivos actos presidenciais referendados.

Em última análise, o juízo político da Assembleia da República sobre a referenda ou a recusa de referenda de determinado acto ou conjunto de actos do Presidente da República não está isento de gerar a efectivação de uma responsabilidade política geral do Governo, isto através da apresentação e votação de uma moção de censura.

Porém, em casos de referenda sem margem de liberdade decisória por parte do Governo, sempre que esta seja um acto politicamente vinculado, deve entender-se excluída a responsabilidade política governamental ⁽¹⁶³⁾. Há aqui, por conseguinte, um princípio geral que se pode formular do seguinte modo: referenda vinculada, responsabilidade excluída. Visto de perspectiva diferente, verifica-se que os casos de referenda ministerial vinculada comportam uma limitação aos poderes fiscalizadores da Assembleia da República sobre o Governo. Todavia, esta limitação obedece à lógica decorrente das principais situações de referenda vinculada ou, pelo menos, de impossibilidade de a recusa de referenda com

⁽¹⁶³⁾ No sentido de que a vinculação da referenda faz excluir a responsabilidade do Governo pelo acto, cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 5/80, in *Pareceres...*, XI, p. 147-148.

fundamento em razões políticas ter por objecto a intervenção do Presidente da República sobre actos da própria Assembleia da República. Não há aqui, por isso mesmo, uma verdadeira área de exclusão política de controlo parlamentar sobre a actividade do Governo ao exercer o poder de referenda: a referenda vinculada não expressa a supremacia da vontade do Presidente da República sobre o “querer” político do Governo, antes tem subjacente, em bom rigor, a supremacia de certas decisões da Assembleia da República sobre a vontade política do Presidente da República e do Governo. Trata-se, afinal, de um mero corolário da natureza parlamentar do sistema governativo.

Sublinhe-se, porém, o seguinte: se é verdade que a referenda vinculada exclui a responsabilidade governamental, não deixa de ser menos verdade que a recusa de referenda vinculada poderá ser sempre causa política de efectivação da responsabilidade parlamentar do Governo.

Por último, urge referir que a referenda ministerial vinculada comporta efeitos limitativos sobre o alcance interpretativo do princípio geral da responsabilidade política, civil e criminal dos titulares dos cargos públicos pelos actos que pratiquem no exercício das suas funções (CRP, artigo 120.º, n.º 1): se a falta de liberdade política do Governo na aposição de referenda a certos actos exclui a sua responsabilidade política parlamentar pelo acto de referenda, deve concluir-se, segundo a lógica da unidade do sistema jurídico, que essa mesma falta de liberdade política da decisão origina uma inerente exclusão da responsabilidade civil e criminal decorrente da referenda ministerial. Confirma-se, por isso mesmo, a excepcionalidade dos casos de referenda vinculada.

7.4. Envolvendo os casos de referenda vinculada uma exclusão da responsabilidade do seu autor, isto não significa que a referenda comporte um “apagar” de quaisquer responsabilidades políticas, civis ou criminais sobre as decisões cuja referenda permitirá a produção de efeitos. Em tais casos, deve entender-se que a vinculação da referenda acaba por devolver a responsabilidade para o autor do acto que materialmente vincula o exercício do poder de referendar. Por outras palavras, responsável não será o órgão referendante mas o órgão autor do acto que, excluindo a

liberdade política de controlo governamental sobre a intervenção presidencial, transforma a referenda em acto vinculado.

Há aqui, reconheça-se, uma inversão histórica da função do próprio instituto da referenda ministerial: se durante a primeira fase da monarquia constitucional a referenda obrigatória dos actos do Rei fazia o Governo assumir a responsabilidade deles em substituição ao seu autor material, hoje a vinculação do acto de referenda exclui o Governo da responsabilidade do acto, devolvendo-a por inteiro ao autor material da decisão geradora da obrigatoriedade de referenda.

Em resultado do exposto, a referenda de actos em relação aos quais o Governo se encontre impossibilitado de exercer um controlo político devolve a responsabilidade política, civil e criminal, de forma conjunta ou singular, ao Presidente da República ou à Assembleia da República e, quanto às convenções internacionais aprovadas pelo Governo e objecto de ratificação ou assinatura pelo Presidente da República, também para o próprio Governo.

Ora, se quanto aos actos do Governo a sua responsabilidade está sujeita aos princípios gerais anteriormente expostos, a responsabilidade política do Presidente da República e da Assembleia da República encontra-se sujeita, salvo quanto a este último órgão a sua efectivação através do exercício do poder presidencial de dissolução, a um modelo de fiscalização ou responsabilidade política difusa ⁽¹⁶⁴⁾.

7.5. Numa derradeira perspectiva sobre os efeitos políticos da referenda ministerial, pode dizer-se que esta desempenha, reflexamente, uma função de garantia política dos cidadãos em relação aos actos do Presidente da República a ela sujeitos e, deste modo,

⁽¹⁶⁴⁾ Sobre o conceito de responsabilidade política difusa, especialmente desenvolvido em Itália a propósito da caracterização do tipo de responsabilidade do Presidente da República, cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Corso di Diritto Pubblico*, p. 449 e 472-473; ANTONIO BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, p. 487-488; LIVIO PALADIN, *Diritto Costituzionale*, p. 479; COSTANTINO MORTATI, *Istituzioni...*, I, p. 552; TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, 8.^a ed., Milano, 1994, p. 482-483 e 532; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 752; GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 543 e 572; IDEM / IDEM, *Os Poderes...*, p. 77-78, nota n.º 84; PAULO OTERO, *Conceito e Fundamento...*, p. 329.

indirectamente, também às decisões objecto destes últimos. Trata-se, afinal, de concretizar em termos subjectivistas o princípio da separação ou da interdependência dos poderes: sem ter como função garantir aos cidadãos um mecanismo directo de controlo das decisões presidenciais, tanto mais que aqueles não gozam de qualquer intervenção na relação política interorgânica que se estabelece entre Presidente da República e Governo aquando do procedimento de referenda, a verdade é que a referenda acaba por envolver uma vertente garantística para os cidadãos em termos de controlo da legalidade, de reforço de legitimidade política das decisões e de assunção de responsabilidades.

Sem a necessidade de referenda ministerial, os actos presidenciais, além de mais facilmente poderem violar a juridicidade — elemento este particularmente importante numa zona de deserto jurisdicional em matéria de controlo da validade de actos políticos —, gozariam de uma legitimidade política mais débil: se o princípio da interdependência de poderes justifica a integração da referenda num sistema de freios e contrapesos, ele não deixa de reforçar a legitimidade política das decisões mediante a sua complexização, isto através da exigência de concurso da vontade política autónoma de dois ou mais órgãos de soberania. Até por esta razão, acrescente-se, se reforça a justificação de que o Governo pode, enquanto princípio geral, controlar politicamente os actos a referendar e, caso deles discorde, recusar a referenda. A existência constitucional de actos do Presidente da República sem a necessidade de referenda representa, por outro lado, a contra-prova da faculdade governamental genérica de recusar a referenda com fundamento em inconveniência ou inoportunidade política da decisão.

No entanto, seja a referenda um acto livre ou vinculado, a verdade é que a sua vertente garantística ou subjectivista comporta um terceiro efeito reflexo: a assunção pelo Governo da responsabilidade civil e criminal pelo acto de referenda ou, em termos alternativos, a assunção dessa responsabilidade pelo órgão autor do acto que torna a referenda um acto devido. O princípio geral da responsabilidade dos titulares dos cargos políticos pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções, além da sua vertente objectivista de limitação do poder público através da moralização e responsabilização pessoal dos autores directos da decisão polí-

tica, comporta uma clara função garantística para os cidadãos: os titulares dos cargos políticos podem ser accionados judicialmente pelos danos que causarem ou pelos crimes que cometerem no exercício da suas funções, isto tanto por iniciativa do Ministério Público como dos próprios particulares interessados. Ora, o acto de referenda, enquanto decisão de um órgão político, não escapa a este controlo garantístico.

§ 8.º Falta de referenda e inexistência jurídica

8.1. Significado jurídico-político — 8.2. Admissibilidade jurídica da inexistência jurídica — 8.3. Efeitos da referenda e da falta de referenda — 8.4. Convolução da assinatura ministerial de diplomas do Governo em referenda: colocação do problema — 8.5. Idem: debate argumentativo — 8.6. Idem: conclusão

8.1. Como tivemos oportunidade de referir ao traçar a respectiva configuração constitucional (v. *supra*, n.º 5.1.), continuando uma ininterrupta tradição cuja origem remonta a 1935, a Constituição de 1976 sanciona a falta de referenda ministerial com a inexistência jurídica do acto a referendar. Significa isto, por outras palavras, o seguinte:

- a) Antes da referenda, o acto presidencial a ela sujeito não existe ainda para o mundo do Direito, sendo a intervenção governamental pela aposição da referenda que lhe vai dar a aptidão para produzir efeitos jurídicos ou, pelo menos, para ter relevância para a Ordem Jurídica. Em consequência, pode dizer-se, sem referenda ministerial o acto do Presidente da República a ela sujeito não nasceu para o Direito, isto sem prejuízo, note-se, de tal acto ser passível de assumir relevância política ⁽¹⁶⁵⁾;

⁽¹⁶⁵⁾ A título ilustrativo da distinção entre a ausência de produção de efeitos *jurídicos* dos actos presidenciais a que falte a referenda constitucionalmente exigida e, por outro lado, a possibilidade de tais actos, apesar da falta de referenda, serem passíveis de produzir efeitos *políticos*, podem recordar-se as já mencionadas palavras do Doutor Oliveira Salazar ao Presidente Craveiro Lopes, em carta datada de 24 de Abril de 1953 (v. *supra*,

- b) A falta de referenda, compreendendo a recusa de referendar e a pura omissão de oposição da referenda, desempenha um verdadeiro papel abortivo sobre o correspondente acto do Presidente da República: a falta de referenda, retirando ao acto que dela carece a possibilidade de produzir quaisquer efeitos jurídicos de que ele seria susceptível, nega a um tal acto o seu nascimento para o mundo do Direito quando ele já estava concebido;
- c) No entanto, sem tomar agora em consideração a função permissiva de produção de efeitos jurídicos ao acto presidencial (v. *supra*, n.º 6.6.), sempre que a referenda atribui um efeito intrínseco ou estrutural ao acto a referendar — especialmente em casos que envolvem o exercício pelo Governo de um poder de colaboração política expressa através da integração da sua vontade numa decisão de natureza complexa (v. *supra*, n.º 7.2.) —, pode dizer-se que a falta de referenda gera um efeito abortivo sobre um acto já concebido mas em termos imperfeitos: sem a referenda, isto é, sem a intervenção do Governo, o acto presidencial é juridicamente imperfeito;
- d) A imperfeição do acto a referendar demonstra que a referenda, além de comportar uma função permissiva sobre a produção de efeitos jurídicos, decorrente de servir de certificação da validade jurídica do respectivo acto presidencial (v. *supra*, § 6.º A)), surge como seu requisito de existência, enquanto instrumento integrativo de uma outra vontade política: sem referenda o acto do Presidente da República é, por isso mesmo, juridicamente inexistente.

Num tal contexto, a cominação sancionatória da inexistência jurídica para a falta de referenda dos actos a ela sujeitos não deixa de revelar e envolver em termos históricos, jurídicos e políticos uma real posição de supremacia do Governo: (i) a revisão consti-

n.º 3.5., nota n.º 63). Neste sentido, pode concluir-se, a falta de referenda origina a inexistência *jurídica* do acto a referendar, sem que isto envolva, necessariamente, a sua inexistência *política*.

tucional de 1935, determinando que a falta de referenda deixava de originar a nulidade do acto presidencial para provocar a sua inexistência, visou reforçar o peso da intervenção do Governo no contexto do sistema político da Constituição de 1933 (v. *supra*, n.º 3.2.); (ii) em termos jurídicos, se exceptuarmos os actos que carecem de promulgação, a falta de referenda ministerial é a única falta de intervenção de um órgão sobre um acto de outro órgão que gera pela Constituição a inexistência deste último acto, sendo este um elemento especialmente importante quando a recusa de referenda se pode fundar no exercício de um poder de controlo jurídico e político do Governo sobre os actos presidenciais a referendar (v. *supra*, § 6.º); (iii) a nível político, por último, a exigência de referenda de certos actos presidenciais desloca para o Governo, sempre que este os pode submeter a um controlo político de mérito (v. *supra*, § 6, B)), o centro da vontade política prevalecente sobre o concreto exercício dos inerentes poderes do Presidente da República (v. *supra*, n.º 7.2.).

8.2. Se a referenda ministerial é susceptível de revelar uma especial posição político-constitucional do Governo, incluindo através do desvalor jurídico resultante da falta de referenda, a verdade é que se pode legitimamente colocar em interrogação o exacto alcance de um tal desvalor. Pode perguntar-se, por outras palavras, se a falta de referenda determina, em bom rigor jurídico, a inexistência ou a nulidade dos respectivos actos do Presidente da República.

A questão colocada, integrando-se no contexto de uma problemática mais vasta sobre a admissibilidade autónoma da inexistência jurídica como forma de invalidade dos actos jurídicos, será objecto de uma resposta circunscrita ao âmbito do actual Direito Público português ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ Em termos gerais sobre a problemática em torno da inexistência jurídica como desvalor do acto jurídico, expressando posições opostas, cfr., em sentido negativo, RAUL VENTURA, *Valor Jurídico do Casamento*, Lisboa, 1951, p. 22 seg.; em sentido positivo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, III, Policop., Lisboa, 1992, p. 425 seg.

Todavia, como bem reconhece RAUL VENTURA referindo-se ao tema em geral, “para que a distinção entre actos inexistentes e actos nulos possa passar de simples miragem, torna-se necessário que entre essas duas categorias exista diversidade de objecto ou alcance e diversidade de regime jurídico”, acrescentando que, “em bom rigor, este último traço só por si bastaria para decidir da sorte da distinção” ⁽¹⁶⁷⁾.

Como já temos tido oportunidade de expressar ⁽¹⁶⁸⁾, reconhecemos existência jurídica à inexistência jurídica. Fundamentamos agora esta posição em três argumentos:

- a) Em primeiro lugar, a simples observação dos artigos 116.º, n.º 6, 140.º, 143.º, n.º 2, e 175.º, n.º 2, da Constituição permite concluir que a inexistência jurídica é um desvalor de actos jurídicos expressamente previsto e acolhido pela Lei Fundamental ⁽¹⁶⁹⁾, sendo inadmissível qualquer construção dogmática sobre o desvalor jurídico dos actos no direito português que negue à partida relevância autónoma à inexistência jurídica: não é o Direito legislado que se deve harmonizar com os estudos científicos *de jure condito*, antes é a elaboração dogmática contruída em tais estudos que deve explicar o Direito legislado ⁽¹⁷⁰⁾;
- b) Em segundo lugar, independentemente dos preceitos cuja violação é expressamente sancionada com a inexistência jurídica dos actos prevaricadores, a verdade é que a inexistência é em Direito Público um dado iniludível decorrente da essência do princípio da constitucionalidade ⁽¹⁷¹⁾

⁽¹⁶⁷⁾ In *Valor...*, p. 29.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, p. 74 e 335 seg; PAULO OTERO, *Ensaio...*, p. 63 seg.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor...*, I, p. 155-156.

⁽¹⁷⁰⁾ Como bem sublinha MARCELO REBELO DE SOUSA, estando a inexistência jurídica expressamente prevista no actual Direito português, isto “(...) implica encontrar um conteúdo útil para tal previsão”, in *Inexistência Jurídica*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, p. 232.

⁽¹⁷¹⁾ Neste sentido, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor...*, I, p. 156.

ou da legalidade administrativa ⁽¹⁷²⁾: a ausência de certos elementos estruturais constitutivos da identificabilidade do acto — enquanto aspecto gerador de uma mera aparência de acto ⁽¹⁷³⁾ — ou uma gravíssima violação material da juridicidade — enquanto aspecto marginalizante da acção do mundo jurídico ⁽¹⁷⁴⁾ —, impedem em ambos os casos que o acto possa produzir quaisquer efeitos jurídicos;

- c) Em terceiro lugar, a impossibilidade total e absoluta de produção de efeitos jurídicos por parte dos actos feridos de inexistência marca em termos de regime a principal e mais visível diferença entre os actos nulos e os actos inexistentes: enquanto o decurso do tempo pode vir a reconhecer certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos ⁽¹⁷⁵⁾, os actos inexistentes nunca gozam de uma tal possibilidade ⁽¹⁷⁶⁾, uma vez que “nada existe, logo não se pode sequer colocar a problemática da produção de efeitos” ⁽¹⁷⁷⁾.

Não se identificando o objecto e o regime jurídico da inexistência e da nulidade, segundo o critério de distinção proposto por Raul Ventura, a autonomia entre estas duas formas de desvalor dos actos permite compreender o sentido jurídico da própria evolução histórica do valor negativo decorrente da falta de referenda minis-

⁽¹⁷²⁾ Implicitamente neste sentido, ainda que referindo-se apenas à essencialidade de certos elementos do acto administrativo, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, p. 74 e 335 seg.

⁽¹⁷³⁾ Sublinhando a aparência de acto decorrente da ausência de um mínimo de identificabilidade substancial, orgânica e formal, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor...*, I, p. 155 seg.; IDEM, *Inexistência...*, p. 231 seg. No sentido de considerar que a aparência não é o critério da inexistência jurídica, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria...*, III, p. 429.

⁽¹⁷⁴⁾ Como sugestivamente escreve JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “o acto inexistente é pois o acto que está fora do direito”, in *Teoria...*, III, p. 433.

⁽¹⁷⁵⁾ Isto mesmo está hoje expressamente consagrado pelo artigo 134.º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo, seguindo a orientação jurisprudencial em matéria de agentes de facto.

⁽¹⁷⁶⁾ Neste preciso sentido, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, p. 336.

⁽¹⁷⁷⁾ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria...*, III, p. 433.

terial sobre os actos do Presidente da República a ela sujeitos: se a nulidade e a inexistência fossem uma e mesma realidade, a alteração deste particular aspecto da sanção decorrente da falta de referenda, na sequência da revisão constitucional de 1935 (v. *supra*, n.º 3.2.), teria sido destituída de qualquer relevância jurídica.

8.3. Conhecedores de que a inexistência não se reconduz à nulidade, sabemos, desde já, duas importantes consequências sobre os actos do Presidente da República a que falte referenda ministerial:

1.ª) — Tais actos não atingem “o patamar da relevância perante a ordem jurídica” ⁽¹⁷⁸⁾, encontrando-se, por isso mesmo, fora do Direito;

2.ª) — Eventuais situações de facto constituídas ao abrigo de tais actos nunca poderão ter a expectativa de pelo decurso do tempo lhes serem atribuídos certos efeitos jurídicos.

Visto de perspectiva diferente, pode confirmar-se a essencialidade da intervenção do Governo sobre tais actos presidenciais sujeitos a referenda (v. *supra*, n.º 8.1.): sem uma tal intervenção, seja ela vinculada ou discricionária, o certo é que o acto do Presidente da República não entra no mundo do Direito. Por isso mesmo, a referenda envolve a atribuição de uma natureza complexa ao acto referendado: verifique-se a integração de uma vontade política autónoma ou uma mera certificação notarial sobre a regularidade da intervenção presidencial, a verdade é que sem uma destas formas de participação do Governo no respectivo procedimento o correspondente acto do Presidente da República não existirá na ordem jurídica.

Colocada nestes termos a questão, observa-se que mesmo em casos de referenda vinculada (v. *supra*, n.º 6.5.), e de referenda insusceptível de ser recusada com fundamento em razões políticas (v. *supra*, n.º 6.10.), a intervenção do Governo sobre o respectivo acto do Presidente da República expressa a vontade constitucional de sujeitar a existência jurídica das respectivas decisões materiais

⁽¹⁷⁸⁾ Empressão utilizada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO referindo-se genericamente à inexistência de quaisquer actos, in *Teoria...*, III, p. 432.

a um acto complexo formado pela conjugação de vontades do Presidente da República e do Governo. Assim se encontram, recorde-se, as leis de revisão constitucional e todas as restantes leis aprovadas pela Assembleia da República: a exigência constitucional de referenda da promulgação de tais actos confere também aqui ao Governo um papel fulcral na respectiva entrada no mundo do Direito. Em bom rigor, sem a referenda ministerial tais actos nunca chegarão a produzir quaisquer efeitos como leis, limitando-se a ficar no patamar procedimental imediatamente anterior ao seu nascimento para a Ordem Jurídica.

Na realidade, a vinculação do acto de referenda em nada retira a essencialidade de uma tal intervenção do Governo sobre a existência do acto a referendar: sem a referenda, o acto não produzirá quaisquer efeitos jurídicos e a Constituição não possui meios jurídicos que directamente obriguem o Governo a praticar um acto devido, nem há habilitação constitucional que permita a um outro órgão suprir a omissão, substituindo-se ao Governo no exercício do poder de referendar. Mais: a Constituição nem sequer criou (como seria possível) qualquer forma de referenda tácita⁽¹⁷⁹⁾ ou automática, como, por exemplo, a Constituição de 1822 havia estabelecido para a sanção das leis pelo monarca⁽¹⁸⁰⁾ ou a Constituição de 1911 para a promulgação das leis pelo Presidente da República⁽¹⁸¹⁾. Em consequência, vinculada ou discricionária, a exigência constitucional de referenda implica sempre conferir ao Governo as “chaves” da entrada dos respectivos actos na Ordem Jurídica.

Em termos estritamente políticos, o modelo jurídico subjacente ao instituto da referenda, incluindo aqui a inexistência como desvalor resultante da sua falta e a ausência de mecanismos substitutivos de uma eventual omissão governamental da referenda vinculada, aponta claramente para uma especial posição do Governo no contexto dos restantes órgãos políticos cujas decisões de forma directa ou indirecta carecem de referenda: o Governo pode sempre optar politicamente por recusar referendar qualquer acto presiden-

(179) Sobre o conceito de referenda tácita, cfr. CARLO ESPOSITO, *Controfirma...*, p. 291; PIETRO VIRGA, *Diritto Costituzionale*, p. 240-241.

(180) Cfr. artigo 114.º.

(181) Cfr. artigo 31.º.

cial, sem prejuízo de uma tal decisão ser passível de envolver a sua demissão.

Em bom rigor, a referida posição especial do Governo no contexto dos restantes órgãos políticos encontra a sua explicação directa no sistema governativo vivido durante a Constituição de 1933 e está na base da alteração introduzida pela revisão constitucional de 1935 no valor negativo decorrente da falta de referenda ministerial: desde esta última data, sem a intervenção governamental, mediante a aposição da referenda, nenhuma decisão do poder político que dela careça é susceptível de produzir qualquer efeito jurídico, encontrando-se eventuais situações de facto criadas ao seu abrigo eternamente condenadas a nunca assumirem relevância jurídica.

Conscientemente ou não consagrado pela Assembleia Constituinte de 1975/76, é precisamente este modelo jurídico e político de referenda oriundo da Constituição de 1933 que continua hoje estabelecido no artigo 143.º, n.º 2, da Constituição de 1976.

8.4. A influência da Constituição de 1933 ou, melhor, da prática constitucional dada a este texto está também ela na base do expediente utilizado já durante a vigência da Constituição de 1976 de, mantendo-se em funções o mesmo Governo, a assinatura de um decreto-lei ou decreto regulamentar pelo Primeiro-Ministro e pelos ministros competentes, seguida de promulgação presidencial, dispensar uma posterior intervenção do Governo para referendar o acto, entendendo-se que aquela assinatura dos membros do Governo se convolava em referenda.

Tendo como base o Decreto-Lei n.º 48620, de 10 de Outubro de 1968, segundo o qual os diplomas seriam submetidos ao Chefe de Estado, para promulgação ou assinatura, já “depois de referendados pelo Presidente do Conselho e pelo Ministro ou Ministros competentes” ⁽¹⁸²⁾, a assinatura ministerial passou a valer a dois títulos: ao nível da constituição ou feitura do diploma pelo Governo e, após a sua promulgação, convertida em referenda ⁽¹⁸³⁾.

⁽¹⁸²⁾ Sobre o assunto, cfr. JORGE MIRANDA, *Decreto*, p. 37; JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 146.

Esta solução de dispensar o acto autónomo de referenda sobre a promulgação de decretos-leis e decretos regulamentares — totalmente motivada pelo desvirtuamento da função da referenda à luz do modelo governativo efectivamente praticado durante a Constituição de 1933 (v. *supra*, n.º 3.7.), afastando ou mitigando os efeitos da inexistência jurídica decorrente da falta de referenda e, por isso mesmo, também inconstitucional ao abrigo da Constituição corporativa (v. *supra*, n.º 3.7.) — viria a ser seguida mesmo durante a vigência da Constituição de 1976, inclusive contra o estabelecido pela Lei n.º 3/76, de 10 de Setembro ⁽¹⁸⁴⁾.

Aliás, a própria jurisprudência da Comissão Constitucional, falando em “prática constitucional”, admitia de forma implícita a convalidação da assinatura de tais diplomas governamentais em referenda ⁽¹⁸⁵⁾. E, mais recentemente, o Tribunal Constitucional, falando em “prática constitucional” e em “praxe constitucional”, diz “(...) que se poderia, mesmo, qualificar de costume (...)” o facto “(...) de os diplomas aprovados pelo Governo não terem de ser novamente assinados depois da promulgação (...)” ⁽¹⁸⁶⁾. Igualmente JORGE MIRANDA continua a ver aqui um costume cuja prática teve origem na Constituição de 1933 ⁽¹⁸⁷⁾.

Contra um tal entendimento de convalidação da assinatura em referenda ministerial cedo se fizeram ouvir vozes profundamente críticas sobre a sua conformidade constitucional: GOMES CANO-TILHO refere que se trata de mau entendimento a aceitação de uma tal convalidação ⁽¹⁸⁸⁾, acrescentando, em obra de co-autoria com VITAL MOREIRA, que essa prática herdada do sistema de

⁽¹⁸³⁾ Neste sentido, cfr. JORGE MIRANDA, *Decreto*, p. 36-37.

⁽¹⁸⁴⁾ Neste último sentido, especificamente sobre a inaplicabilidade deste aspecto da Lei n.º 3/76, de 10 de Setembro, cfr. JOSÉ PAULO VIEIRA DUQUE, *A Referenda...*, (1989), p. 146-147.

⁽¹⁸⁵⁾ In Parecer n.º 5/80, in *Pareceres...*, XI, p. 151. De forma mais radical, em declaração de voto ao mencionado Parecer da Comissão Constitucional, o Conselheiro Joaquim Costa Aroso fala em praxe constitucional “(...) perfeitamente conforme à Constituição (...)”, acrescentando que “não faz muito sentido, e não é prática, a exigência de duas assinaturas do Primeiro-Ministro, uma anterior, outra posterior à promulgação, quando se trata de actos do Governo (...)”, *idem*, p. 155.

⁽¹⁸⁶⁾ In Acórdão n.º 309/94, de 24 de Março de 1994, in loc. cit., p. 8887-8888.

⁽¹⁸⁷⁾ In *Manual...*, II, p. 124-125.

1933 é “(...) manifestamente contrária à Constituição” de 1976 ⁽¹⁸⁹⁾.

Não obstante uma tal prática ter cessado em 1983 com a publicação de uma nova lei reguladora da publicação, identificação e formulário dos diplomas ⁽¹⁹⁰⁾, a verdade é que ainda hoje a questão tem relevância: será, poder-se-á perguntar, que os decretos-leis e os decretos regulamentares promulgados e publicados entre 1976 e 1983 em que falte a referenda ministerial são válidos, segundo a ideia de que há convalidação da assinatura em referenda, ou, pelo contrário, são juridicamente inexistentes, uma vez que lhes falta um acto específico de referenda ministerial?

A questão colocada, como se pode facilmente compreender, não é isenta de decisivos reflexos práticos, bastando recordar, por exemplo, que as situações de facto geradas ao abrigo de actos inexistentes nunca são passíveis de produzir efeitos jurídicos pelo decurso do tempo (v. *supra*, n.ºs 8.2. e 8.3.).

Importa, por conseguinte, tomar uma posição sobre o assunto, tanto mais que por aqui passa também o exacto recorte da relevância da falta de referenda como causa de inexistência jurídica dos correspondentes actos do Presidente da República. Eis o que se fará de imediato.

8.5. Se bem se observar, à luz da Constituição de 1976, o reconhecimento da admissibilidade de convalidação da assinatura em referenda dos diplomas governamentais sujeitos a promulgação baseia-se, exclusivamente, numa prática herdada da Constituição de 1933: a Lei n.º 3/76, de 10 de Setembro, não acolhia tal entendimento; a Constituição de 1976 exige sempre, por definição, que a referenda ministerial consista num acto do Governo posterior à intervenção presidencial.

Assim sendo, o reconhecimento da admissibilidade de convalidação da assinatura em referenda representa um comportamento *contra legem* e, simultaneamente, *contra constitutionem*.

⁽¹⁸⁸⁾ In *Direito Constitucional*, p. 753.

⁽¹⁸⁹⁾ In *Constituição...*, p. 609.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 3/83, de 11 de Janeiro, revogado pela Lei n.º 6/83, de 29 de Julho.

Ora, chegando aqui, como resolvem os defensores da sua admissibilidade a questão?

Segundo se pode retirar da citada orientação jurisprudencial, fala-se em “prática constitucional”, em “praxe constitucional” e em “costume”.

No entanto, como parece elementar, as simples práticas, as meras praxes ou usos constitucionais, enquanto figuras não reconduzíveis ao costume ⁽¹⁹¹⁾, não são fontes de direito ⁽¹⁹²⁾ e, logo por isso, não podem ter qualquer relevância jurídica se contrárias a normas constitucionais. Mais ainda quando contrárias a uma norma constitucional que, atendendo à excepcional gravidade da sua violação, sanciona expressamente esta com o desvalor jurídico mais radical que pode existir em Direito: a inexistência jurídica dos actos violadores.

As práticas e as praxes, enquanto meros usos, quando contrárias a normas constitucionais, não têm força ou relevância derogatória da Constituição, nem se podem arrogar o exercício de qualquer função substitutiva dos padrões de conformidade resultantes do texto formal da Constituição, antes são, para todos os efeitos, comportamentos feridos de inconstitucionalidade. Em consequência, o facto de a convalidação da assinatura ministerial em referenda poder ter sido uma “praxe”, uma “prática” ou um “uso” em nada afasta a sua inconstitucionalidade, isto é, muito concretamente, a inexistência jurídica dos respectivos actos do Presidente da República.

Aliás, se nem ao nível da lei ordinária os usos, práticas ou praxes assumem qualquer função derogatória do direito positivo existente, encontrando-se o seu valor e relevância totalmente dependentes da conformidade à legalidade ⁽¹⁹³⁾, por maioria de razão em matérias objecto de normas constitucionais — isto é, aquelas em relação às quais nem a lei ordinária pode dispor validamente em sentido contrário —, é impossível reconhecer qualquer relevância modificativa ou derogatória de tais usos, praxes

⁽¹⁹¹⁾ Falando em figuras afins do costume constitucional, uma vez que lhes falta o elemento psicológico deste último, isto é, a convicção de obrigatoriedade, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 3ª ed., Coimbra, 1991, p. 126.

⁽¹⁹²⁾ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 935.

⁽¹⁹³⁾ Neste sentido, cfr. o artigo 3.º, n.º 1, do Código Civil.

ou práticas contrárias à Constituição: aos decretos-leis e aos decretos regulamentares que tenham sido promulgados e publicados sem referenda ministerial não aproveita qualquer prática, praxe ou uso no sentido de entender que a assinatura ministerial vale também como referenda, uma vez que violando directamente a exigência constante do artigo 143.º da Constituição tais actos são, para todos os efeitos, inconstitucionais.

E, diga-se mesmo, quanto a uma eventual caracterização desta convalidação de assinatura ministerial em referenda como prática, praxe ou uso constitucional, quaisquer outros argumentos justificativos da sua óbvia inconstitucionalidade são supérfluos e, por isso mesmo, desnecessários.

Diferentemente se passam as coisas quanto a uma eventual caracterização de tal convalidação como costume. É certo, reconheça-se, que o Acórdão n.º 309/94 do Tribunal Constitucional, de 24 de Março de 1994, ao invés de Jorge Miranda, não diz claramente ter existido um costume, antes usa uma linguagem ambígua, falando “(...) em praxe constitucional reiterada — que se poderia, mesmo, qualificar de costume (...)”.

Desde já, cumpre esclarecer o seguinte: se a existência de uma praxe constitucional não faz nascer por si só um costume, igualmente a natureza reiterada de tal praxe, como diz ter existido o Tribunal Constitucional, não representa também elemento suficiente para originar uma regra consuetudinária. Como é do conhecimento geral, para que se possa falar em costume é necessário que ao elemento material se junte a convicção de obrigatoriedade de uma tal prática reiterada. Ora, o carácter reiterado da prática não constitui indicação da existência de qualquer *opinio iuris vel necessitatis*, antes é a demonstração da simples existência do elemento material. Porém, como antes se disse, uma prática ou um uso contrários à Constituição são, sempre e inevitavelmente, inconstitucionais.

Por outro lado, se bem se observar, além de não existir qualquer prova ou indício da existência de uma convicção de obrigatoriedade de tal prática entendida como fonte normativa, a verdade é que toda a concepção em causa “aproveita” uma prática (inconstitucional) da anterior Constituição para com ela construir de imediato uma solução contrária à letra da nova Constituição. No entanto, segundo entendemos, a entrada em vigor de uma nova

Constituição determina a abertura de um novo período de eventual consolidação ou cessação de efectividade das regras consuetudinárias pretéritas de Direito Constitucional, especialmente quando estas eram contrárias tanto à antiga como à nova Constituição. É insustentável em termos metodológicos, por conseguinte, “repescar” uma prática inconstitucional vigente à luz da Constituição de 1933, resultante do seu próprio sistema governativo e também claramente contrária à Constituição de 1976, para daí automaticamente dizer que estamos perante uma prática reiterada que se pode qualificar como sendo um costume, em vez de considerar que, pura e simplesmente, estamos diante de uma inconstitucionalidade continuada durante alguns anos (poucos).

Com efeito, independentemente de não se encontrarem reunidos os elementos que permitam qualificar a convalidação da assinatura ministerial em referenda como sendo uma norma consuetudinária, ainda que tal sucedesse, uma vez que se trataria de uma norma costumeira formada ao abrigo da Constituição de 1933 e também hoje contrária à letra da Constituição de 1976, sempre haveria que discutir a relevância do costume *contra constitutionem*, enquanto norma válida e, por isso, derogatória da Constituição ⁽¹⁹⁴⁾ ou, pelo contrário, norma inválida e, consequentemente, ferida de inconstitucionalidade ⁽¹⁹⁵⁾.

Ora, mesmo reconhecendo a admissibilidade de normas consuetudinárias *contra constitutionem*, a verdade é que se tem de limitar uma tal validade às normas costumeiras cujo processo de efectivação se desenvolveu ou confirmou à luz da actual Constituição. É precisamente por isso, comparando o enquadramento político e as funções que a referenda desempenhava na Constituição de 1933 e a situação existente ao abrigo da Constituição de 1976, que não se vê como é que a assinatura ministerial em diplomas governamentais se possa convolar validamente em referenda à luz da actual Constituição: a profunda diversidade que existe entre os dois sistemas políticos e entre as próprias funções da referenda ori-

⁽¹⁹⁴⁾ Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *Autorizações Legislativas e Orçamento do Estado*, in *O Direito*, ano 124.º, 1992, p. 275-276 e Autores citados na nota n.º 11.

⁽¹⁹⁵⁾ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 934.

gina a ausência de quaisquer razões de simplicidade ou economia, tal qual eram invocadas ao abrigo da anterior Constituição, para convolar a assinatura ministerial de diplomas governamentais sujeitos a promulgação em referenda. Senão vejamos:

- a) Em primeiro lugar, durante a Constituição de 1933, uma tal convalidação era a consequência de um processo de simplificação e economia relativamente a um Governo que já havia politicamente manifestado em termos definitivos a sua vontade (v. *supra*, n.º 3.7.), assente que estava num modelo político monista baseado na ausência de qualquer oposição política presidencial, parlamentar ou extraparlamentar institucionalizada; na Constituição de 1976, pelo contrário, tendo por base um modelo político pluralista, a necessidade de referenda posterior ao acto de promulgação de diplomas do Governo encontra-se na faculdade que este tem de controlar politicamente os actos presidenciais dependentes de proposta governamental (v. *supra*, n.º 6.8.) e na consequente possibilidade de recusar a referenda de tais actos em situações de inconveniência ou inoportunidade política superveniente da solução normativa promulgada. Neste último sentido, pense-se, por exemplo, que entre o momento de envio do diploma para promulgação e a recepção desta para referenda o Governo encontra uma melhor solução técnica ou política ou, pura e simplesmente, acha mais conveniente em termos estratégicos transformar tal diploma em proposta de lei a apresentar à Assembleia da República;
- b) Em segundo lugar, à luz da Constituição de 1933, a dispensa de referenda traduzia também uma fuga à função garantística deste instituto (v. *supra*, n.º 3.7.), sendo insustentável que, segundo a Constituição de 1976, os cidadãos ficassem hoje privados de uma tal função governamental de controlo prévio da legalidade jurídico-constitucional da promulgação dos diplomas governamentais ⁽¹⁹⁶⁾ e da consequente responsabilidade política, civil e criminal (v. *supra*, n.ºs 6.6. e 7.5.): a dispensa de uma intervenção referendária do Governo após a promulgação presidencial significaria, afinal, além de uma derrogação

ao princípio da interdependência de poderes, uma renúncia pelo Governo ao exercício de uma competência, uma fuga indevida à responsabilidade decorrente da decisão de referendar, gerando um défice de responsabilidade (v. *supra*, n.º 6.2.), e, por tudo isto, uma diminuição da vertente garantística ou subjectivista da referenda;

- c) Em terceiro lugar, se durante a Constituição de 1933 a convocação da assinatura ministerial em referenda se explica também atendendo a um sistema governativo em que *de facto* o Presidente da República e a Assembleia Nacional dependiam da confiança política do Governo (v. *supra*, n.º 3.5.), perante um modelo político pluralista, tal qual resulta da Constituição de 1976, a referenda ministerial da promulgação de diplomas do Governo, além de garantir que nenhuma alteração ao texto posteriores ao envio do diploma para promulgação possam ser introduzidas, correspondendo o acto a publicar à exacta vontade política do Governo, assegura, por isso mesmo, uma responsabilidade política plena perante a Assembleia da República: o Governo nunca se poderá escudar sob o argumento de que o texto publicado no Diário da República não correspondia à orientação do diploma objecto de aprovação ou que o Presidente da República introduziu alterações no diploma enviado para promulgação;
- d) Em quarto lugar, e mais importante de tudo, a intervenção do Governo sobre o acto do Presidente da República tem sempre, qualquer que seja o objecto do acto presidencial, uma função certificativa de tipo notarial (v. *supra*, n.º 6.6.): se outras razões não existissem — e existem, de facto —, o simples controlo e consequente atestado da proveniência do acto, a certificação da autenticidade da

(196) Pense-se, por exemplo, que tendo-se o Tribunal Constitucional pronunciado no sentido da inconstitucionalidade de um decreto-lei sujeito a fiscalização preventiva, e sem que tal diploma tivesse sido objecto de qualquer alteração pelo Governo no sentido de expurgar a inconstitucionalidade, o Presidente da República o promulgava. Numa tal situação, o controlo jurídico da constitucionalidade pelo Governo no momento da referenda só poderá conduzir a uma solução: recusar a referenda de tal promulgação.

assinatura do Presidente da República e do carácter livre e consciente da sua intervenção já seriam suficientes para afirmar que a assinatura ministerial anterior à promulgação de decretos-leis e de decretos regulamentares nunca se poderá convolar em referenda.

Resumindo e concluindo: não existem à luz da Constituição de 1976, ao contrário do sucedido durante o modelo governativo subjacente à Constituição de 1933, quaisquer razões jurídicas ou políticas que permitam, em nome da simplicidade ou economia, justificar a validade constitucional da convalidação da assinatura ministerial em referenda da promulgação de diplomas governamentais.

8.6. Exactlymente porque durante a vigência da Constituição de 1976 não se formou qualquer costume no sentido de convolar a assinatura ministerial em referenda, nem uma simples prática, praxe ou uso nesse sentido proveniente do período de vigência da anterior Constituição — ou ainda que fosse da actual — tem qualquer força jurídica derogatória de normas constitucionais, uma conclusão se impõe: os diplomas governamentais que entre 1976 e 1983 foram publicados sem referenda ministerial da promulgação do Presidente da República, uma vez que a assinatura ministerial não pode ser objecto de convalidação em referenda, são actos juridicamente inexistentes.

Visto de ângulo diferente, não tendo sobre tais actos sido aposta referenda, é possível deles extrair uma presunção de que não são conformes com a Constituição (v. *supra*, n.º 6.2.) — bem ao contrário, sublinhe-se, de qualquer entendimento de referenda tácita ou assinatura convalidada em referenda —, carecendo do efeito permissivo para a produção de efeitos jurídicos que a referenda sempre envolve (v. *supra*, n.º 6.6.) e, em consequência de tudo isto, ficam “à porta” da Ordem Jurídica: são actos inexistentes para o mundo do Direito. Isto significa, recorde-se, que estamos sempre perante meras situações de facto criadas ao seu abrigo, insusceptíveis algum dia de virem a ter qualquer relevância jurídica (v. *supra*, n.ºs 8.2. e 8.3.): todas as alterações que tais diplomas pretendiam introduzir na Ordem Jurídica nunca produziram, nem jamais produzirão, quaisquer efeitos jurídicos. Juridicamente, tudo se passa, afinal, como se tais actos nunca tivessem sido praticados.

Por isso mesmo, conclua-se, qualquer decisão judicial, incluindo do Tribunal Constitucional, que pretenda atribuir relevância jurídica positiva a actos feridos de inexistência jurídica por ausência de referenda ministerial produzirá uma situação típica de caso julgado inconstitucional ⁽¹⁹⁷⁾. Assim se encontra, note-se, a “pedra de fecho” da garantia última do desvalor jurídico decorrente da falta de referenda ministerial dos actos presidenciais passíveis de sindicância (indirecta) pelos Tribunais.

III

CONCLUSÃO

§ 9.º Principais conclusões

De tudo o que antecede podemos agora extrair as conclusões seguintes:

§ 1.º

No constitucionalismo monárquico, a referenda ministerial procede à transferência da responsabilidade das decisões do monarca para os ministros, servindo de corolário da invio-

⁽¹⁹⁷⁾ Neste sentido, desenvolvendo a fundamentação e o regime do caso julgado inconstitucional, cfr. PAULO OTERO, *Ensaio...*, p. 65 seg. Em termos de síntese, cumpre distinguir dois tipos de efeitos de caso julgado inconstitucional:

- a) Por um lado, os tribunais têm competência para recusar obediência a uma decisão individual do Tribunal Constitucional que implicasse o dever de aplicarem um acto carecido de referenda ministerial (*ibidem*, p. 113-114 e 117-118);
- b) Por outro lado, as decisões dos restantes tribunais directamente violadoras do artigo 143.º, n.º 2, da Constituição são sempre passíveis de um recurso extraordinário atípico, nunca funcionando o respectivo caso julgado (inconstitucional) como excepção peremptória, e podendo sempre os restantes tribunais proceder ao controlo oficioso da sua constitucionalidade, além de tais decisões conduzirem à não aplicação do artigo 675.º do Código de Processo Civil e de limitarem os efeitos das regras normais de uniformização de jurisprudência (*ibidem*, p. 118 seg.).

labilidade e irresponsabilidade do Rei, e assumindo a natureza jurídica de acto certificativo e integrativo da eficácia das decisões do monarca.

§ 2.º

Na Constituição de 1911, sem prejuízo dos interregnos decorrentes da experiência de Sidónio Pais e da Ditadura Militar, a referenda ministerial dos actos presidenciais traduz a partilha da responsabilidade política e do exercício de poderes do Executivo entre o Presidente da República e os ministros, transformada em requisito de validade cuja falta determina a nulidade do acto a referendar.

§ 3.º

Durante a vigência da Constituição de 1933, a subversão política do sistema governativo acarretou um desvirtuamento da função normativa da referenda ministerial, transformada em mera autenticação formal pelo Presidente do Conselho de Ministros (e outros ministros) de actos do Presidente da República cujo conteúdo político era ditado por aquele, tendo surgido, por isso mesmo, uma prática inconstitucional no sentido de dispensar a referenda de certos actos presidenciais que incidiam sobre decisões provenientes da vontade directa do Presidente do Conselho de Ministros, isto contra a norma que expressamente sancionava com a inexistência jurídica a falta de referenda nos actos a ela sujeitos.

§ 4.º

O período revolucionário de 1974 a 1976 traduz uma desvalorização do instituto da referenda ministerial, enquanto instrumento de intervenção política do Governo e, deste modo, do poder civil, sobre os actos do Presidente da República. A supremacia do poder militar revolucionário levou à dispensa da referenda em relação às principais decisões jurí-

dico-políticas ou, em alternativa, acabou por transformar a sua exigência e a inexistência decorrente da sua falta em verdadeiras ficções.

§ 5.º

À luz da Constituição de 1976, a referenda ministerial encontra-se dispensada quanto aos actos presidenciais sem verdadeira relevância directa sobre a condução da política geral do país pelo Governo. Numa perspectiva de relacionamento entre a intervenção do Governo sobre os actos do Presidente da República e a exigência de referenda ministerial, verifica-se que esta incide sobre três tipos de actos presidenciais: (i) os actos dependentes de proposta do Governo; (ii) os actos que exigem uma prévia audição do Governo; (iii) os actos independentes de proposta ou audição do Governo.

§ 6.º

A) Se exceptuarmos os casos de promulgação obrigatória, a referenda ministerial traduz um mecanismo de controlo governamental da validade jurídico-constitucional dos actos do Presidente da República a referendar: a aposição da referenda, gerando responsabilidade política, civil e criminal para o seu autor, envolve uma função notarial e de certificação da validade jurídica do respectivo acto presidencial, além de permitir a sua produção de efeitos e assumir, por tudo isto, uma clara vertente garantística para os cidadãos;

B) Salvo perante a intervenção presidencial sobre convenções internacionais e leis da Assembleia da República, todos os restantes actos do Presidente da República sujeitos a referenda ministerial podem ser sujeitos a controlo político pelo Governo, sendo admissível que este recuse a referenda com fundamento em objecções políticas, isto independentemente do diferente valor jurídico que assume a referenda ou a sua recusa e a inerente responsabilidade política governamental em relação a cada grupo ou tipo de actos presidenciais a ela sujeitos.

§ 7.º

A referenda ministerial surge como instrumento concretizador do princípio da interdependência de poderes, gerando efeitos políticos ao nível das relações interorgânicas entre o Governo e o Presidente da República e, por outro lado, entre aquele e a Assembleia da República: a referenda mostra a especial relevância da vontade política do Governo sobre as decisões do Presidente da República a ela sujeitas no âmbito de um sistema de forte componente política parlamentar. Além disso, a referenda assume, em termos reflexos, efeitos como garantia política dos cidadãos em relação aos actos do Presidente da República a ela sujeitos.

§ 8.º

A inexistência jurídica, enquanto desvalor dos actos presidenciais a que falte a referenda ministerial, além de revelar a supremacia da intervenção do Governo sobre os mesmos, determina que aqueles nunca “nasçam” ou “entrem” na Ordem Jurídica e que as eventuais situações de facto formadas ao seu abrigo não possam jamais ter qualquer relevância jurídica. A diversidade de enquadramento político e funcional da referenda ministerial na Constituição de 1933 e na Constituição de 1976 impossibilita que à luz desta última a assinatura ministerial em diplomas governamentais promulgados pelo Presidente da República se possa convolar em referenda.

Setembro de 1995.

Diogo Freitas do Amaral
Paulo Otero