
AS ACTUAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS
E O DIREITO INTERNACIONAL

Jorge Miranda

AS ACTUAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO INTERNACIONAL (*)

I

ORDEM INTERNACIONAL E ORDEM INTERNA

1. *A RELEVÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM INTERNA PORTUGUESA*

Há um enquadramento favorável à recepção automática do Direito internacional na Constituição de 1976. Ele decorre: 1.º — dos trabalhos preparatórios do art. 8.º na Assembleia Constituinte; 2.º — do apelo dirigido noutros preceitos a princípios e normas de Direito internacional (arts. 4.º, 7.º, n.º 1, 15.º, n.º 3, 16.º, n.ºs 1 e 2, e 29.º, n.º 2); 3.º — da posição hoje dominante na doutrina (tal como tinha sido antes de 1933).

No tocante ao Direito internacional comum, corroboram-no ou apoiam-no: 1.º — a letra do art. 8.º, n.º 1 (idêntico ao art. 2.º da Constituição federal alemã); 2.º — a referência a princípios de Direito internacional nos arts. 7.º, n.º 1, 16.º, n.º 2 e 29.º n.º 2. Dúvidas apenas se põem quanto a normas consuetudinárias em cuja formação Portugal não tenha intervindo.

No tocante ao Direito internacional convencional, igualmente o corroboram: 1.º — a colocação por outros importantes preceitos constitucionais (arts. 4.º, 15.º, n.º 3 e 16.º, n.º 1) dos actos normativos de Direito internacional a par da lei; 2.º — as diferenças (a explicar adiante) entre as competências e o processo relativo à lei e as competências e o processo relativo à aprovação de tratados; 3.º — o regime de fiscalização da constitucionalidade (arts. 277.º, n.º 2, 278.º, 279.º e 280.º).

(*) A presente nota — baseada em apontamentos de aulas da cadeira de Direito Internacional Público-I na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa — não visa o tratamento teórico das questões atinentes às relações entre o Direito internacional e o Direito interno; visa apenas descrever o estado do Direito constitucional português actual no respeitante a essas matérias.

Esclareça-se que a alusão, no art. 8.º, n.º 2, a convenções «regularmente ratificadas ou aprovadas» é a convenções ratificadas ou aprovadas *nos termos do Direito internacional*, e não nos termos de Direito interno (como comprova o art. 277.º, n.º 2); a exigência de publicação é apenas de uma *conditio juris*; e que a expressão «enquanto vincularem internacionalmente o Estado português» significa que a vigência na ordem interna depende da vigência na ordem internacional (as normas internacionais só vigoram no nosso ordenamento depois de começarem a vigorar no ordenamento internacional e cessam de aqui vigorar ou sofrem modificações, na medida em que tal aconteça a nível internacional).

Por último, quanto às normas emanadas dos órgãos competentes de organizações internacionais de que Portugal seja parte e que vigoram directamente na ordem interna, por tal se encontrar expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos (art. 8.º, n.º 3), pela própria natureza das coisas, trata-se de recepção automática. Dispensa-se qualquer interposição legal, bem como qualquer ratificação ou aprovação a nível interno equivalente à dos tratados. Preceito semelhante aos que aparecem noutras Constituições e pensado com vista à adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia (embora aí não esgote o seu âmbito virtual), só assim tem sentido útil.

2. RELAÇÕES ENTRE NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL E NORMAS DE DIREITO INTERNO

Falta na Constituição portuguesa (na actual, como nas anteriores) preceito expresso sobre o lugar que as normas do Direito internacional ocupam na ordem interna (ao contrário do que acontece, por exemplo, com as Constituições alemã federal, francesa ou grega). É possível, porém, chegar a alguns resultados precisos a partir de uma consideração global e sistemática.

Primeiro resultado: supremacia das normas constitucionais sobre as normas internacionais, consequência da própria soberania do Estado e da função que nele desempenha a Constituição como estatuto jurídico fundamental; este é o postulado que, por toda a parte, se proclama, salvas raríssimas excepções (de supremacia das normas internacionais, porventura, na Holanda, ou de igualdade das normas de Direito internacional geral com

as normas constitucionais, na Alemanha); e é ainda, no estágio actual da vida jurídico-internacional, o que deve valer perante as normas de Direito comunitário (das Comunidades Europeias), apesar de certas tendências em contrário.

De resto, o estabelecimento na nossa Constituição de um regime de fiscalização da constitucionalidade, que inclui as normas convencionais (arts. 277.º, 278.º, 279.º e 280.º, n.º 2) e não exclui as normas de Direito internacional geral, reforça-o. Nem tal vem a ser afectado pela parcial derrogação constante do art. 277.º, n.º 2 — que *a contrario* confirma o princípio —, ou pelo aparente afastamento da constitucionalidade pelo art. 279.º, n.º 2 — a compreender no âmbito do sistema da fiscalização preventiva e sem prejudicar a fiscalização sucessiva.

Duas ressalvas (e não pouco importantes) cabe, todavia, fazer:

- 1.ª — Os princípios gerais de Direito internacional por que Portugal se rege nas relações internacionais (art. 7.º, n.º 1, da Constituição) — princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, do direito dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade;
- 2.ª — Os princípios gerais de Direito internacional ínsitos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, com os quais têm de ser interpretados e integrados os preceitos constitucionais e legais respeitantes aos direitos fundamentais (art. 16.º, n.º 2).

Quanto aos princípios do art. 7.º, n.º 1, eles vinculam o Estado português não apenas positiva e bilateral ou multilateralmente como ainda negativamente e em relação a si próprio. Vinculam o Estado português no sentido de que os seus órgãos não podem, por actos ou omissões, por exemplo, pôr em causa a sua independência ou a sua igualdade frente aos demais Estados; assim como seria materialmente inconstitucional um tratado pelo qual Por-

tugal aceitasse restrições da sua soberania em favor de outro Estado ou se propusesse fazer guerra a terceiros (noutro plano, mais controverso, situam-se as metas e as directrizes de política externa dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º).

Quanto aos princípios da Declaração Universal, eles são objecto de uma recepção formal: a Declaração Universal vale como parte da Constituição material e formal portuguesa. E poderia dizer-se, à face do art. 16.º, n.º 2, que eles têm mesmo, no confronto dos preceitos da Constituição instrumental, um valor supraconstitucional e não apenas constitucional; aliás, integram os limites materiais de revisão do art. 290.º, alínea d).

Problema diverso é o da relação entre normas internacionais e lei. A orientação largamente maioritária na doutrina portuguesa tem sido, desde há muito, a favor da supremacia das primeiras, mas não podem esquecer-se as discordâncias significativas de Afonso Queiró após 1971 e de André Gonçalves Pereira, Gomes Canotilho e Vital Moreira após 1976.

As razões por que, sem embargo de argumentos não pouco consideráveis em sentido contrário, as normas internacionais vinculativas de Portugal devem, quanto a nós, prevalecer sobre as normas legais são:

- 1.º — O princípio geral de Direito segundo o qual alguém que se vincule perante outrem (no caso, por meio de tratado) não pode depois, por acto unilateral (no caso, por meio de lei), eximir-se ao cumprimento daquilo a que se tenha obrigado;
- 2.º — A conveniência ou interesse fundamental de harmonização da ordem interna e da ordem internacional que só dessa forma se consegue;
- 3.º — A lógica da recepção automática, que ficaria frustrada se o Estado, em vez de denunciar certa convenção internacional, viesse por lei dispor em contrário;
- 4.º — A prescrição do art. 8.º, n.º 2, de que os tratados vigoram na ordem interna «enquanto vincularem *internacionalmente* o Estado português»;
- 5.º — Embora só complementarmente, a colocação no art. 122.º, n.º 1, das convenções internacionais, imediatamente depois das leis constitucionais, e antes dos actos legislativos.

Consequência desta posição tem de ser que a emissão de norma interna contrária a norma internacional não constitui apenas o Estado em responsabilidade internacional, implica também a não obrigatoriedade da norma interna, por invalidade (ou, porventura, ineficácia).

Mas como qualificar essa contradição? É inconstitucionalidade? Inconstitucionalidade material? Orgânica? Formal? Ou, diferentemente, uma ilegalidade *latissimo sensu* ou *sui generis*? Eis uma questão nada despicienda no concernente ao regime de arguição do vício, com intervenção ou não de tribunais e, especialmente, hoje, do Tribunal Constitucional (como se tem visto recentemente com a controvérsia a propósito da discrepância entre o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho, e a Lei Uniforme aprovada pela Convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930, e com as divergências de entendimento da 1.ª e da 2.ª secções do Tribunal Constitucional).

A posição que hoje adoptamos é de que não se trata de inconstitucionalidade. Não é o art. 8.º, n.º 2, que rege a situação ou relação jurídica; ele apenas encerra o princípio abstracto da adstrição das normas legais às normas convencionais; só pode haver, portanto, uma inconstitucionalidade indirecta ou interposta, a qual — de acordo com a tese geral a que aderimos — não é em si relevante. Nem sequer se verifica inconstitucionalidade, quando estejam em causa convenções sobre direitos do homem — pois o art. 16.º, n.º 1 (cláusula aberta ou da não tipicidade constitucional dos direitos fundamentais), não converte (ao contrário do art. 16.º, n.º 2) as normas para que remete — convencionais e legais — em normas de valor constitucional.

Todavia, daqui não decorre uma total insindicabilidade. Se poderá sustentar-se que o Tribunal Constitucional apenas conhece da inconstitucionalidade (directa) e da ilegalidade atinente às autonomias regionais (arts. 278.º, 280.º, 281.º e 282.º), isso não impede que os restantes tribunais — ao abrigo e nos termos e limites da fiscalização difusa — possam conhecer de qualquer ilegalidade. E tem de ser assim, porque o Estado português é um Estado de Direito assente na limitação jurídica do poder (arts. 2.º e 3.º).

De resto, o problema que se põe em relação à colisão entre lei e tratado apresenta-se com analogia com outros problemas (contradição entre decreto-lei autorizado e lei de autorização, entre decreto-lei de desenvolvimento e lei de bases, entre decreto de declaração do estado de sítio e lei de regime de estado de sítio, etc.).

II

A VINCULAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO

3. A REGULAMENTAÇÃO DAS FORMAS DE VINCULAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO

Como se sabe, a regulamentação das formas de vinculação internacional do Estado apresenta-se mista: cabe tanto a normas de Direito internacional como a normas de Direito interno.

Em princípio, dada a posição jurídico-internacional dos tratados (pois são fontes de Direito internacional), deveriam ser normas internacionais a disciplinar o processo de conclusão de tratados, incluindo a definição dos órgãos com competência para nele intervir. No entanto, afora algumas poucas regras (como as que constam dos arts. 7.º a 15.º e 46.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e o residual *jus reappresentationis omnimoda* dos Chefes de Estado) é principalmente ao Direito interno que cabe tal tarefa (quer se entenda que se verifica aí uma devolução ou delegação, quer se entenda que ele a assume por direito próprio ou originariamente).

Conhecem-se igualmente as razões dessa repartição: 1.ª — a deficiente estruturação ou institucionalização (pelo menos, por enquanto) da comunidade internacional e do seu Direito; 2.ª — se os tratados em si têm por objecto relações jurídico-internacionais, o seu processo de conclusão releva igualmente do Direito interno, por ser uma das manifestações do exercício da função política do Estado; 3.ª — a liberdade de organização dos Estados para esse efeito, corolário da sua soberania, e traduzida numa grande variedade de soluções correspondentes aos respectivos regimes e sistemas de governo.

As normas de Direito sobre conclusão de tratados possuem natureza constitucional: por definição, é à Constituição (e, desde logo, à Constituição formal) que pertence ocupar-se dos actos da função política e dos poderes respeitantes à sua prática.

4. AS FASES DO PROCESSO DE CONCLUSÃO DE TRATADOS

Classicamente, distinguem-se três fases no processo de conclusão de tratados: 1.ª — negociação; 2.ª — assinatura; 3.ª — ratificação.

Presentemente, recortam-se: 1.º — negociação e assinatura; 2.º — aprovação; 3.º — ratificação. A mudança há-de ser compreendida à luz das transformações operadas quer na vida interna dos Estados quer na vida internacional.

Os diferentes sistemas político-constitucionais contemporâneos não se afastam muito quanto à negociação e à assinatura, pois, em regra, atribuem-nas ao órgão do chamado Poder Executivo — seja este o Governo ou Gabinete, o Presidente, o directório ou o órgão de substituição (de tipo *Praesidium*) da Assembleia soberana. Verifica-se aí coincidência ou aproximação de soluções, independentemente dos sistemas de governo, explicável pelas próprias necessidades da contratação internacional.

Já divergências muito mais acentuadas surgem no tocante à fase da aprovação, por intercederem com o cerne dos sistemas, com as grandes opções constitucionais relativas à distribuição e à articulação de competências políticas.

Em sistemas de governo com concentração de poder, predomina na aprovação o próprio órgão que negocia e assina. Pelo contrário, em sistemas de governo com desconcentração de poder, dá-se uma separação ou divisão (pelo menos, no respeitante aos tratados mais importantes) entre o órgão de negociação e assinatura e o órgão de aprovação, na base de um critério de fiscalização (de um *pouvoir d'empêcher*, na senda de MONTESQUIEU) deste sobre aquele.

Finalmente, quanto à ratificação, por toda a parte subsiste a regra de que ela compete ao Chefe do Estado (Rei ou Presidente da República) ou ao órgão seu sucedâneo, por decorrência do referido *jus raepresentationis omnimodae*.

5. A DISTINÇÃO ENTRE TRATADOS (SOLENES) E ACORDOS EM FORMA SIMPLIFICADA

No Direito internacional dos nossos dias regista-se uma grande variedade das formas e dos momentos de «expressão do consentimento a estar vinculado por um tratado» (como se lê nos arts. 12.º a 15.º da Convenção de Viena), consequência da multiplicação das relações convencionais, da diversidade de matérias delas objecto e da necessidade e adaptação dos modos e dos mecanismos de vinculação por parte dos Estados.

A distinção principal a fazer nos tratados, em razão desse fenómeno, é a distinção entre tratados solenes e acordos em forma simplificada— aqueles sujeitos e estes não a ratificação; aqueles exigindo a colaboração, em regime de desconcentração de poderes ou de Estado de Direito de tipo ocidental, dos órgãos do Poder Executivo, do Parlamento e do Chefe do Estado, e estes circunscrevendo-se à decisão do órgão do Poder Executivo.

A repartição das matérias objecto de uns e outros tratados faz-se:

- a) À face da Convenção de Viena, tendo em conta a disposição que cada tratado em concreto estabeleça (art. 14.º).
- b) À face dos princípios do Estado de Direito, tendo em conta a homologia com os actos de Direito interno e, assim, ficando para os tratados solenes matérias políticas e legislativas e para os acordos em forma simplificada matérias administrativas e técnicas.

A repartição liga-se pois, em larga medida, às posições políticas que os Estados venham a assumir, e ainda às suas próprias normas de Direito interno (podendo, inclusive, um tratado ser tratado solene para uma parte e acordo para outra).

A distinção no Direito português oferece a seguinte evolução:

- a) Antes da revisão constitucional de 1971 (a última da Constituição de 1933) ela não constava de norma explícita, embora parte da doutrina já a afirmasse com base nos arts. 81.º, n.º 7, 91.º, n.º 7, e 151.º, § 1.º;
- b) Depois dessa revisão, teve acolhimento formal na Constituição (arts. 4.º, § 1.º, e 109.º, n.º 2);
- c) Na Constituição de 1976, ficou consagrada também em diferentes preceitos (no texto actual, arts. 8.º, n.º 2, 164.º, alínea i), 200.º, n.º 1, alíneas b) e c), e n.º 2, 203.º, n.º 1, alínea d), 229.º, alínea p), 277.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, e 279.º, n.ºs 1 e 4).

A terminologia constitucional portuguesa (vinda de 1971 e confirmada pelos preceitos acabados de indicar) fixou-se deste modo:

- a) *Convenções* são quaisquer tratados (ou tratados abrangidos pela Convenção de Viena);
- b) *Tratados* são os tratados solenes, os tratados submetidos a ratificação;
- c) *Acordos internacionais* são os acordos em forma simplificada.

Quanto às matérias objecto de tratados e acordos verificam-se:

- a) Ausência na Constituição de regra *ex professo* sobre o assunto;
- b) No entanto, no mínimo, matérias abrangidas pelo art. 164.º, alínea i) (reserva de tratados da Assembleia da República), não podem ser objecto de acordos em forma simplificada;
- c) E ainda, por coerência com o Estado de Direito democrático (arts. 2.º e 9.º, alínea b), e preâmbulo), também, em princípio, devem constar de tratados (como se diz, por exemplo, no art. 59.º n.º 2, da Constituição de Bona) quaisquer outras matérias a que deva corresponder a nível interno acto legislativo ou acto de governo.

A relevância constitucional da distinção consiste em:

- a) Os tratados estão sujeitos a ratificação do Presidente da República (art. 138.º, alínea b)) e os mais importantes a aprovação do Parlamento (art. 164.º, alínea i)); os acordos apenas sujeitos a aprovação pelo Governo (art. 200.º, n.º 1, alínea c), 1.ª parte);
- b) A vinculação de Portugal a tratados depende, pois, sempre do Presidente da República e, nos assuntos de maior melindre (de harmonia com os critérios constitucionais), do Parlamento — os quais podem, respectivamente, recusar a ratificação ou a aprovação;
- c) Não há veto político do Presidente da República nem em relação aos tratados nem em relação aos acordos, mas por motivos diferentes: quanto aos tratados, sejam aprovados pela Assembleia ou sejam aprovados pelo Governo, porque o Presidente da República pode manifestar a sua discordância não dando a ratificação; quanto aos acordos, por força do art. 139.º, n.º 4 (que não prevê veto político do Presidente para decretos simples) e porque, se ele existisse, ficaria, em parte, posta em causa a distinção frente aos tratados solenes;
- d) Há fiscalização preventiva de constitucionalidade de uns e outros, mas com efeitos diversos. Em caso de pronúncia, pela inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, ainda pode vir a verificar-se ratificação do tratado, se a Assembleia da República o aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes (art. 279.º, n.º 4). Ao invés, o Presidente da República não pode assinar o decreto de aprovação de acordo (art. 279.º, n.ºs 1 e 2) e, portanto, Portugal não poderá tornar-se nele parte.

A adesão (art. 15.º da Convenção de Viena) ou vinculação superveniente a um tratado aberto, diversa da assinatura diferida, estende-se o regime da vinculação originária: a adesão a um tratado sobre matérias que requeiram aprovação parlamentar implica também aprovação do Parlamento e intervenção homóloga do Presidente da República.

6. A NEGOCIAÇÃO E A ASSINATURA NO DIREITO PORTUGUÊS

Pode estabelecer-se uma contraposição entre as cinco Constituições portuguesas anteriores e a actual (embora mais aparente que profunda) no concernente à negociação e à assinatura de tratados internacionais:

- a) Nas Constituições anteriores, a negociação e a assinatura eram da competência do Rei (art. 123.º — VIII e XIV da Constituição de 1822; art. 75.º, §§ 7.º e 8.º, da Carta Constitucional; art. 82.º — XIV e XV da Constituição de 1838) ou do Presidente da República (art. 47.º, § 7.º da Constituição de 1911 e art. 81.º, n.º 7, da Constituição de 1933); só o art. 10.º do Acto Adicional de 1852 falava em «tratados celebrados pelo Governo»;
- b) Na Constituição actual, elas competem ao Governo (art. 200.º, n.º 1, alínea b).

A razão por que a contraposição é menos significativa do que parece está em que, em todas as Constituições anteriores à de 1976, o Chefe do Estado (Rei ou Presidente da República) exercia as suas faculdades compreendidas no Poder Executivo através dos Secretários de Estado ou Ministros (como diziam expressamente o art. 75.º da Carta, o art. 80.º da Constituição de 1838 e o art. 48.º da Constituição de 1911) e em que, de qualquer sorte, os seus actos estão todos sujeitos a referenda ministerial.

E a razão por que na Constituição de 1976 se perfila com mais nitidez e rigor a atribuição (e atribuição exclusiva) ao Governo dos poderes de negociação internacional do Estado é também evidente: resulta da clara autonomização deste órgão, em face do Presidente da República (muito mais do que na Constituição de 1933), em correspondência com o sistema de governo semipresidencial adoptado.

O Presidente da República não negocia quaisquer tratados, por si ou conjuntamente com o Governo. Contudo, na lógica do próprio sistema semipresidencial e porque o Presidente representa a República e é ainda chamado a intervir aquando da ratificação, o Governo deve mantê-lo informado sobre negociação de tratados internacionais (no âmbito do art. 204.º, n.º 1, alínea *c*), que é mera explicitação desse princípio). E nada parece excluir que, perante a informação recebida, o Presidente aconselhe o Governo acerca de quaisquer negociações em concreto, à luz dos valores constitucionais da independência nacional, da unidade do Estado e do regular funcionamento de instituições democráticas, que lhe cumpre assegurar (art. 123.º).

Um elemento novo trazido pela actual Constituição, em virtude da transformação do Estado português em Estado unitário regional, é a participação das regiões autónomas nas negociações dos tratados e acordos internacionais que directamente lhes digam respeito, bem como nos benefícios deles decorrentes (art. 229.º, n.º 1, alínea *l*), no texto inicial; art. 229.º, alínea *p*), no texto após a revisão de 1982).

Esta locução — «tratados e acordos que directamente lhes digam respeito» — comporta um sentido idêntico ao de «questões... respeitantes às regiões autónomas» do art. 231.º, n.º 2. São (parafrazeando o parecer n.º 20/77, de 18 de Agosto de 1977, da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, II, pág. 166) tratados que «respeitem a interesses predominantemente regionais ou que, pelo menos, mereçam, no plano nacional, um tratamento específico no que toca à sua incidência nas regiões, em função das particularidades destas e tendo em vista a relevância de que se revestem para esses territórios».

Uma tentativa de concretização consta do art. 61.º do Estatuto dos Açores (Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto) que, exemplificativamente, alude à utilização do território regional por entidades estrangeiras, em especial para bases militares; protocolos celebrados com a OTAN e outras organizações internacionais, em especial sobre instalações de natureza militar ou paramilitar; adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia; Direito do mar; utilização da Zona Económica Exclusiva; plataforma continental; poluição do mar, conservação e exploração de espécies vivas; navegação aérea; exploração do espaço aéreo controlado.

O órgão regional que intervém nas negociações é, naturalmente, o Governo regional (art. 33.º alínea *j*), do Estatuto Provisório da Madeira, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 318-D/76, de 30 de Abril, e art. 44.º, alínea *p*),

do Estatuto dos Açores). E a participação opera-se através da representação efectiva na delegação do Estado português que negociar o tratado ou acordo, bem como nas respectivas comissões de execução ou fiscalização (art. 62.º do Estatuto dos Açores).

7. A APROVAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

Os órgãos com competência de aprovação de tratados ao longo das Constituições portuguesas têm sido:

- a) O Parlamento (em todas as Constituições, mas com variações);
- b) O Rei (nas Constituições monárquicas);
- c) O Governo (nas Constituições de 1933 e 1976);
- d) O Conselho da Revolução (na Constituição de 1976, até 1982, quanto a tratados e acordos respeitantes a assuntos militares).

Olhando em especial para o papel específico do Parlamento, podem distinguir-se três sistemas de aprovação de tratados nas seis Constituições:

- a) Aprovação pelo Parlamento só de tratados mais importantes ou mais frequentes — Constituições de 1822 (art. 103.º — VI), de 1838 (art. 37.º — IX), de 1933, após 1971 (arts. 2.º e 91.º, n.º 7, e de 1976 (art. 164.º, alínea j), no texto inicial, e alínea i), hoje);
- b) Aprovação pelo Parlamento de todos os tratados — Carta Constitucional após o Acto Adicional de 1852 (art. 10.º), Constituição de 1911 (art. 26.º, n.º 15) e Constituição de 1933 antes de 1971 (art. 91.º n.º 7, embora, a partir da revisão constitucional de 1935, o Governo pudesse aprovar tratados em casos de urgência);
- c) Aprovação pelo Parlamento de uma única categoria de tratados — a Carta Constitucional antes de 1852 (art. 75.º, § 8, que, impondo ao Rei levar os tratados ao conhecimento das Cortes, somente exigia a aprovação destas quanto a tratados celebrados em tempo de paz que envolvessem cessão ou troca de território).

O regime actual de aprovação compreende, por conseguinte:

- a) Aprovação dos tratados de certos tipos — reservada à Assembleia da República;
- b) Aprovação dos restantes tratados — pelo Governo, salvo se este os submeter à Assembleia da República;
- c) Aprovação dos acordos em forma simplificada—reservada ao Governo.

Tratados com aprovação reservada à Assembleia da República (art. 164.º, alínea i)):

- a) Tratados que versem matéria da sua competência legislativa reservada, seja de reserva absoluta (art. 164.º, alíneas c), h) e l), e art. 167.º), seja de reserva relativa (art. 168.º) — e, porque, naturalmente, não pode haver nada de comparável a autorizações legislativas no domínio dos tratados, isto significa que matérias apenas incluídas na reserva de competência legislativa correspondem a reserva absoluta de competência internacional da Assembleia;
- b) Tratados de participação de Portugal em organizações internacionais (tratados de adesão a organizações já existentes e tratados constitutivos de organizações), tratados de amizade, de paz, de defesa, de rectificação de fronteiras e respeitantes a assuntos militares — em suma, os tratados de conteúdo ou de maior incidência política.

Ao próprio Parlamento cabe a qualificação de tratados dentro destas categorias.

Quanto aos restantes tratados:

- a) Em princípio, aprovação pelo Governo;
- b) Se forem submetidos pelo Governo à Assembleia, preclusão da competência do Governo (bem entendido, preclusão quanto aos tratados em concreto de que se trate);
- c) Duas hipóteses ainda aqui: tratados que o Governo desde logo submeta à aprovação da Assembleia (art. 164.º, alínea i), *in fine*) e tratados aprovados pelo Governo, mas com normas inconstitucionais como tal considerados pelo Tribunal Constitucional (art. 279.º, n.º 4).

Logicamente, este regime de competência vale também para as reservas (art. 19.º e segs. da Convenção de Viena). As reservas formuladas em trata-

dos sujeitos a aprovação parlamentar têm, necessariamente, de ser aprovadas pelo Parlamento, e este pode ainda formular reservas aquando da aprovação (como sucedeu com a aprovação em 1978 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

No processo parlamentar de aprovação de Estados sucedem-se três fases, homólogas (conquanto bastante diferentes) das do processo legislativo (arts. 200.º e segs. do Regimento da Assembleia da República, na versão de 6 de Março de 1985:

- a) Iniciativa — reservada, pela natureza das coisas, ao Governo (art. 200.º, n.º 1 do Regimento);
- b) Exame ou consulta — pela Comissão dos Negócios Estrangeiros e Emigração e, se for caso disso, por outra ou outras comissões (art. 200.º, n.º 2) ou pelos órgãos das regiões autónomas (art. 200.º, n.º 3); exame em princípio no prazo de trinta dias e que, excepcionalmente, pode ser em reunião secreta (art. 201.º);
- c) Discussão e votação — discussão no Plenário, na generalidade e na especialidade, e só votação global (art. 202.º).

No que se reporta ao processo governamental de aprovação de tratados e acordos, saliente-se a necessidade constitucional de aprovação em Conselho de Ministros (art. 203.º, n.º 1, alínea *d*), 2.ª parte), a qual traduz uma ideia de corresponsabilização de todo o Governo e, de certo jeito, de fiscalização intra-orgânica, e não já interorgânica (como nos tratados levados ao Parlamento). A prática, porém, tem sido de, em variadas circunstâncias, haver acordos por troca de notas e outras convenções não submetidas a aprovação em Conselho de Ministros, com os problemas que isso suscita.

De resto, a exigência de aprovação de acordos em forma simplificada inculca que para Portugal eles apenas se tornam vinculativos com tal aprovação (que a assinatura é feita sob reserva de aprovação ou que os efeitos da aprovação retroagem ao momento da assinatura).

Finalmente, os actos de aprovação de convenções internacionais revestem as seguintes formas:

- a) Quanto a tratados aprovados pela Assembleia da República — a resolução (art. 169.º, n.º 4, da Constituição), a qual é publicada independentemente de promulgação pelo Presidente da República (art. 169.º, n.º 5);

- b) Quanto a tratados aprovados pelo Governo e a acordos — o decreto, o decreto simples (art. 200.º, n.º 2) assinado, não promulgado pelo Presidente da República (art. 137.º alínea c).

A revisão constitucional de 1982 ultrapassou, portanto, a querela (provocada por um lapso tipográfico) sobre a forma de aprovação dos tratados pelo Parlamento (se por resolução, como deveria ter-se por intuitivo e mais correcto; se por lei). Por outra banda, dispensou de promulgação a resolução da Assembleia da República (que não se justificava, por o Presidente da República ter sempre de intervir, mais adiante, aquando da ratificação).

8. A RATIFICAÇÃO

A ratificação apresenta-se, com base, simultaneamente, em costume internacional e em costume constitucional português, como possuindo uma dupla natureza:

- a) Declaração solene pela qual o Estado se considera vinculado juridicamente por um tratado;
- b) Acto político do Presidente da República, expressão de uma competência não puramente formal ou simbólica, mas sim de uma competência autónoma ao lado de outras (art. 138.º da Constituição), e ligada ao poder geral de representação do Estado que lhe cabe (art. 123.º).

Em nome de interesses ou valores que deve garantir — a independência nacional, a unidade do Estado, o regular funcionamento das instituições democráticas (de novo, art. 123.º) — o Presidente pode (ou deve) recusar a ratificação. Já algo duvidosa poderá, eventualmente, supor-se a recusa com fundamento em simples divergência de orientação da política externa do Governo e da maioria parlamentar.

Os avisos de ratificação são publicados no *Diário da República* (art. 122.º, n.º 1, alínea b), 2.ª parte, após 1982), em consonância com a recepção automática das normas convencionais — as quais entram em vigor na ordem interna com a vinculação a elas do Estado na ordem internacional e, por isso, têm de ser conhecidas dos cidadãos.

III

A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS

9. PROBLEMATICA GERAL DA FISCALIZAÇÃO

O problema da fiscalização da constitucionalidade de tratados internacionais tem directas implicações no âmbito das relações entre Direito interno e Direito internacional.

O art. 280.º, n.º 3, do texto inicial da Constituição de 1976 foi, a justo título, objecto de severas críticas. Mas o art. 277.º, n.º 2, novo, não deixa, por seu turno, de suscitar algumas reticências.

A interpretação mais adequada ou razoável do art. 277.º, n.º 2, parece ser esta:

- a) Ele não põe em causa (antes pelo contrário) o princípio da constitucionalidade dos tratados;
- b) Por se referir a ratificação, só vale para os tratados, e não também para os acordos em forma simplificada;
- c) Não afecta a fiscalização preventiva, só afecta a fiscalização sucessiva;
- d) A disposição fundamental a que se reporta (cfr. art. 46.º da Convenção de Viena) é uma norma de competência (v. g., art. 164.º, alínea *i*) da Constituição) ou de forma (v. g., art. 119.º, n.ºs 2 e 3), não de fundo;
- e) Sentido útil do preceito é impor a aplicação na ordem interna portuguesa, sem possibilidade de arguição, de tratados ratificados pelo Presidente da República com vícios orgânicos ou formais não fundamentais (tratados meramente irregulares), desde que as suas normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte.

No nosso ordenamento constitucional estão as convenções internacionais sujeitas tanto a fiscalização preventiva como a fiscalização sucessiva de constitucionalidade. Algumas dificuldades derivarão de uma eventual não aplicação de tratado por inconstitucionalidade, em fiscalização sucessiva, frente ao Direito internacional; donde, as sugestões *de jure condendo* de criação de um sistema especial de controlo, assente na apreciação preventiva obrigatória de todos os tratados; mas também tal arrastaria dificuldades (pelo menos, na ocorrência de revisão constitucional).

10. A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA

A fiscalização preventiva verifica-se por referência a actos ou momentos diversos, conforme sejam tratados ou acordos em forma simplificada (em conexão com os diferentes momentos de conclusão dos respectivos processos). Dá-se ali com a ratificação, e aqui com a aprovação.

Tal como relativamente às leis, a fiscalização não é necessária ou automática, depende de iniciativa do Presidente da República no prazo de cinco dias a contar da recepção do diploma (art. 278.º, n.ºs 1 e 3).

Diferentes são também os efeitos da pronúncia no sentido da não inconstitucionalidade:

- a) Tratando-se de tratado, o Presidente da República não fica obrigado a ratificar (pois a ratificação, insiste-se, é livre);
- b) Tratando-se de acordo, o Presidente é obrigado a assinar o decreto de aprovação (pois não tem veto político relativamente a decretos simples, a decretos não submetidos a promulgação).

Quanto à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, os efeitos são:

- a) Efeitos imediatos comuns: impossibilidade de ratificação do tratado ou de assinatura do decreto de aprovação do acordo e sua devolução à Assembleia ou ao Governo (art. 279.º, n.º 1);
- b) Ao contrário do que sucede com as leis, impossibilidade de expurgação da norma inconstitucional (visto que cada convenção internacional é um todo e, uma vez assinada, tem de ser toda ratificada ou aprovada);
- c) Única ressalva: admitindo o tratado reservas, únicas alterações possíveis (para efeito de expurgação de norma inconstitucional) são as que se referem a reservas (formulação de reservas ou modificação de reservas preexistentes), como prevê o novo Regimento da Assembleia da República (art. 206.º);
- d) Necessidade de distinção entre tratados e acordos em forma simplificada, aqueles podendo ainda ser aprovados (sem modificações) pela Assembleia da República por maioria de dois terços dos Deputados presentes (art. 279.º, n.º 4) e estes ficando definitivamente a não vincular o Estado português (art. 279.º, n.º 2);
- e) Distinção ainda entre tratados aprovados pela Assembleia da Repú-

blica — os quais podem ser confirmados por ela, por iniciativa do seu Presidente ou de um décimo dos Deputados (art. 205.º, n.º 3, do Regimento) — e os tratados aprovados pelo Governo — os quais só podem ser a ela submetidos, para efeito de aprovação, por iniciativa do próprio Governo, nos termos gerais;

- f) Em qualquer caso, mesmo que a Assembleia aprove pela maioria qualificada prevista, tal aprovação apenas abre a possibilidade, não a necessidade de ratificação pelo Presidente da República — pois que a ratificação continua a ser acto livre e há analogia ou identidade com o que se passa com o veto por inconstitucionalidade relativo às leis, diferente do veto político (arts. 279.º, n.º 2, e 139.º).

Sublinhe-se não existir incompatibilidade entre a eventual ratificação de tratado com norma considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional e o princípio da constitucionalidade. Se isso se verificar, será fenómeno similar ao que se dá com a eventual promulgação de lei nas mesmas condições; e, num caso ou noutro, de todo o modo não ficará precludida a fiscalização sucessiva.

11. A FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA

Salvo o disposto no art. 277.º, n.º 2, à fiscalização sucessiva de tratados — abstracta ou concreta — aplicam-se as regras constitucionais e legais da fiscalização (arts. 281.º e 280.º da Constituição e Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro).

Entretanto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 282.º), logicamente, só podem produzir-se no interior da ordem jurídica portuguesa e, porventura, com adaptações.

Jorge Miranda

Professor catedrático da Universidade de Lisboa
e da Universidade Católica Portuguesa

BIBLIOGRAFIA

Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa (Condições, Termos e Limites)*, Lisboa, 1967.

André Gonçalves Pereira, *Curso de Direito Internacional Público*, 2.^a Ed., Lisboa 1970, págs. 63 e segs., e *O Direito Internacional e a Constituição*, in *Estudos Sobre a Constituição*, obra colectiva I, Lisboa, 1977, págs. 37 e segs.

Afonso Queiró, *Relações Entre o Direito Internacional e o Direito Interno Ante a Última Revisão Constitucional Portuguesa*, Coimbra, 1972.

Nuno Bessa Lopes, *A Constituição e o Direito Internacional*, Vila do Conde, 1979.

João Mota de Campos, *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário*, Braga, 1981; e *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à luz da Revisão Constitucional de 1982*, Lisboa, 1985.

Albino de Azeredo Soares, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra, 1981, págs. 51 e segs.

Rui de Moura Ramos, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Sua Posição Face ao Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra, 1982.

J. Simões Patrício, *Conflito da Lei Interna com Fontes Internacionais: O Art. 4.º do Decreto-Lei n.º 262/83*, Lisboa, 1984.

António Vitorino, *A Adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Lisboa, 1984.

Entre vários, Acórdãos n.ºs 62/84 e 101/84, do Tribunal Constitucional, in *Diário da República*, 2.^a Série, n.º 300, de 29/12/84, e n.º 41, de 18/2/1985, respectivamente.