

Breve nota prévia

Na sua preocupação de conferir o maior brilho às comemorações do seu 30º aniversário, procurou a Comissão Nacional de Eleições, a par da realização, no átrio da Assembleia da República, de uma exposição ilustrativa dos seus trinta anos de actividade, levar a efeito, na sala do Senado do Palácio de S. Bento, sob a presidência do Exmo. Presidente da mesma Assembleia, Senhor Dr. Jaime Gama, uma sessão solene em que foi orador convidado o Exmo. Senhor Professor Doutor Jorge Miranda.

Este ilustre catedrático de Direito Constitucional escolheu para tema da sua conferência a questão referendária, que é, e vai continuar a ser, objecto de profundo debate político-jurídico.

Perante o aplauso geral que tal conferência suscitou, desde logo o Exmo. Presidente da Assembleia da República, no seu discurso de encerramento da sessão, manifestou o desejo de ver o respectivo texto editado. Desejo que, por corresponder igualmente à vontade da Comissão Nacional de Eleições, esta tem a honra de concretizar com a presente publicação, ainda integrada nas aludidas comemorações do seu 30º aniversário.

António de Sousa Guedes
O Presidente da Comissão Nacional de Eleições

Algumas notas sobre o referendo nacional

Palestra proferida pelo Professor Doutor Jorge Miranda na sessão solene de 15 de Junho de 2005, evocativa do XXX Aniversário da CNE

Senhor Presidente da Assembleia da República, Senhor Presidente da Comissão Nacional de Eleições, Senhores Deputados, Senhores Membros da Comissão Nacional de Eleições, Senhoras e Senhores

Permitam-me que comece com uma nota pessoal, recordando a Comissão que elaborou o projecto de lei eleitoral para a Assembleia Constituinte.

Tive a honra de dela fazer parte, conjuntamente com José de Magalhães Godinho (que presidiu), Ângelo de Almeida Ribeiro, Manuel João da Palma Carlos, Lino Lima, António Barbosa de Melo e José Manuel Galvão Teles. E foi esse grupo (que trabalhou intensamente entre Maio e Agosto de 1974) que propôs a existência, pela primeira vez, entre nós, de um órgão destinado, essencial, embora não exclusivamente, a assegurar a igualdade entre as candidaturas - a Comissão Nacional de Eleições.

Prevista no Decreto-Lei n.º 621 -C/74, de 15

de Novembro, seria, de novo, criada, para efeito das primeiras eleições na vigência da Constituição prestes a ser aprovada pelo Decreto-Lei n.º 93-B/76, de 29 de Janeiro; e seria finalmente consagrada a título definitivo pela Lei n.º 71/78, de 27 de Dezembro. E é este o diploma básico que vem até hoje, só com pequenas modificações operadas pela Lei n.º 4/2000, de 12 de Abril.

A legislação eleitoral, entretanto publicada iria alargar as áreas de intervenção da Comissão. E, quando foi introduzido o instituto do referendo o legislador entendeu que a Comissão também deveria desempenhar funções análoga de disciplina e garantia às que desempenha em períodos eleitorais, além da competência para controlar a regularidade e proceder à inscrição de grupos de cidadãos para participarem nas respectivas campanhas.

Compreende-se bem este alargamento de âmbito de actuação. O referendo assenta como a eleição no sufrágio dos cidadãos, há

análogos ou idênticos problemas de organização, de procedimento, de campanha, de votação e de escrutínio e, em última análise, as soluções não podem ser discrepantes. A Comissão Nacional de Eleições é, pois, também a Comissão Nacional de Referendos.

Por isso e até pela actualidade do tema vou dedicar a alguns aspectos da matéria do referendo as considerações que se seguem, começando por um rápido relance histórico-comparativo e passando, depois, aos princípios e ao regime do referendo nacional segundo o artigo 115.º da Constituição.

Jorge Miranda
Professor das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa

I Relance histórico-comparativo

1. Situando-nos no constitucionalismo moderno, por evidentes razões de tempo, sabe-se que a prática de referendos começou em alguns Estados norte-americanos a seguir à proclamação da independência (entre 1778 e 1780), mas que foi em França um pouco depois que surgiram as suas primeiras - e contraditórias - elaborações político-constitucionais específicas.

Com efeito, na concepção da forma de governo jacobina, se tinha de haver um órgão electivo, ele encontrava-se sempre dependente da decisão popular. Conforme previa a Constituição do ano I (1793), os projectos aprovados pelo Corpo Legislativo seriam submetidos a votação dos cidadãos se, nos 40 dias subseqüentes ao seu envio às comunas, na maioria dos departamentos um décimo das assembleias primárias tal reclamasse.

Pelo contrário, na forma de governo cesarista, o poder concentrava-se num órgão singular (o primeiro-cônsul, o imperador). Todavia, o

Chefe do Estado, ainda quando investido numa dignidade monárquica, ia procurar uma legitimação democrática e, na ocorrência de crises, um modo de suplantar a oposição de corpos constituídos: era o apelo directo ao povo por via plebiscitária (como ficaria a chamar-se).

Só muito mais tarde se lograria desprender a ideia de referendo destas amarras, autonomizá-lo, objectivá-lo. Só muito mais tarde se iria passar destas concepções de referendo, ou como sucedâneo da democracia directa ou como forma de aclamação dos governantes, para o referendo como complemento da democracia representativa.

2. As Constituições francesas de 1793 e de 1795 (dos anos I e III), primeiramente, e depois as de 1799, 1802 e 1804, seriam todas aprovadas por referendo ou plebiscito. E isso não pouco contribuiria para que, a seguir na própria França e demais países

europeus, durante muitas décadas, ele fosse repudiado.

A excepção significativa viria a ser a Suíça, devido às peculiaridades da sua experiência democrática em Estados (confederados até 1848, federados a seguir) com carácter municipal. O esquema consagrado na sua primeira Constituição federal (exactamente de 1848) - referendo constitucional obrigatório, referendo legislativo facultativo a nível federal e obrigatório em certos cantões, conjugação com iniciativa popular - permanece, no essencial, até hoje, com constantes e quase mensais aplicações.

3. Na passagem do século XIX para o século XX, o avanço das ideias democráticas, a extensão do sufrágio e algum desencanto perante o funcionamento das instituições parlamentares criam um terreno favorável à introdução de elementos inovadores. O referendo e a iniciativa popular ganham incremento em mais e mais Estados norte-

americanos, na Austrália e em alguns países nórdicos (e é por essa via que a Noruega se separa da Suécia em 1905).

No primeiro pós-guerra, o entusiasmo constitucional e a procura de uma "racionalização do poder" vão no mesmo sentido, na Áustria, na Checoslováquia, nos países bálticos, na Espanha (Constituição de 1931) e na Irlanda. Caso mais paradigmático é o da Constituição alemã de 1919 (Weimar). Os resultados não se oferecem, todavia, muito satisfatórios no contexto da época, e não são poucos os exemplos de aclamação ou manipulação plebiscitária.

No segundo pós-guerra, o instituto do referendo continua, apesar disso, a difundir-se. Contemplam-no Constituições como a italiana de 1947 (referendo legislativo resolutivo ou revogatório, referendo sobre modificações das regiões e referendo consultivo regional), a alemã de 1949 (para modificações das Länder), a francesa de 1958 (referendo sobre

organização dos poderes públicos e sobre certos tratados e referendo sobre a eventual separação de territórios ultramarinos). Mais recentemente consta de, entre outras Constituições, da espanhola de 1978 (com referendo consultivo político e referendo obrigatório para revisão de princípios constitucionais fundamentais), da brasileira de 1988 (com referendo legislativo e, em 1993, plebiscito para escolha entre república e monarquia e entre presidencialismo e parlamentarismo), além, por exemplo, da sueca de 1974 e da polaca de 1999. Nuns casos, mostra-se o referendo um instrumento adequado ou simplesmente possível para se ultrapassarem difíceis situações políticas; noutros, não deixa ele próprio de acarretar problemas jurídico-constitucionais (como aconteceu em 1975 na Grã-Bretanha, por causa da sua conjugação com o princípio da soberania do Parlamento). E alguns dos mais importantes referendos dos últimos 60 anos viriam a ser os realizados

em 1946 em Itália, e em 1974, na Grécia, sobre a opção entre monarquia e república; em 1972, na Noruega, e em 1975, na Grã-Bretanha, sobre a integração na Comunidade Económica Europeia (ali recusada, aqui aprovada), em 1976 e em 1978, na Espanha, sobre a transição do regime autoritário para o novo regime constitucional democrático; em 1983 e em 1995, no Quebeque, sobre a eventual secessão do Canadá; em 1992, na Dinamarca, sobre o Tratado de Maastricht (da União Europeia); em 2005 na França e na Holanda (sobre a chamada Constituição europeia).

4. O referendo também viria a ser acolhido, no século XX, fora da democracia representativa: nas Leis Fundamentais espanholas do General Franco (após 1945), na Constituição da República Democrática Alemã de 1974, na Constituição de São Tomé e Príncipe de 1975, na Constituição argelina de 1976, etc.

Assim como algumas Constituições marxistas-leninistas consignaram o princípio da revogabilidade do mandato pelos eleitores. Naturalmente, em qualquer destas situações, as regras constitucionais e as práticas deveriam ser apreendidas nos respectivos contextos.

Tal como a eleição, o referendo, em sistemas não pluralistas, não pode traduzir uma opção livre e aberta às diversas correntes de opinião - o que não significa que não possa desempenhar um papel de relevo ao serviço de finalidades precisas (afirmações da unidade política, legitimação e reforço do poder dos governantes, superação de antagonismos culturais, religiosos ou étnicos, efeitos para o exterior).

5. Por último, também no domínio do Direito internacional, desde o século XIX, tem prosseguido a prática do recurso ao plebiscito ou referendo em variadas circunstâncias (questões de minorias

nacionais, anexações ou desanexações territoriais, estatuto de territórios sob tutela, acesso a independência de comunidades coloniais). Temos todos bem presente o referendo de autodeterminação de Timor realizado em 1999, em circunstâncias dramáticas, e que conduziria à independência.

6. Em Portugal, a primeira tentativa de introdução do referendo deu-se em 1872, na secção V do projecto de lei de reforma da Carta Constitucional subscrita por José Luciano de Castro, sob a forma de ratificação popular das alterações constitucionais. Aquando dos debates constituintes de 1911, o Deputado João Gonçalves propôs a consagração do veto popular e o Deputado Goulart de Medeiros a possibilidade de "recurso para a Nação" do julgamento pelo Supremo Tribunal de Justiça de "qualquer reclamação contra a promulgação de leis

inconstitucionais". Mas a Constituição desse ano, no seu artigo 66.º, n.º 2 (seguida das Leis n.ºs 88 e 621, de 7 de Agosto de 1913, e de 23 de Junho de 1916, respectivamente), não instituiria senão referendo de âmbito local. O regime saído da revolução de 1926, autoritário e antiparlamentarista, não convocou uma assembleia constituinte para a feitura da sua Constituição: foi o Governo que elaborou um projecto e que o submeteu, primeiro, a discussão pública em 1932 e, depois, a "plebiscito nacional" em 1933 (em que as abstenções contaram como votos a favor). Esta Constituição manteve o referendo local (artigo 126.º), conquanto, ao fim de pouco tempo, reduzido a referendo orgânico. Em contrapartida, a revisão operada através da Lei n.º 1885, de 23 de Março de 1935, conferiu ao Presidente da República a faculdade de, quando o bem público "imperiosamente" o exigisse, ouvido o Conselho de Estado e em Decreto assinado

por todos os Ministros, "submeter a plebiscito nacional as alterações da Constituição que se refiram à função legislativa ou seus órgãos" (artigo 134.º, n.º 2, ou 138.º, n.º 2, no texto vigente em 1974) - era uma espécie de referendo de revisão constitucional, porém nunca regulamentado, nem posto em prática.

7. Após 25 de Abril de 1974 houve, sem êxito, vários propósitos e propostas de recurso a referendo ou de consagração do referendo. Recordem-se: os referendos sugeridos pelo primeiro Presidente da República (provisório) em cada um dos territórios ultramarinos, para efeito de autodeterminação; os referendos para aprovação de uma Constituição provisória e, depois, da Constituição definitiva propostos pelo Primeiro-Ministro Palma Carlos; o referendo local do projecto de Constituição do Partido Popular Democrático (artigo 149.º, n.º 2); o referendo sobre leis já aprovadas, excepto sobre impostos, constante do

projecto de Constituição do Centro Democrático Social (artigo 93.º, n.º 1); o referendo sobre a Constituição alvirado pelo Partido Popular Democrático, por ocasião das negociações com vista à 2ª Plataforma de Acordo Constitucional entre os Partidos e o Movimento das Forças Armadas. E também não lograriam ser acolhidos, por a Constituição de 1976 reservar a revisão constitucional ao Parlamento, o referendo propugnado em alguns sectores da opinião pública em 1980 para se fazer a primeira revisão constitucional; o projecto de lei n.º 501-1 e a proposta de lei n.º 365-1 (esta de autorização legislativa) apresentados nesse ano. Assim como o referendo de revisão constitucional e o referendo sobre "questão de relevante interesse nacional" constantes do projecto de revisão constitucional da Aliança Democrática, de 1981. Se o referendo de âmbito nacional não passaria na primeira revisão da Constituição de 1976, feita em 1982, esta - de certa sorte,

retomando a linha vinda de 1911 - adoptaria o referendo de âmbito local, sob a denominação algo eufemística de "consultas directas aos cidadãos eleitores a nível local", a efectuar pelos órgãos das autarquias locais sobre matérias incluídas na sua competência exclusiva "nos casos, nos termos e com a eficácia que a lei estabelecer" (novo artigo 241.º, n.º 3 da Constituição). Seria só na segunda revisão constitucional, concluída em 1989, que aquele referendo seria consagrado, mas em termos bastante restritivos. Finalmente, na revisão de 1997, para além de algumas modificações no regime do referendo nacional, seria criada uma figura especial respeitante à criação em concreto das regiões administrativas, de âmbito simultaneamente nacional e regional; prever-se-ia (artigo 256.º) a possibilidade de referendo a nível de cada uma das regiões autónomas (artigo 232.º, n.º 2); e clarificar-se-ia a natureza do referendo local, agora com esse nome (artigo 240.º).

II O princípio da reserva de Constituição

8. Não há outras categorias de referendo, nem referendo sobre outras questões afora os previstos na Constituição. A lei ordinária não pode criar outras. Verifica-se aqui reserva de Constituição. Antes da primeira revisão da Constituição de 1976, invocou-se, para sustentar que ela poderia realizar-se por meio de referendo, o princípio da participação directa e activa dos cidadãos na vida pública (artigos 48.º, 112.º e 227.º, n.º 2); disse-se que o referendo seria possível, porque, se nenhum artigo da Constituição o previa, nenhum o proibia; ou que seria incorrecto afirmar (como faziam os artigos 3.º e 111.º) que o povo somente exercia o poder político nas formas ou nos termos da Constituição - porquanto o povo estaria acima da Constituição; ou que o referendo pertenceria ao Direito natural e, porque anterior à Constituição, poderia servir para a alterar. Mas da consagração de um princípio de participação não resulta automaticamente a

possibilidade do referendo. A admitir-se tal corolário, por que não a expressão da vontade popular através de assembleias e de manifestações populares (como foi tentado em 1975)? Não basta proclamar um princípio, há que estabelecer, do mesmo passo, os modos de o concretizar. Participação directa e activa dos cidadãos é na Constituição, antes de mais, a eleição (artigos 10.º, n.º 1, e 49.º). E são também hoje: o referendo (artigos 115.º, 232.º, n.º 2, e 240.º), a participação em associações e partidos políticos (artigo 51.º, n.º 1), o direito de representação (artigo 52.º, n.º 1), a acção popular (artigo 52.º, n.º 3), a apresentação de candidaturas para Presidente da República (artigo 124.º, n.º 1, hoje) e para órgãos do poder local (artigo 239.º, n.º 4); a iniciativa legislativa popular (artigo 167.º, n.º 1), a participação na administração da justiça (artigo 207.º), a participação nos plenários de cidadãos eleitores nas freguesias de população diminuta (artigo 245.º, n.º 3); não

outras formas à margem destas ou contra estas.

Como modo de exercício de poder - de um pretenso poder de revisão - o referendo teria de estar previsto numa norma jurídica, não poderia deduzir-se em abstracto. O asserto de que "tudo que não é proibido é permitido" vale no domínio dos particulares e no dos direitos dos cidadãos, não vale na esfera do poder público. Tão-pouco poderia haver referendo de revisão em concreto sem uma regulamentação do seu processo e, desde logo, sem uma norma a conferir competência a certo órgão para o promover ou desencadear.

Não é incorrecto subordinar o exercício do poder pelo povo às formas e aos termos da Constituição. Em Estado de Direito democrático, o povo não pode deixar de exercer a sua soberania senão nesses termos, porque o seu poder é, também ele - como todo o poder - um poder juridicamente limitado. Nem, da óptica da Constituição

vigente em cada momento, o povo está acima da Constituição. Só pode estar para a substituir por outra, não para a rever. O referendo não pertence ao Direito natural, a democracia directa ou indirecta não é de Direito natural; pelo contrário, a democracia contemporânea é, como a experiência histórica mostra, essencialmente representativa; e o referendo, se bem que a possa vivificar, também pode ser (e tem sido) muitas vezes utilizado em sistemas políticos pouco respeitadores dos direitos fundamentais. O referendo, onde quer que exista, não é de Direito natural: é criado pelo Direito positivo.

III O regime do referendo nacional

9. Dito isto, a primeira das regras constitucionais a salientar consiste na não obrigatoriedade do referendo, em nenhum caso. Eis o que resulta do artigo 115.º, sede básica da matéria.

O referendo não é de realização necessária ou obrigatória. São os órgãos contemplados no n.º 1 que, em plena discricionariedade política, promovem a sua realização, chamando os cidadãos eleitores a pronunciar-se. E tão pouco é de realização obrigatória o referendo de instituição concreta das regiões administrativas e relativo a cada área regional, previsto no artigo 256.º; simplesmente, sem a sua realização e sem resultado maioritário favorável, não pode dar-se essa instituição. Não disponho, porém, de tempo para dele tratar hoje.

10. O referendo tem por objecto questões que devam ser decididas pela Assembleia da República ou pelo Governo através de convenção internacional ou de acto legislativo

(n.º 3). Só estas, e também não quaisquer questões da competência de outros órgãos. E não todas elas, porque:

- a) As questões a submeter a referendo têm de ser de *relevante interesse nacional*;
- b) Ficam excluídas as matérias constitucionais, orçamentais, tributárias e financeiras e, com excepções, as matérias constantes da reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia.

No texto de 1989, a enumeração das matérias vedadas era não taxativa, a lei poderia adicionar outras. Hoje, após 1997, deixou de o ser e passou a haver, também neste aspecto, uma reserva de Constituição. Ressalta, porém, óbvia alguma contradição entre o requisito positivo e o negativo, pois as matérias arredadas do referendo são, entre todas, as mais importantes ou mais sensíveis politicamente. Compreende-se que questões constitucionais não possam ser referendadas (por reacção

contra 1933 e contra 1980 e por a Constituição, na sua veste originária, não o ter sido). Compreende-se também que não possam ser referendadas questões financeiras (para evitar populismos fáceis). Ao invés, parece menos satisfatório o afastamento das matérias incluídas na reserva absoluta de competência legislativa parlamentar dos artigos 161.º e 164.º.

Matérias de relevante interesse nacional não-de ser, assim, as que se situem em plano intermédio: nem aquelas, mais importantes, nem as meras bagatelas, as questões menores de política conjuntural. Contudo quem as qualifica como tais são, exclusivamente, o órgão de iniciativa e o órgão de convocação.

11. No referendo participam os eleitores recenseados no território nacional, entre os quais os cidadãos dos países de língua portuguesa com estatuto de igualdade de direitos políticos (artigo 15.º, nº 3).

Quando recaia sobre matéria que lhes diga *também* especificamente respeito, são chamados a participar cidadãos - agora, só cidadãos portugueses - residentes no estrangeiro e regularmente recenseados ao abrigo do artigo 121.º, nº 2 - quer dizer, cidadãos que tenham laços de efectiva ligação à comunidade nacional. O que seja tal matéria apenas caso a caso pode ser determinado e, por causa dos riscos que o alargamento assim previsto do âmbito pessoal do referendo pode comportar, compete ao Tribunal Constitucional proceder à sua apreciação [artigo 223.º, nº 2, alínea f), 2.ª parte, que, erradamente, se refere a "universo eleitoral"].

No caso de referendo sobre questões europeias, afigura-se que nele só devem participar - à semelhança do que sucede nas eleições para o Parlamento Europeu - cidadãos portugueses residentes em territórios de Estados membros das Comunidades e que delas não estejam excluídos.

12. Pode realizar-se referendo a respeito de uma convenção internacional logo a partir da sua assinatura, assim como pode desencadear-se o procedimento relativamente a uma convenção em fase de negociação (ou de pré-negociação) ou relativamente a uma convenção futura a celebrar ou a uma convenção vigente com vista à sua denúncia (quando esta for internacionalmente admissível). De igual sorte, em qualquer das fases do procedimento legislativo até à votação final global, pode ser desencadeado o procedimento do referendo, com a consequente suspensão daquele e com a sua eventual retomada se o resultado do referendo for negativo ou não vinculativo. Tal como nada impede que se abra um procedimento relativamente a uma lei futura que se pretenda vir a ser aprovada ou a uma lei vigente que se pretenda vir a ser revogada. O que se exige sempre é uma estrita fixação do objecto, sem termos vagos, abstractos ou meramente hipotéticos.

13. Prevalece em cada procedimento de referendo o princípio constante do artigo 114.º de interdependência dos órgãos de soberania. Se não se pretende fazer do referendo a solução de conflitos institucionais, também se procura que ele não os provoque e que, pelo contrário, seja um instrumento de solidariedade institucional. Com o referendo, o Presidente da República não se sobrepõe ao Parlamento, nem ao Governo: se recusa a proposta de referendo, nem um, nem outro ficam inibidos de aprovar a convenção internacional ou o acto legislativo de que, directa ou indirectamente, se trata; se aceita a proposta, aceita integrar-se no processo, em conjugação com qualquer desses outros órgãos.

Enfim, por isso mesmo, o referendo encontra-se na dependência da maioria parlamentar - embora não de modo absoluto, visto que só poderá efectuar-se se o Presidente da República concordar. E, ainda que o Presidente politicamente esteja em sintonia

com a maioria parlamentar, é de supor que a sua postura independente dentro do sistema o leve a impedir que o referendo se converta em meio de reforço da maioria ou do Governo em detrimento do equilíbrio geral. O referendo poderá servir, eventualmente, para a clarificação de crises no interior da maioria, mormente quando as divisões ultrapassem o mero plano ideológico partidário, ou para a tentativa do seu reencontro com os reais ou actuais sentimentos da comunidade. Para que não pode servir é para arma da minoria contra a maioria; a minoria, a oposição terá de buscar noutras instâncias a forma de garantir os seus direitos ou de se afirmar como alternativa.

14. Perante a Assembleia da República a iniciativa, por seu turno, cabe aos Deputados, individual ou colectivamente, aos grupos parlamentares, ao Governo e a grupos de cidadãos eleitores (diz o artigo 167.º, nº 1), tendo estes (segundo o artigo 16.º da Lei nº

15-A/98, de 3 de Abril, a lei do regime de referendo) de ser em número de 75.000. A "iniciativa" de referendo a que alude o n.º 2 do artigo 115.º não passa de pré-iniciativa, por ter de ser sempre mediatizada pela Assembleia.

15. As propostas de referendo são obrigatoriamente submetidas pelo Presidente da República a fiscalização preventiva de constitucionalidade e de legalidade. A fiscalização preventiva consiste, antes de mais, em apurar se o procedimento das próprias propostas observou as regras pertinentes; depois, em apurar se o conteúdo é conforme ou não com a Constituição; em terceiro lugar, se a pergunta ou as perguntas em que se traduz respeitam os requisitos por ela prescritos (bem como, se for caso disso, os relativos ao "universo eleitoral"). Destina-se a impedir factos consumados, pois, feita a votação popular, torna-se extremamente difícil, se não impossível,

declará-la nula ou anulá-la (como tem sucedido noutros países). Por isso, ela antecede a convocação; e é obrigatória, ao contrário do que se verifica, no artigo 278.º, quanto às convenções internacionais e aos actos legislativos.

A pronúncia do Tribunal Constitucional tem de ser, contudo, como no artigo 279.º, pela inconstitucionalidade ou pela *não inconstitucionalidade*. Uma pronúncia pela *constitucionalidade* rigidificaria a convenção ou a lei que viesse a ser aprovada na sequência do referendo, tornada insusceptível de controlo sucessivo, concreto ou abstracto.

16. O n.º 7 proíbe a convocação e a efectivação do referendo entre a data da convocação e a da realização de eleições gerais para os órgãos de soberania, para os órgãos de governo próprio das regiões autónomas e para os órgãos de poder local (a que deve acrescentar-se a realização de eleições para o Parlamento Europeu).

É uma norma de defesa da democracia representativa, contra tentações plebiscitárias, sejam do Presidente da República, sejam de qualquer candidato à Presidência, sejam de dirigente supremo de partido concorrente a eleições parlamentares. E é também - e não menos importante - uma norma de garantia de separação de poder entre os eleitores e os partidos: sendo os partidos os principais protagonistas das campanhas eleitorais, procura-se, assim, salvaguardar a liberdade de escolha dos cidadãos, independentemente das suas opções partidárias (se o voto dos cidadãos em referendo tivesse de lhes corresponder, então deixaria de se justificar o apelo ao referendo). Mais ainda: o referendo não deveria incidir sobre questões integrantes de um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo. Senão, na lógica democrática, um Governo derrotado em votação referendária deveria demitir-se ou o Parlamento ser

dissolvido. Decorrente ainda do respeito da liberdade dos cidadãos, o referendo não pode ser convocado, nem efectuar-se na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência por então se acharem suspensas algumas garantias constitucionais (artigo 19.º) - devendo o n.º 7 deste preceito ser lido como garantia do equilíbrio dos órgãos de poder, e não mais. O artigo 9.º da Lei n.º 15-A/98 de 3 de Abril vai na linha deste entendimento.

17. Nada parece impedir, no entanto:

- A realização simultânea de um referendo nacional (ou regional) e a realização de eleições só a nível de uma autarquia local;
- A realização simultânea de eleições de âmbito nacional (ou regional) e a realização de um referendo a nível local;
- A cumulação de um referendo nacional, de um referendo regional e de um referendo local;
- A cumulação de um referendo a nível de município e de um referendo a nível de freguesia nele situada.

Também, no limite da razoabilidade, nada parece obstar à realização de mais de um referendo nacional, regional ou local no mesmo dia. É um problema diferente do da proibição de referendo com mais de certo número de perguntas.

O essencial está em todas estas hipóteses, na clara distinção de objectos de decisão. Mas a legislação em vigor (artigo 6.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto) dispõe, em parte, em sentido contrário. Em contrapartida, na lógica do n.º 7 não pode haver realização simultânea de eleição numa autarquia local e de referendo na mesma autarquia local ou de eleição numa região autónoma e de referendo na mesma região.

18. No caso de tratado, não pode ser formulada mais de uma pergunta. Acto de Direito internacional, o respeito da sua globalidade impõe-se por um elementar princípio de boa fé. Bastaria a resposta negativa a uma entre várias perguntas para

todo o tratado não poder ser aprovado. Diferentemente, no caso de lei, acto de Direito interno, é possível destacar esta ou aquela matéria, podendo, por conseguinte, vir a ser aprovada ou rejeitada apenas a norma correspondente.

19. Ao referendo aplicam-se, como não poderia deixar de ser, com as necessárias adaptações, os princípios gerais de Direito eleitoral. Onde:

- O sufrágio é directo e secreto, além de universal e igual;
- O recenseamento eleitoral a nível nacional vale para efeito de referendo;
- As actividades de campanha com vista ao esclarecimento dos cidadãos e à promoção de qualquer das respostas às perguntas assentam na liberdade de propaganda, na igualdade de posições ou opções, na imparcialidade das entidades públicas e na transparência e na fiscalização das contas de campanha;

- Os cidadãos têm o dever de colaborar na realização do referendo e podem constituir-se em grupo para participar na campanha (em grupo de não menos de 5.000, segundo o artigo 41.º da Lei n.º 15-A/98);

- O julgamento da regularidade e da validade dos actos do procedimento referendário compete aos tribunais (sendo o Tribunal Constitucional competente para decidir os recursos respeitantes à votação e ao apuramento, nos termos dos artigos 172.º e segs. da Lei n.º 15-A/98).

Para além destes princípios, um critério elementar de respeito pela liberdade dos cidadãos deveria levar os partidos a autocontenção (não posso deixar de insistir), não só limitando as suas intervenções mas, sobretudo, não instrumentalizando aqueles grupos.

20. Mas a mais forte nota distintiva do referendo criada em 1989 consiste em, através dele, o povo não aprovar ou rejeitar

esta ou aquela convenção internacional, esta ou aquela lei, mas sim em decidir, através dele, que a convenção ou a lei deve ser aprovada ou não aprovada pelo órgão competente.

Não há tratados aprovados directamente pelo povo, nem leis referendárias, nem tão-pouco sanção popular ou veto popular, como existem noutros países.

Em si o referendo não adquire eficácia externa, não produz efeitos (ou efeitos imediatos) na vinculação internacional do Estado, nem efeitos sobre as normas legislativas reguladoras das matérias sobre as quais incide. A sua eficácia esgota-se no interior do Estado (porque o povo, o eleitorado é parte do Estado, mesmo sem se reconduzir a órgão). Acto prévio em relação à aprovação da convenção ou da lei, congrega-se com esta, numa espécie de binário ou de acto complexo. Dir-se-ia pretender-se, mais uma vez, prevenir manipulações ou dramatizações de tipo plebiscitário em

detrimento da Assembleia da República, embora elas não sejam muito plausíveis com o sistema adoptado de convocação dependente de iniciativa dela própria ou do Governo, perante ela politicamente responsável.

21. A sujeição de certa matéria a referendo não acarreta uma preclusão da competência. Acarreta uma preclusão ou suspensão de liberdade de decisão do Parlamento ou do Governo sobre essa matéria.

Se o resultado da votação for positivo (quer dizer, favorável à aprovação do tratado ou da lei ou do tratado ou da lei com tal e tal conteúdo), a Assembleia da República ou o Governo ficará obrigado a aprovar o acto de sentido correspondente (no prazo de 90 dias, para a Assembleia, ou de 60, para o Governo, acrescenta o artigo 241.º da Lei n.º 15-A/98). Naturalmente, será o órgão autor da proposta de referendo a desincumbir-se da tarefa. Nada impede, no entanto, que, em caso de

matéria de lei não reservada à Assembleia, esta ou o Governo, indiferentemente, pratiquem o acto legislativo devido. O que importa é dar cumprimento à vontade popular. Pelo contrário, se o resultado for negativo (quer dizer, desfavorável à aprovação do acto sobre a matéria em causa), ficará o órgão competente impedido de o fazer na mesma sessão legislativa, salvo nova eleição da Assembleia da República ou demissão do Governo (de novo, o n.º 10). Prevaecem factores de economia jurídica.

22. Tratando-se de lei e sendo a resposta positiva, torna-se patente a aproximação às leis de autorização legislativa: como nestas, há um sentido normativo que se fixa e se impõe ao acto legislativo subsequente. A diferença está em que a autorização tem natureza permissiva e o referendo é um acto imperativo - imperativo, se a matéria for concorrencial, tanto para o Parlamento como para o Governo, independentemente de um

ou outro ter tido a iniciativa do referendo. Em contrapartida, parece ser bem maior no referendo (por causa da indispensável simplicidade das perguntas) do que na autorização legislativa a liberdade de especificação do legislador.

Tratando-se de resposta negativa, forma-se um comando que, conquanto de vigência temporalmente balizada, se não esgota num certo momento e que se afirma num número potencialmente indefinido de vezes - tantas vezes quantas aquelas em que se pudesse querer aprovar uma lei de conteúdo colidente com o resultado do referendo. É algo diverso da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral e da recusa de cessação de vigência de decretos-leis ou de decretos legislativos regionais (artigo 169.º).

O referendo possui, pois, uma força afirmativa da lei: uma força material afirmativa, quando dele se depreenda uma obrigação de legislar; e uma força formal negativa afirmativa, quando se

traduza em dever de não legislar. Não sendo, contudo, uma lei, não pode configurar-se como lei de valor reforçado.

E, muito menos, é lei reforçada a lei que se publique em sua obediência, porque o que é objecto de salvaguarda é o sentido referendário e não as normas concretizadoras e até para o mesmo sentido pode haver diversos modos de concretização.

23. Podem suceder-se várias leis no seguimento de um referendo, desde que respeitadoras do seu sentido. Mas quando é que pode ser decretada uma lei de sentido contrário?

Seria de supor que isso só pudesse verificar-se após novo referendo tido como *revogatório* do primeiro. Mas não se justificaria ir tão longe, porque a nossa democracia continua sendo representativa e o referendo surge na Constituição a título quase excepcional. Deve entender-se que a intangibilidade do sentido subsiste até à próxima eleição do Parlamento,

não para além dela: uma Assembleia renovada por eleição (ou o Governo entretanto constituído) já poderá, com inteira legitimidade, alterar aquilo que o povo tiver decidido, directamente, por referendo. E esta deve ser, igualmente, a solução a adoptar em caso de resposta negativa. O n.º 10 parece admitir a aprovação do acto a que se refere a questão submetida a referendo logo na sessão legislativa seguinte. Porém, essa possibilidade não seria congruente com a *ratio* de instituição e, por isso, o artigo 243.º da Lei n.º 15-A/98 não a consagra.

24. O mesmo postulado de respeito pela vontade popular implica que:

a) Quando a resposta for positiva, o Presidente da República *deverá* promulgar a lei ou ratificar o tratado aprovado na sequência de referendo e em sua obediência (apenas naquilo em que ela estiver para além do conteúdo da proposta referendada, ou no tocante a inconstitucionalidade orgânica ou

formal, é que o Presidente poderá requerer a fiscalização preventiva ao Tribunal Constitucional ou exercer veto político);
b) Quando, ao invés, a resposta for negativa e, a despeito disso, for aprovada convenção ou lei contra o resultado do referendo, o Presidente da República deverá recusar a ratificação ou a promulgação;
Ali, promulgação obrigatória; aqui veto obrigatório. Se bem que não exista expressa cominação constitucional (somente no artigo 242.º quanto à primeira hipótese) a solução impõe-se.

25. A violação do comando referendário pode dar-se por acção ou por omissão. Dá-se por acção, quando se aprova ou se deixa subsistir tratado ou lei em conflito com o resultado do referendo. Dá-se por omissão, quando a Assembleia da República não aprova o tratado ou quando a Assembleia ou o Governo não faz a lei a que ficara adstrito. Na primeira hipótese - reconduzível a

ilegalidade *sui generis*, originária ou superveniente - a consequência não é a invalidade, mas a ineficácia, porquanto a opção popular funciona somente como obstáculo, susceptível de ser removido, verificados os pressupostos constitucionais (e aqui reside, outrossim, uma nota diferenciadora no cotejo das autorizações legislativas). A fiscalização preventiva por contradição com o referendo está *in limine* excluída, porque a fiscalização preventiva é só de constitucionalidade e nunca de legalidade (artigos 278.º e 279.º); e a fiscalização sucessiva abstracta, por o referendo não ser lei [artigo 281.º, n.º 1, alínea b)]. Resta, afora o veto presidencial, a fiscalização concreta através de todos os tribunais (artigo 204.º), com base no poder genérico dos tribunais de conhecimento de todas as manifestações de ilegalidade ou de todos os vícios e deficiências das leis que devam aplicar. Qualquer tribunal, num caso concreto que tenha de decidir, pode e deve recusar-se a

não aplicar uma norma que contenda com o sentido de um referendo.

Porém, contra o incumprimento da obrigação de aprovar, não existem senão os meios gerais de controlo e de responsabilidade política dos titulares dos órgãos de poder perante o povo (artigo 117.º). A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão está excluída, por ter como única referência normas constitucionais não exequíveis por si mesmas (artigo 283.º).

26. Finalmente, uma referência ao n.º 11 (introduzido em 1997), e que estipula que o referendo só terá efeito vinculativo, quando o número de votantes (que incluem os votantes em branco) for superior a metade dos eleitores inscritos no recenseamento. Não é norma inédita em Direito comparado. Mas trata-se de uma espécie de direito de veto conferido aos abstencionistas. Sempre me tenho pronunciado contra ela.

ficha técnica

título

Algumas notas sobre o referendo nacional

autor

Professor Doutor Jorge Miranda

design

providência design

impressão

Soartes - artes gráficas, lda

tiragem

500 exemplares

depósito legal

0000000

edição

Comissão Nacional de Eleições
2005