

AS GRANDES DECISÕES
DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS*

*LES GRANDES DECISIONS
DES COURS CONSTITUTIONNELLES EUROPEENNES*

PORTUGAL

Jorge Miranda
José de Melo Alexandrino

* O presente texto, que reúne extractos e comentários doutrinários a alguns dos mais importantes acórdãos do Tribunal Constitucional português, corresponde integralmente à versão portuguesa do estudo preparado pelos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino, para a obra colectiva (em curso de edição) “*Les Grandes Décisions des Cours Constitutionnelles Européennes*”, organizada e coordenada pelos Professores franceses Didier Maus e Pierre Bon.

I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO E DA CONSTITUIÇÃO

1.1. Rendimento social de inserção Acórdão n.º 509/2002, de 19 de Dezembro (AcTC, vol. 54, p. 19-53)

Palavras-chave: rendimento mínimo; direito ao mínimo de existência condigna; Estado de direito democrático; dignidade da pessoa humana; margem de autonomia do legislador; princípio democrático; proibição do retrocesso.

[Em processo de fiscalização preventiva, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade de um decreto da Assembleia da República que revogava o rendimento mínimo garantido (criado por um Governo socialista em 1996), substituído por um “rendimento social de inserção”. O novo regime reconhecia a titularidade do rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos, ao passo que o regime anterior reconhecia o direito à prestação do rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos.

Na sequência da pronúncia do Tribunal Constitucional, o decreto do Parlamento foi reformulado, vindo então a ser publicada a Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio – posteriormente alterada pela Lei n.º 45/2005, de 29 de Agosto.]

Pronúncia do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

9 – Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implica que se distingam as situações.

Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão n.º 474/02 [...]), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão n.º 39/84.

Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade

das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão n.º 101/92 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21.º vol., págs. 389-390), parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos.

. . . . Por outro lado, o diploma em que se insere a norma questionada não procede a uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, mas apenas a uma reformulação do seu âmbito de aplicação. É bem verdade que um certo grupo de cidadãos foi dele excluído para o futuro; todavia, nessa perspectiva, só se poderia falar, em bom rigor, em violação da proibição do retrocesso social pressupondo-se, desde logo, que uma tal exclusão colidiria com o conteúdo mínimo desse direito.

. . . .

13 – Este Tribunal, na esteira da Comissão Constitucional (cfr. Acórdão n.º 479, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 327, Junho de 1983, pág. 424 e segs.), tem vindo a reconhecer, embora de forma indirecta, a garantia do direito a uma *sobrevivência minimamente condigna* ou a um *mínimo de sobrevivência*, seja a propósito da actualização das pensões por acidentes de trabalho (Acórdão n.º 232/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 341), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (designadamente, do *rendimento mínimo garantido* – Acórdão n.º 62/02, *Diário da República*, II Série, de 11 de Março de 2002), na parte em que estas não excedam um *rendimento mínimo de subsistência* ou o *mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna* (cfr. Acórdão n.º 349/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 515; Acórdão n.º 411/93, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 25.º vol., pág. 615; Acórdão n.º 318/99, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., pág. 639; e Acórdão n.º 177/02, *Diário da República*, I Série-A, de 2 de Julho de 2002).

. . . .

[Citando o Acórdão n.º 62/02] Importa, porém, distinguir entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, como aconteceu nos referidos arestos, e um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações, como resulta da doutrina e da jurisprudência alemãs. É que esta última considera que «do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência», sendo de incluir na garantia do mínimo de existência «as prestações sociais suficientes», nos termos da legislação sobre auxílio social [...].

. . . .

Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda a florado no artigo 63.º, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna.

Todavia, o legislador [...] goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1.º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições.

....

15 – Consequentemente, importa concluir que a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana [...], princípio esse consagrado pelo artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de Direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda a florado no artigo 63.º, n.ºs 1 e 3, da mesma CRP.

COMENTÁRIO

Constituindo um verdadeiro *acto de síntese de política constitucional* (para utilizar a expressão de Bruce Ackerman), a presente decisão, cuja relevância é múltipla (quer em matéria de princípios fundamentais, quer de direitos fundamentais, quer de justiça constitucional), tem, por um lado, um lastro histórico a precedê-la e deu lugar, por outro, a uma larga e variada reflexão doutrinária¹.

A despeito desse carácter transversal, o comentário estará cingido à identificação dos princípios fundamentais da Constituição, ao percurso jurisprudencial do direito fundamental ao mínimo de existência condigna e à caracterização constitucional do princípio da igualdade; em momento posterior, dar-se-á nota do tratamento concedido ao problema da proibição do retrocesso.

¹ Jorge Miranda, «Portugal», in *AJJC*, XVIII, 2002, p. 761 ss.; José Carlos Vieira de Andrade, «O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional», in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 1 (2004), p. 4-29; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional – tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 112 ss.; José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 372 ss., 567 ss., 626 ss., com amplas indicações.

O princípio que, antes de qualquer outro, parece resumir, segundo o Tribunal Constitucional, a Constituição da República Portuguesa (abreviadamente, CRP) é o princípio do Estado de direito democrático². Como se lê neste acórdão (tal como em todos aqueles que se debruçaram sobre o tema do mínimo de existência condigna), o princípio da dignidade da pessoa humana *decorre* da ideia de Estado de direito democrático³. Deste modo, ao incorporar a dignidade da pessoa humana (Acórdão n.º 105/90), o Estado de Direito democrático envolve necessariamente um leque muito alargado de realidades, designadamente os direitos fundamentais e todos os princípios e regras constituintes desse subsistema.

Um segundo aspecto a ressaltar neste acórdão do *rendimento social de inserção* reside no facto de nele serem expressamente identificadas as duas esferas basilares da Constituição: a dignidade da pessoa humana e a vontade popular. E a natureza da interacção entre essas duas forças fica bem demonstrada, no caso concreto: se o princípio democrático supõe a revisibilidade das opções políticas fundamentais (dando significado ao pluralismo e à alternância democrática), o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a satisfação de um mínimo necessário para que cada pessoa tenha uma existência condigna; se do princípio do respeito pela dignidade humana decorre, para o Tribunal, o pleno reconhecimento de um *direito fundamental* (implícito na estrutura e no texto da Constituição) ao mínimo de existência condigna (na sua vertente negativa e, depois deste acórdão, numa vertente prestacional), constitui exigência da vontade popular a recusa da afirmação de um princípio autónomo da proibição do retrocesso social, que pudesse funcionar automaticamente (sem proceder a diferenciações básicas). Em síntese, se o respeito pela dignidade humana impõe a *fixação* de um novo parâmetro material, o respeito pela democracia impõe a *flexibilidade* (quanto às opções, quanto ao tipo de concretização e quanto à própria margem para retroceder).

Seguindo uma técnica de pequenos passos (de que dá nota a própria decisão) e sob a influência de certas raízes históricas, o Tribunal Constitucional português veio, em sucessivas fases⁴, a dar corpo a um verdadeiramente *novo* direito fundamental: o “direito ao mínimo de existência condigna”.

Tendo sofrido alguns reparos críticos na doutrina, esta linha jurisprudencial teve a sua projecção máxima nesse ano de 2002 (com os Acórdãos n.ºs 62/2002, 177/2002 e 509/2002). A partir daí, mesmo no domínio onde a mesma se tinha apresentado mais florescente (o da impenhorabilidade de salários e de prestações sociais), ela começou a declinar.

² Sobre esta matéria e em atento diálogo com a jurisprudência constitucional, Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

³ Em modo crítico, Jorge Miranda, «O Tribunal Constitucional em 1999», in *O Direito*, ano 132.º, I-II (2000), p. 262; sobre esta fenomenologia, J. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, cit., vol. II, p. 567 ss.

⁴ Sobre este processo, J. C. Vieira de Andrade, «O “direito ao mínimo de existência condigna”...», cit., p. 4 ss.

Esse declínio já se pressentia nos votos dissidentes neste Acórdão n.º 509/2002 e no precedente Acórdão n.º 177/2002, tendo vindo mais tarde a agudizar-se com a desvinculação da 2.ª Secção (no Acórdão n.º 657/2006) face ao rumo que parecia estar traçado nos Acórdãos n.ºs 177/2002 (do Plenário) e 96/2004 (da 1.ª Secção); chamado a pronunciar-se sobre o conflito de jurisprudência entre as duas Secções, o Plenário do Tribunal (no Acórdão n.º 107/2007, com 11 juízes a favor e dois vencidos) resolveu evitar o problema⁵, alegando a falta de identidade das normas; mas, pelo facto de serem vencidos nesta decisão os dois juízes dissidentes no Acórdão n.º 657/2006, é relativamente fácil de entender o sentido da inflexão jurisprudencial⁶.

Uma ulterior comprovação revela-se em três acórdãos recentes, onde se discutiu a constitucionalidade da norma do artigo 15.º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar, na parte em que permite a perda do direito à pensão de aposentação pelo período de três anos. Em duas decisões unânimes, uma da 3.ª secção (Acórdão n.º 442/2006) e outra da 1.ª Secção (Acórdão n.º 518/2006), e numa decisão por maioria, da 2.ª Secção (Acórdão n.º 28/2007), o Tribunal Constitucional concluiu pela não desconformidade constitucional da referida norma, entendendo não estar aí violado o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Em contextos distintos (como no Acórdão n.º 306/2005, relativo a alimentos devidos a filhos menores), no entanto, a doutrina do direito ao mínimo de existência continua a ser um elemento marcante na jurisprudência constitucional portuguesa.

Expressamente reconhecido como princípio estruturante da Constituição (Acórdãos n.ºs 76/85, 186/90, 331/91, 436/2000, 403/2004, 528/2006), o princípio da igualdade chegou mesmo a ser qualificado pelo Tribunal como *valor supremo* do ordenamento (Acórdão n.º 400/91) e como *referência primordial* de todo o sistema constitucional (Acórdão n.º 196/94), ainda que o significado dessas expressões seja essencialmente enfático.

Conceito relativo, relacional e histórico, que tem de ser construído atendendo aos valores constitucionais no seu conjunto (Acórdão n.º 231/94), o princípio da igualdade apresenta uma marcada multifuncionalidade: é um valor constitucional e um critério de interpretação, tanto mais pela relação particular que assume com o princípio do Estado de Direito (Acórdão n.º 480/89) e com a norma da dignidade da pessoa humana, de cuja síntese acaba por ser corolário (Acórdão n.º 39/88); tem ainda um relação muito forte com os princípios do Estado social (Acórdão n.º 289/92) e da solidariedade (declarações de voto no Acórdão n.º 148/94); a pauta da igualdade desdobra-se, por sua vez, em sucessivos direitos especiais de igualdade (Acórdão n.º 529/94), constituindo, por fim, um inevitável critério de controlo (Acórdãos n.ºs 423/87, 1/97, 509/2002).

Três dos aspectos que sobressaem na jurisprudência constitucional, como temos reconhecido, são a prevalência do entendimento da igualdade como princípio negativo, a relativa contenção no julgamento dos critérios do legislador e a específica indagação de um

⁵ Talvez devido à iminente recomposição do Tribunal (que acabaria por acontecer em Abril de 2007, com a substituição de 6 juízes).

⁶ Antecipando de algum modo esta evolução, J. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, cit., vol. II, p. 628.

“fundamento material suficiente” em caso de diferença de tratamento. Relativamente a este último aspecto, tem sido, no entanto, criticada na doutrina a “insuficiente diferenciação das diferenciações de tratamento” e, do mesmo modo, a insuficiência do critério normalmente convocado da proibição do arbítrio.

1.2. Divórcio

Acórdão n.º 105/90, de 29 de Março

(*AcTC*, vol. 15, p. 357-370)

Palavras-chave: divórcio em caso de separação de facto; repúdio; princípio da dignidade da pessoa humana; princípios abertos da Constituição; contenção do controlo jurisdicional.

[Num processo de divórcio, a recorrente questionou a norma do artigo 1785.º, n.º 2, do Código Civil, entendendo que a mesma deveria ser interpretada restritivamente, em termos de, quando o divórcio for requerido pelo cônjuge que deu causa à separação, o divórcio não poder ser decretado sem o consentimento do cônjuge inocente. Isto porque repugnaria ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana o deixar decretar-se o divórcio, em casos de separação de facto, contra a vontade de quem não causou a separação. Tinha acrescentado ainda nas instâncias que a admissão de uma tal solução legal implicaria ter-se «restaurado no ordenamento jurídico português o *repúdio*, regredindo-se, assim, a épocas há séculos deixadas atrás pelo progresso humano».]

Julgamento da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional. . . .

8 – Não se nega, decerto, que a «dignidade da pessoa humana» seja um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa vigente e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efectivamente – na afirmação que desse valor se faz logo no artigo 1.º da Constituição – de uma mera proclamação retórica, de uma simples «fórmula declamatória», despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor – o valor eminente do homem enquanto “pessoa”, como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua «unidade existencial de sentido» – como um verdadeiro *princípio regulativo* primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de «validade» das respectivas normas». E, por isso, se dele não são dedutíveis «directamente», por via de regra, «soluções jurídicas concretas», sempre as soluções que naquelas (nas «normas» jurídicas) venham a ser vazadas hão-de conformar-se com um tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências [...]. Quer tudo isto dizer – em suma – que o princípio da «dignidade da pessoa humana» é

também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas.

Simplesmente, não pode também deixar de reconhecer-se que a ideia de «dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica –, não é algo de puramente apriorístico [...] e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural» [...].

É que se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno – e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (*maxime*, os relativos ao reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais) – há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a «criação» e a «dinamização» da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, «ler», traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios «abertos» da Constituição (tal como, justamente, o princípio da «dignidade da pessoa humana»). E daí que – indo agora ao ponto – no controlo jurisdicional da constitucionalidade das soluções jurídico-normativas a que o legislador tenha, desse modo, chegado (no controlo, afinal, do modo como o legislador preencheu o espaço que a Constituição lhe deixou, precisamente *a ele*, para preencher) haja de operar-se com uma particular cautela e contenção. Decerto, assim, que só onde ocorrer uma real e inequívoca incompatibilidade de tais soluções com o princípio regulativo constitucional que esteja em causa – real e inequívoca, não segundo o critério subjectivo do juiz, mas segundo um critério objectivo, como o será, por exemplo (e para usar aqui uma fórmula doutrinária expressiva), o de «todos os que pensam recta e justamente» –, só então, quando for indiscutível que o legislador, afinal, não «concretizou», e antes «subverteu», a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, será lícito aos tribunais (e ao Tribunal Constitucional em particular) concluir pela inconstitucionalidade das mesmas soluções.

E, se estas considerações são em geral pertinentes, mais o serão ainda quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que de um princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um «pluralismo» mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir.

Ora, crê-se que quanto vem de expor-se é já suficiente para dever arredar-se a pretendida inconstitucionalidade da norma do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, por violação do princípio constitucional da «dignidade da pessoa humana».

COMENTÁRIO

É nesta importante decisão que são fixados dois elementos fundamentais da caracterização jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana: o de que se trata de um princípio aberto, não-apriorístico, eminentemente cultural e historicamente concretizado; e o de que ele se encontra concretizado na Constituição como valor, ideia e princípio, mas que só em casos extremos, e segundo um critério de evidência, poderá funcionar como regra para a emissão de um juízo de inconstitucionalidade. Todavia, apesar dessa reconhecida marca de *leading case* e ainda que não tenha sido infirmado posteriormente, a judiciosa doutrina deste aresto tem permanecido de certo modo na sombra.

Na difícil tarefa de caracterização do princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional não se mostra particularmente vinculado à inspiração kantiana que subjaz à *fórmula do objecto* (assim, todavia, e entre outros, o Acórdão n.º 144/2004), adoptada pelo seu congénere alemão, parecendo privilegiar a conexão da dignidade da pessoa humana com a igualdade, com a democracia social e com a teleologia do bem-estar económico e social (Acórdão n.º 509/2002).

Essa articulação abrangente da dignidade está bem patente numa passagem famosa¹ do Acórdão n.º 39/88, onde se escreveu que o princípio da igualdade «é um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gonzo, o Estado de Direito democrático (cfr. artigos 1.º e 2.º da Constituição)».

Quanto às funções do princípio da dignidade da pessoa humana, ele assume na CRP uma *função matricial* (como no caso 1.1), uma *função restritiva* (caso 1.3), uma *função integradora* (caso 1.1) e diversas *funções instrumentais* (como, entre outros, nos Acórdãos n.ºs 25/84, 67/97, 192/2001 ou 155/2004)².

1.3. Lenocínio

Acórdão n.º 144/2004, de 10 de Março

(*Diário da República*, 2.ª série, n.º 42, de 19 de Abril de 2004, p. 6082-2873)

Palavras-chave: favorecimento à prostituição; Direito e Moral; actividades económicas; protecção da autonomia e da dignidade; igual dignidade da pessoa humana.

[Estava em apreciação, num recurso em fiscalização concreta, a constitucionalidade da incriminação do lenocínio, prevista no artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal.

¹ Franck Moderne, «La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les Constitutions portugaise et française», in *Perspectivas Constitucionais*, organização de Jorge Miranda, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 216, nota 57.

² José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 570 ss.

Em acórdão unânime da Secção, não foi censurada a incriminação em causa.]

Julgamento da 2.^a Secção do Tribunal Constitucional. . . .

6 – Não se terá, aqui, de responder à questão geral sobre se o Direito Penal pode, constitucionalmente, tutelar bens meramente morais, questão que não pode ser resolvida sem o esclarecimento prévio do que se entende por bens puramente morais e que não pode deixar de tomar em consideração que há valores e bens tidos como morais e que relevam, inequivocamente, no campo do Direito. [...]

Assim, tanto quem procure em valores morais a legitimação do Direito, como quem acentue a distinção entre Moral e Direito, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam das duas ordens normativas [...]. Mesmo as posições mais favoráveis à autonomia do Direito não negam que possam existir valores morais tutelados também pelo Direito, segundo a lógica deste e, por força dos seus critérios [...]. Porém, questão prévia a tal problemática e decisiva no presente caso, é a de saber se a norma do artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal apenas protege valores que nada tenham a ver com direitos e bens consagrados constitucionalmente, não susceptíveis de protecção pelo Direito, segundo a Constituição portuguesa.

Ora, a resposta a esta última questão é negativa, na medida em que subjacente à norma do artigo 170.º, n.º 1, está inevitavelmente uma perspectiva fundamentada na história, na cultura e nas análises sobre a sociedade segundo a qual as situações de prostituição relativamente às quais existe um aproveitamento económico por terceiros são situações cujo significado é o da exploração da pessoa prostituída [...]. Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais, mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1.º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. [...]

É claro que a esta perspectiva preside uma certa ideia cultural e histórica da pessoa e uma certa ideia do valor da sexualidade, bem como o reconhecimento do valor científico das análises empíricas que retratam o “mundo da prostituição” [...]. Mas tal horizonte de compreensão dos bens relevantes é sempre associado a ideias de autonomia e liberdade, valores da pessoa que estão directamente em causa nas condutas que favorecem, organizam ou meramente se aproveitam da prostituição.

. . . .

7 – Por outro lado, que uma certa “actividade profissional” que tenha por objecto a específica negação deste tipo de valores seja proibida (neste caso, incriminada) não ofende,

de modo algum, a Constituição. A liberdade de exercício de profissão ou de actividade económica tem obviamente, como limites e enquadramento, valores e direitos directamente associados à protecção da autonomia e da dignidade de outro ser humano (artigos 47.º, n.º 1, e 61.º, n.º 1, da Constituição). Por isso estão particularmente condicionadas, como objecto de trabalho ou de empresa, actividades que possam afectar a vida, a saúde e a integridade moral dos cidadãos [artigo 59.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*), ou n.º 2, alínea *c*), da Constituição]. Não está assim, de todo em causa a violação do artigo 47.º, n.º 1, da Constituição. Nem também tem relevância impeditiva desta conclusão a aceitação de perspectivas como a que aflora no pronunciamento do Tribunal de Justiça das Comunidades (Sentença de 20 de Novembro de 2001, Processo n.º 268/99), segundo a qual a prostituição pode ser encarada como actividade económica na qualidade de trabalho autónomo [...]. Com efeito, aí apenas se considerou que a permissão de actividade das pessoas que se prostituem nos Estados membros da Comunidade impede uma discriminação quanto à autorização de permanência num Estado da União Europeia, daí não decorrendo qualquer consequência para a licitude das actividades de favorecimento à prostituição.

COMENTÁRIO

O convincente¹ caso do *lenocínio* (relatado pela Conselheira Maria Fernanda Palma) começa por equacionar as relações entre Moral e Direito, reconhecendo claramente que existem bens e valores que participam das duas ordens normativas.

É, antes de mais, relativamente à dignidade da pessoa humana que o acórdão assume duas articulações fundamentais: por um lado, a dignidade é reconduzida ao esquema kantiano, segundo o qual a pessoa, por ser um fim em si mesma, não pode ser usada como instrumento ou meio (fórmula do objecto); por outro lado, a dignidade da pessoa é identicamente associada à igualdade, ou melhor, à “igual dignidade de todas as pessoas”, aqui entendida como fundamento do Estado português.

Ora, na economia da decisão, a dignidade da pessoa humana e os valores da pessoa que lhe estão associados (as ideias de autonomia e liberdade) vão desempenhar duas importantes funções argumentativas. A primeira é a de satisfazerem a condição de bem, valor, ou interesse constitucional atendível (*reserva constitucional de bem*) para efeitos da respectiva protecção penal. A segunda é a de lhes ser reconhecida a função de limite dos direitos, liberdades e garantias. No caso, de limite constitucional indirecto, a determinar pelo legislador, no momento na configuração do conteúdo da liberdade de profissão ou da liberdade de iniciativa económica, mesmo que por recurso à intermediação da norma penal.

Podendo ser considerada uma decisão por valores², é notório neste caso que o reconhecimento ou a (re)construção constitucional dos valores não tem na sua base um

¹ Jorge Miranda, «O Tribunal Constitucional em 2004», in *O Direito*, ano 137.º (2005), I, p. 199.

suporte puramente ontológico, mas antes considerações sociológicas e culturais, aliadas a uma leitura sistemática da Constituição.

Porém, se por aí não parece espreitar nenhum perigo de regresso a ultrapassadas concepções da doutrina dos valores, este tipo de pronúncia denota algum afastamento relativamente à regra de contenção enunciada no precedente Acórdão n.º 105/90, segundo a qual só haveria inconstitucionalidade quando estivesse em causa uma real e inequívoca incompatibilidade das soluções e só quando fosse indiscutível (segundo um critério objectivo) a subversão da matriz axiológica constitucional.

Não deixou, por isso, de ser notado na doutrina que pode haver perfeitamente constelações de casos em que o favorecimento da prostituição pode afinal achar protecção nesses mesmos valores da autonomia e da liberdade. Ainda assim, as eventuais situações de fronteira podem ser enquadradas através de uma devida interpretação conforme à Constituição da norma do Código Penal.

Ainda em relação a decisões por valores, há algumas notas dignas de realce na jurisprudência do Tribunal Constitucional. A primeira é a de que jamais o Tribunal Constitucional fez apelo a uma ordem constitucional de valores fechada e hierárquica; a segunda é a de que, contrariamente ao que parece verificar-se, por exemplo, na experiência alemã, a argumentação por valores acentua-se nos anos mais recentes e não na primeira fase; a terceira nota é para assinalar que o Tribunal Constitucional português não tem por hábito referir-se a um princípio ou valor, isoladamente considerado, preferindo quase sempre fazer apelo a conglomerados de princípios e disposições constitucionais (relevando assim, correctamente, texto e estrutura da Constituição), o que não obsta à invocação, como acontece neste acórdão, da paradigmática fórmula de síntese da “igual dignidade” da pessoa humana (ou da fórmula, ainda mais vasta, do Estado de direito democrático, como sucede no caso do rendimento social de inserção).

A doutrina do aresto foi, também por unanimidade, expressamente retomada nos Acórdãos n.ºs 196/2004, 303/2004 e 170/2006. Mais recentemente, no Acórdão n.º 396/2007, a Conselheira Maria João Antunes dissentiu da maioria, alegando que na norma do artigo 170.º, n.º 1, do Código Penal, na versão posterior a 1998, não é cumprido o critério segundo o qual o que justifica a inclusão de certas situações no Direito penal é a subordinação a uma lógica de estrita necessidade das restrições (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição), o que pressupõe a censurabilidade imanente das condutas.

² Já foi notado o paralelo entre este acórdão e certas decisões da *Cour Suprême* do Canadá, como o caso *R. c. Butler*, apreciado em 1992 (cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 259, nota 655).

II – DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. INFARMED

Acórdão n.º 254/99, de 4 de Maio

(AcTC, vol. 43, p. 365-392)

Palavras-chave: acesso a documentos administrativos; direitos de natureza análoga; interesses económicos; conflitos de direitos; limites *a posteriori*; autorização das restrições; restrições implícitas; ponderação de bens.

[Uma empresa farmacêutica (*Astra Portuguesa, Lda.*) requereu nos tribunais administrativos a intimação do *Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento* (INFARMED), para que lhe fosse dado acesso a um conjunto de documentos administrativos.

Tendo obtido provimento parcial do seu recurso junto do Supremo Tribunal Administrativo, a empresa interpôs então recurso de constitucionalidade, alegando que, com a interpretação que lhes foi dada, os artigos 17.º do Decreto-Lei n.º 72/91, de 8 de Fevereiro, 10.º da Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, 62.º do Código do Procedimento Administrativo e 82.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos são inconstitucionais, por violação dos artigos 268.º, n.ºs 1, 2, 4 e 5, e do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição.

O problema central versado neste importante acórdão prende-se com a resposta à questão de saber se podem ser restringidos, a que título e com que fundamento, os direitos fundamentais que não estejam acompanhados, ou na parte em que o não estejam, de uma autorização expressa de restrição.

Ainda que reconhecendo ao direito à informação administrativa a natureza de direito fundamental (implícito) de natureza análoga (artigo 17.º da Constituição), com cinco votos de vencido, o Tribunal não deu provimento ao recurso de constitucionalidade, na medida em que admitiu a existência de outros limites (além dos expressamente considerados no preceito constitucional) e de outros interesses relevantes a ponderar, confirmando nessa medida a decisão do Supremo Tribunal Administrativo.]

Julgamento do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

6 – Em causa está o direito de acesso, na forma de direito de consulta e de direito de obter certidão, do detentor de interesse legítimo no conhecimento dos elementos que lhe permitam usar de meios administrativos ou contenciosos a documentos de um processo administrativo que possam ser relevantes para tal fim.

Esse direito não está consagrado especificamente na Constituição. A recorrente pretende que está implícito no direito dos administrados, consagrado nos n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º da Constituição, a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, e nessa medida tem razão. A tutela jurisdicional seria muitas vezes ineficaz sem um direito instrumental de quaisquer pessoas que tenham interesse legítimo à

informação dos elementos que possam ser relevantes e que constem de processo administrativo.

....

7 – [Todos] os direitos de informação frente à Administração Pública consagrados no artigo 268.º estão limitados por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos que com eles conflituam [...]. Tais limites, ditos *a posteriori*, por se determinarem depois da determinação do conteúdo do direito por via de interpretação (a qual poderá determinar limites desse conteúdo), sempre seriam admissíveis, quer no direito de informação procedimental do n.º 1, quer no direito de informação instrumental do direito de tutela jurisdicional. [...] Ora não há nenhuma razão para que limites do mesmo género não existam no caso do direito de acesso do n.º 2. É que se trata de um género de limites que existe qualquer que seja o modo de definição de um direito na Constituição, porque resultam simplesmente da existência de outros direitos ou bens, igualmente reconhecidos na Constituição e que em certas circunstâncias com eles conflituam, bem como da possibilidade de conflitos em certas circunstâncias entre direitos idênticos na titularidade de diferentes pessoas. Os conflitos não podem ser evitados a não ser pela previsão na Constituição dessas circunstâncias e pela conseqüente transformação dos elementos do conflito em elementos da definição dos direitos ou bens constitucionais em jogo. Ora a previsão exaustiva das circunstâncias que podem dar lugar a conflitos deste tipo é praticamente impossível pela imprevisibilidade das situações de vida e pelos limites da linguagem que procura prevê-las em normas jurídicas, além de que a Constituição nunca pretendeu regular pormenorizadamente, ou tão exaustivamente quanto possível, os direitos que consagra. Estas considerações aplicam-se a todos os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. Todos esses direitos podem ser limitados ou comprimidos por outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, sem excluir a possibilidade de conflitos entre direitos idênticos na titularidade de diferentes pessoas (pense-se, quanto ao direito à vida, no regime legal de legítima defesa e do conflito de deveres, e no dever fundamental de defesa da Pátria – artigo 276.º, n.º 1, da Constituição), sendo sempre necessário fundamentar a necessidade da limitação ou compressão quando ela não se obtém por interpretação das normas constitucionais que regulam esses direitos.

....

9 – É claro que as considerações antecedentes só são relevantes no pressuposto de que os direitos de acesso à informação administrativa consagrados no artigo 268.º são direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias enunciados no título II da Constituição (artigo 17.º da Constituição), para os efeitos da aplicação do regime do artigo 18.º. O Tribunal já afirmou o pressuposto nos acórdãos n.ºs 177/92 e 234/92 (*Acórdãos* cit., 22.º vol., pp. 401, 603), a isso não obstando certamente a dimensão institucional desses direitos, especialmente no caso do princípio do arquivo aberto do n.º 2 do artigo 268.º dirigido aos cidadãos ([...]).

10 – Um segundo pressuposto da aplicação do regime do artigo 18.º é ainda o de que os limites ao direito de informação de que se trata no caso não estejam desde logo

determinados à partida pela definição constitucional do objecto do direito. Ora, a definição constitucional do objecto de um direito fundamental implica por vezes limites que resultam, é certo, da possibilidade de situações de conflito com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas que já integram, tendo em conta o elemento histórico da interpretação, o próprio sentido das palavras que definem o direito. “Expressar e divulgar livremente o seu pensamento” (artigo 37.º, n.º 1) dir-se-á, significa coisa diferente de “difamar” ou “caluniar”, ou mais geralmente, “mentir” ou “ofender” (excluindo o uso de expressões ofensivas do domínio de protecção do direito, cfr. o Acórdão n.º 81/84, *Acórdãos cit.*, 4.º vol., p. 233).

....

Em geral, sempre que a solução de um conflito de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos se faça pela proibição do exercício de um direito em certas circunstâncias, seja a proibição explícita, implícita ou obtida por remissão, têm justificação as cautelas constitucionais contra as leis restritivas. Ora na hipótese em crise trata-se de justificar constitucionalmente uma proibição de acesso a documentos que interessam ao titular do direito à tutela jurisdicional para este mesmo efeito. Têm todo o cabimento as cautelas constitucionais. [A fórmula aqui utilizada já transparecia no Acórdão n.º 177/92 e virá a ser expressamente retomada no acórdão n.º 136/2005.]

....

12 – Ora há que reconhecer que na hipótese dos autos há um conflito entre o direito à informação instrumental do direito de tutela jurisdicional, invocado pela recorrente, por um lado, e os direitos ao segredo comercial ou industrial, de autor ou de propriedade industrial e o interesse no respeito das regras de leal concorrência, por outro lado, que o director do INFARMED considera eventualmente na titularidade da pessoa detentora da autorização de introdução no mercado de certo medicamento. A decisão do Supremo Tribunal Administrativo aqui recorrida considerou que os direitos por último referidos se reconduzem ao direito de propriedade (artigo 62.º, n.º 1 da Constituição). [...] Quanto à relevância dos interesses económicos por último referidos é bem claro que o desrespeito sistemático dos direitos de sigilo comercial e industrial dos produtores de produtos farmacêuticos poderia conduzir não só a uma grave perturbação das regras da concorrência neste sector de economia privada, como também a uma redução drástica do acesso dos consumidores às inovações do mercado internacional de produtos farmacêuticos, com prejuízo da qualidade dos bens e serviços consumidos (artigo 60.º, n.º 1) senão do direito à protecção da saúde (artigo 64.º, n.º 1). Do outro lado da situação de conflito, o lado da recorrente, há que ponderar em concurso, os direitos de autor ou de propriedade industrial a fazer eventualmente valer em juízo, que chamam também à colação as mesmas regras de leal concorrência em economia de mercado, mas também os interesses dos consumidores e da saúde na fiscalização da qualidade dos produtos farmacêuticos, dos seus perigos tóxicos e da sua aptidão clínica.

COMENTÁRIO

No vasto universo do sistema de direitos fundamentais da Constituição portuguesa¹, um dos domínios de maior dificuldade jurídico-constitucional e teórica é sem dúvida o das restrições, dificuldade potencialmente agravada pela singular exigência feita no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, segundo o qual *a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição*.

Tendo sido dado já como paralelo da sentença do Tribunal Constitucional Federal alemão da “Recusa à prestação do serviço militar” (*BVerfGE*, 28, 261)², o Acórdão n.º 254/99 (de que foi relator o Conselheiro José de Sousa e Brito) constitui um marco inquestionável, designadamente ao nível da racionalidade da justificação das restrições e da exigência do respectivo controlo. Pode mesmo dizer-se que há um período anterior e um período posterior ao *caso INFARMED*: antes dele, o Tribunal não apenas evitava, na maior parte dos casos, a dificuldade do artigo 18.º, n.º 2, como se socorria dos mais diversos, contrastantes e inconciliáveis mecanismos para salvar as incursões legislativas no domínio dos direitos fundamentais; depois dele, mesmo quando o não refira expressamente, há sempre o padrão de justificação das restrições aí defendido e deverá existir sempre o cuidado em evitar a fuga ao correspondente regime constitucional.

Na sua essência a doutrina do acórdão pode resumir-se em poucas palavras: independentemente da reserva de que os direitos fundamentais estejam acompanhados, o legislador estará sempre habilitado (ainda que em moldes diferenciados) a antecipar, prevenir e regular a solução de conflitos e a compatibilizar os valores em presença; deste modo, a restringibilidade dos direitos fundamentais não deriva de operações de exclusão *a priori*, mas da necessidade de solucionar, *a posteriori* e constitutivamente, colisões derivadas da inserção comunitária e da interacção entre as diversas esferas jurídicas³; em terceiro lugar, é decisivo que todo o evento que afecte desfavoravelmente a protecção jusfundamental oferecida por um direito fundamental possa ser objecto de controlo, não se podendo furtar aos requisitos materiais do Estado de Direito.

Antecipado por diversas pronúncias – como os Acórdãos n.ºs 177/92, 289/92, 113/97 ou 288/98 (*referendo ao aborto*) –, este claro *leading case* seria designadamente retomado nos Acórdãos n.ºs 248/2000, 1/2001, 723/2004, 136/2005 e 155/2007 (*recolha coactiva de substâncias biológicas*).

Merece particular menção o último destes arestos (o Acórdão n.º 155/2007) que, antes de reiterar os termos do Acórdão n.º 254/99, começa por sistematizar os requisitos a que devem obedecer as restrições:

¹ Sobre esta matéria, com uma leitura sistemática e actualizada da jurisprudência constitucional, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 551-691.

² Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 549 s.

³ J. Novais, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., p. 547 ss.; J. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, cit., vol. II, p. 454 ss., 645, com outras indicações.

“[12.2.] Constatado, porém, que determinados direitos, liberdades e garantias fundamentais são restringidos pelas normas cuja constitucionalidade vem questionada, há que decidir sobre a compatibilidade dessa restrição com a Constituição. Ora, não proibindo a Constituição, em absoluto, a possibilidade de restrição legal aos direitos, liberdades e garantias, submete-a, contudo, a múltiplos e apertados pressupostos (formais e materiais) de validade. Da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for *autorizada pela Constituição* (artigo 18.º, n.º 2, 1ª parte); (ii) estiver suficientemente *sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado* (artigo 18.º, n.º 2, 1ª parte e 165.º, n.º 1, alínea *b*); (iii) visar a *salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido* (artigo 18.º, n.º 2, *in fine*); (iv) for *necessária* a essa salvaguarda, *adequada* para o efeito e *proporcional* a esse objectivo (artigo 18.º, n.º 2, 2ª parte); (v) tiver *carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais* (artigo 18.º, n.º 3, da Constituição)”.

Em seguida, para resolver a questão relativa à necessidade de *autorização constitucional* para a restrição, o Tribunal afasta a possível leitura que seria a de considerar que os direitos para os quais a própria Constituição não prevê *expressamente* a possibilidade de restrições legais, seriam, pura e simplesmente, *insusceptíveis de ser restringidos*. Acrescentando então:

“[12.3.2.3.1.] O reconhecimento do carácter inoportável de uma tal leitura, designadamente do ponto de vista das suas consequências práticas, levou, contudo, ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções – como o recurso, entre outros, ao artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, às autorizações “indirectas ou tácitas” de restrições, às ideias de “limites imanentes”, de “limites constitucionais não escritos”, de “limites intrínsecos”, de “restrições implícitas”, de “limites instrumentais” – que, de uma ou outra forma, têm afastado aquela conclusão. O Tribunal Constitucional utilizou já diversas daquelas vias na sua jurisprudência sobre o tema, nomeadamente nos Acórdãos n.ºs 6/84, 81/84, 198/85, 225/85, 244/85, 7/87 [...].

Ora, independentemente da questão de saber qual é, do ponto de vista dogmático, a solução preferível, a verdade é que não pode seriamente duvidar-se – e, nessa conclusão, não existe discordância – que a Constituição autoriza, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal e respeitadas as demais e já referidas exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional” [Segue-se então a citação do Acórdão n.º 254/99.]

2.2. Ensino da religião e moral católicas

Acórdão n.º 423/87, de 27 de Outubro

(AcTC, vol. 10, p. 77 ss.)

Palavras-chave: ensino da religião e moral católicas; Concordata; separação e não confessionalidade; dimensão positiva da liberdade religiosa; princípio da igualdade; inconstitucionalidade por omissão.

[O Presidente da Assembleia da República requereu ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do Decreto-Lei n.º 323/83, de 5 de Julho, que, procedendo à regulamentação do regime concordatário, reconhecia a prevalência do ensino da religião e moral católicas, à luz da especial representatividade da religião católica no país.

Numa decisão com nove juizes parcialmente vencidos, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade apenas do n.º 1 do artigo 2.º (na parte em que exige daqueles que não desejem receber ensino de religião e moral católicas uma declaração expressa em tal sentido) e, consequencialmente, dos n.ºs 2 e 3 desse artigo.]

Julgamento do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

VIII. . . . [Apesar dos princípios assim consagrados no texto constitucional de 1976], não parece poder afirmar-se que se haja dado acolhida ao regime estatuído na Lei da Separação e na Constituição de 1911, instituindo-se um sistema radical de escola laica idêntico ao ali estabelecido e proibindo todo e qualquer ensino religioso nas escolas públicas.

. . . . Porque a dimensão real da liberdade, de todas as liberdades e por isso também da liberdade religiosa, depende fundamentalmente das situações sociais que permitem ou impedem o seu desfrute existencial como opções reais, a questão deve centrar-se na transformação do conceito de liberdade autonomia em *liberdade situação*, isto é, no significado positivo de liberdade enquanto poder concreto de realizar determinados fins que constituem o seu objecto [...].

Contudo, se a liberdade religiosa deve entender-se não como uma mera independência, mas como uma autêntica situação social, a separação e a não confessionalidade implicam a neutralidade religiosa do Estado, mas não já o seu desconhecimento do facto religioso enquanto facto social.

. . . . Não se trata de proteger ou privilegiar uma qualquer confissão religiosa, mas sim de garantir o efectivo exercício da liberdade religiosa, como consequência de uma situação e de uma exigência social.

. . . .

IX. . . . o Estado não pode deixar neste domínio de conceder acatamento ao princípio da igualdade, não sendo assim constitucionalmente legítimas distinções injustificadas entre igrejas e entre crentes de diversas religiões [...].

. . . . [O Estado] não pode abster-se de, no tocante às demais confissões, lhes conceder um tratamento afim, tendo em conta, é certo, as circunstâncias próprias de cada uma delas (dimensão quantitativa, espaço geográfico ocupado, disseminação entre a

população escolar, etc.), sob pena de não respeitar o princípio da igualdade e, por via omissiva, violar o texto constitucional.

. . . . [Aquelas leis que não organizam a colaboração, assistência e ensino com as confissões não católicas] não são, pois, inconstitucionais por acção. São, ou podem ser, inconstitucionais *por omissão* [...].

COMENTÁRIO

Apesar de alguma crítica que lhe foi movida, desde logo dentro da própria decisão (e, fora dela, por exemplo, por Jónatas Machado), o acórdão em apreciação (que teve um nítido antecedente no Parecer n.º 17/82 da Comissão Constitucional), na sua linha-média, fez uma leitura sensata da relevância diferenciada das igrejas e confissões religiosas, num determinado contexto social e organizativo. Essa linha não deixa aliás de estar presente nos desenvolvimentos normativos subsequentes (que em boa medida vieram reparar a aludida inconstitucionalidade por omissão), tais como: o Decreto-Lei n.º 329/98, de 2 de Novembro (sobre o ensino da educação moral e religiosa das demais confissões religiosas); a lei da liberdade religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho); a nova concordata com a Santa Sé (celebrada em 2004, no espírito desta última lei)¹; ou as convenções acordadas ou em vias de o serem, no mesmo espírito, com outras igrejas e confissões.

Como sempre entendemos, os princípios constitucionais não são ofendidos com um tratamento diferenciado das várias confissões, em razão do modo como as mesmas se encontram difundidas ou do peso real que têm na sociedade: o *plano do conteúdo* das garantias constitucionais (ou seja, o plano da igual liberdade) não é, dentro das balizas definidas pela Constituição, necessariamente afectado por um tratamento diversificado que se situe no *plano das condições de exercício* (ou no plano meramente organizativo). Como temos defendido, «uma coisa é o Estado, enquanto tal, não assumir fins religiosos, não professar nenhuma religião, nem submeter qualquer Igreja a um regime administrativo; outra coisa seria o Estado ignorar as vivências religiosas que se encontram na sociedade ou a função social que, para além delas, as confissões exercem nos campos do ensino, da solidariedade ou da inclusão comunitária»². Por outro lado, a História e o Direito comparado revelam que, num contexto de sociedade aberta, são efectivamente muito variadas as configurações constitucionais do fenómeno religioso.

Na verdade, desde que o tratamento diferenciado não degenera em privilégio (artigos 13.º, n.º 2, e 41.º, n.º 2), o reconhecimento de uma liberdade igual a todas as confissões não prejudica *alguma medida de diferenciação* neste domínio, desde que respeitados três requisitos: (1) a livre opção dos pais, (2) a igualdade de todas as confissões religiosas e (3) a exigência

¹ Ainda criticamente, J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 614 s.

² Por último, Jorge Miranda, «Artigo 41.º», in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 448.

de que o ensino seja ministrado por docentes indicados por cada confissão religiosa, sob a responsabilidade e com os programas por ela definidos.

O Tribunal Constitucional veio, mais tarde, a pronunciar-se sobre o princípio da não confessionalidade do ensino público (no Acórdão n.º 174/93, que criticámos justamente na medida da ofensa ao agora referido terceiro requisito) e, mais recentemente, sobre a relevância dos tribunais eclesiásticos (no Acórdão n.º 268/2004), não podendo decerto ignorar-se a importância desta jurisprudência (contando aí tanto as decisões maioritárias quanto os votos dissidentes) no progressivo aperfeiçoamento da regulamentação da liberdade religiosa em Portugal.

2.3. Crédito bonificado à habitação Acórdão n.º 590/2004, de 6 de Outubro

(*Diário da República*, 2.ª série, n.º 283, de 3 de Dezembro de 2004, p. 18 129- 18-135)

Palavras-chave: crédito jovem à habitação; direito à habitação; direitos económicos, sociais e culturais; dignidade da pessoa humana; liberdade de conformação do legislador; revisibilidade; concordância prática; núcleo essencial; proibição do retrocesso social.

[Neste acórdão estava em apreciação a constitucionalidade da Lei n.º 305/2003, de 9 de Dezembro, que revogara o regime do crédito bonificado e do crédito jovem bonificado à habitação. O pedido fora apresentado por um grupo de deputados do Partido Socialista (na oposição desde 2002 a Março de 2005), que alegara um vasto conjunto de fundamentos, designadamente a incompatibilidade com o disposto nos artigos 9.º, alínea *d*), 65.º, n.º 3, 70.º, n.º 1, alínea *c*), e 36.º, n.º 1, da Constituição e ainda a violação da proibição do retrocesso em matéria de estabilidade da concretização legislativa já alcançada.

Por nove votos a favor e com dois importantes votos dissidentes, o Tribunal Constitucional não deu provimento ao pedido.]

Julgamento do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

A) *O direito à habitação*

[O direito à habitação] é de inegável importância, por si só (veja-se a sua consagração, entre outros, no artigo 25.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem – como elemento do direito a um nível de vida suficiente, ao nível do direito à alimentação, vestuário, cuidados médicos e serviços sociais básicos – e no artigo 11.º, n.º 1, do PIDESC) e na medida em que constitui uma decorrência da dignidade da pessoa humana, afigurando-se indispensável para a efectivação de outros direitos fundamentais, tais como a reserva da intimidade da vida privada. Na expressão do Conselho Constitucional francês (decisão n.º

94-359 DC, de 19 de Janeiro de 1995 [...]), a possibilidade de todas as pessoas disporem de uma habitação condigna constitui um objectivo constitucional que prolonga e reforça o princípio da dignidade da pessoa humana.

. . . . A caracterização do direito à habitação, nos termos expostos, também é aplicável no quadro do ordenamento jurídico nacional, onde a Constituição dá ao legislador uma margem de conformação para a prossecução das políticas de habitação. Existem, de facto, diversos meios de concretizar os objectivos constitucionais, competindo ao poder legislativo escolher, de entre eles, aqueles que considerar mais adequados. [...].

. . . . Por outro lado, não deve esquecer-se que, como resulta da alínea *d*) do artigo 9.º da Constituição, incumbe ao Estado (como tarefa fundamental) promover a efectivação de *todos* os direitos económicos, sociais e culturais. Para tal, é necessário articular os diferentes direitos e objectivos constitucionais. No domínio de que ora nos ocupamos, é, pois, indispensável conciliar o direito à habitação com os restantes direitos sociais e com interesses públicos igualmente relevantes como a protecção do ambiente, o urbanismo e um ordenamento adequado do território. [...] Assim sendo, impõe-se ao legislador realizar uma tarefa de concordância prática para concretizar, pelo menos, o núcleo essencial de todos os direitos sociais e económicos.

. . . . Tendo em conta todos os factores enunciados (liberdade do legislador na escolha das medidas concretizadoras de uma política de promoção do acesso à habitação; necessidade de concordância prática do direito à habitação com outros direitos e valores fundamentais; alteração do quadro macro-económico; evolução das taxas de juro; desenvolvimento do mercado do crédito à habitação; deficiente funcionamento do sistema de atribuição de crédito bonificado e, decisivamente, a existência de outros instrumentos de prossecução da referida política), conclui-se que as normas questionadas não padecem de inconstitucionalidade por violação do disposto nos artigos 65.º, n.º 3, e 9.º, alínea *d*), da Lei Fundamental.

. . . .

D) *A proibição do retrocesso social*. . . .

Para determinar se as normas *sub iudice* configuram um *retrocesso social* constitucionalmente proibido (para quem entenda que a Constituição não consagra um tal princípio a questão fica desde logo resolvida) importa colocar o problema numa outra perspectiva, apontada no Acórdão n.º 509/02, não deixando de se salientar que, no aresto citado, aquele *princípio* – sobre o qual foram expostas diversas concepções doutrinárias – acabou por não ser ponderado como parâmetro de constitucionalidade das normas então em causa.

[Nesse Acórdão n.º 509/02, ficou expresso] o que constituiria, a este propósito, um ponto de convergência doutrinária – a «necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador» [...] [Seguem-se citações dos Acórdãos n.ºs 509/02 e 474/02].

Como se disse já, as normas constitucionais relativas ao direito à habitação e à protecção especial dos jovens no acesso à habitação não contêm uma ordem de legislar nos

termos acima descritos. O legislador goza, neste domínio, como também já se afirmou, de liberdade de escolha dos meios de prossecução das determinações constitucionais.

Configura-se, assim, a segunda das situações enunciadas, ou seja aquela em que só existirá retrocesso social constitucionalmente proibido em casos-limite – quando se deixe de assegurar o núcleo essencial de um direito fundamental consagrado na Constituição.

Ora, de tudo o que já se expôs e em face, designadamente, da subsistência de outros instrumentos jurídicos de concretização dos direitos à habitação e à protecção especial dos jovens, não pode deixar de se concluir que o “retrocesso social” que advém da revogação do regime de crédito bonificado não afecta o conteúdo essencial dos referidos direitos. A solução consagrada na Lei n.º 305/2003 deve, assim, ser entendida no contexto da revisibilidade das opções legislativas decorrente do princípio da alternância democrática, não constituindo violação da Lei Fundamental.

COMENTÁRIO

O direito à habitação, garantido no artigo 65.º da Constituição, pertence àquele pequeno núcleo de direitos fundamentais sociais que maior favor tem encontrado na jurisprudência constitucional – só o direito à saúde e, em menor medida, o direito ao ensino e o direito à segurança social ascendem a esse grupo. Esse favor tem-se revelado quer na ocasional defesa de uma dupla natureza (ou seja, de uma vertente negativa e de uma vertente positiva) da figura (Acórdão n.º 101/92), quer nas restrições a outros direitos fundamentais que nele têm encontrado fundamento, quer por pertencer ao núcleo de direitos fundamentais sociais mínimos (Acórdão n.º 590/2004), quer, enfim, pelo número e pela qualidade dos acórdãos a que tem dado lugar. Todavia, se julgada pelos resultados, a jurisprudência é relativamente inócua: porque na generalidade dos casos parece fazer pesar a realização das exigências do direito à habitação não sobre o Estado, mas sim sobre os particulares, vinculados não só a uma hipoteca social da propriedade como a um dever de solidariedade (a exemplo dos Acórdãos n.ºs 151/92, 4/96, 486/97, 570/2001 ou 723/2004); porque tem afinal consentido numa amplíssima liberdade de conformação do legislador; porque não soube afinal retirar consequências jurídicas relevantes nem da alegada dimensão negativa desse direito, nem do seu alegado conteúdo mínimo ou essencial, nem do facto de se tratar de um dos direitos fundamentais sociais básicos (mesmo por apelo ao *standard* internacional).

O direito à habitação destaca-se também por ser o direito fundamental mais frequentemente associado ao princípio da solidariedade (assim, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 4/96, 486/97, 263/2000, 322/2000, 309/2001, 570/2001, 723/2004), decorrendo dessa articulação normativa uma específica função restritiva, sobretudo junto dos direitos fundamentais da esfera económica ou, em geral, dos direitos patrimoniais privados – ainda que por vezes seja visível uma confusão entre estes e a garantia constitucional da propriedade privada (artigo 62.º da Constituição). Segundo um *dictum* recorrente, o

proprietário privado é chamado a ser solidário com o seu semelhante, vinculando nessa medida o direito fundamental também a propriedade privada (Acórdão n.º 723/2004).

Todavia, como sucede na decisão em análise, a articulação com o princípio da solidariedade social não exclui outras ligações, designadamente com a dignidade da pessoa humana (como se escreveu nesse mesmo Acórdão n.º 723/2004, o direito à habitação «é, de facto, uma exigência da *dignidade da pessoa humana*, daquilo que a pessoa, ontologicamente é: um ser livre, com direito a viver com *dignidade*») e com a igualdade real (Acórdão n.º 465/2001). Por sua vez, a invocação, certamente induzida pelos termos do pedido, da tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 9.º, alínea *d*), da Constituição, teve a particularidade de se referir aos direitos fundamentais sociais como “reforço” e “prolongamento” da dignidade da pessoa humana.

A respeito da *natureza jurídica* do direito à habitação, num dos *leading cases* que de algum modo resume um traço de continuidade na jurisprudência do Tribunal Constitucional (o Acórdão n.º 130/92), escreveu-se: «[o] direito à habitação, como um direito social que é, quer seja entendido como um direito a uma prestação não vinculada, reconduzível a uma mera pretensão jurídica [...] ou, antes, como um autêntico direito subjectivo inerente ao espaço existencial do cidadão [...], não confere a este um direito imediato a uma prestação efectiva, já que não é directamente aplicável, nem exequível por si mesmo.

O direito à habitação tem, assim, o Estado – e, igualmente, as regiões autónomas e os municípios – como único sujeito passivo – e nunca, ao menos em princípio, os proprietários de habitações ou os senhorios. Além disso, ele só surge depois de uma *interpositio* do legislador, destinada a concretizar o seu conteúdo, o que significa que o cidadão só poderia exigir o seu cumprimento, nas condições e nos termos definidos pela lei».

Na caracterização jurídica deste direito, a orientação dominante no Tribunal tem afinal acentuado a faceta (predominante) de direito a prestações positivas do Estado, direito que só a título excepcional tem como destinatário imediato os sujeitos privados (Acórdãos n.ºs 130/92, 346/93, 465/2001, 590/2004). Por sua vez, dada a indeterminabilidade do seu conteúdo no plano constitucional (Acórdãos n.ºs 731/95, 465/2001), trata-se de um direito que pressupõe uma tarefa de mediação do legislador (Acórdãos n.ºs 346/93, 322/2000, 590/2004), mostrando-se a respectiva concretização dependente quer das opções políticas (Acórdão n.º 590/2004), quer da reserva do possível¹.

Depois do marco discursivo constituído pelo Acórdão n.º 509/2002², acentuam-se neste acórdão de 2004 diversos sinais de uma certa *reorientação argumentativa* a respeito da realização dos direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, do direito à habitação³.

¹ Com outras indicações, cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 596-597.

² Acórdão que, segundo alguns autores, «sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por proceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos económicos, sociais e

Entre esses sinais avultam os seguintes: o *real abandono* da doutrina da proibição do retrocesso (pelo menos na fórmula que efectivamente alcançou, no famoso Acórdão n.º 39/84, sobre o Serviço Nacional de Saúde, em que, sintomaticamente, a repartição de votos foi também de dez votos favoráveis e dois votos de vencido); o *abandono implícito* da interessante doutrina das cláusulas específicas de proibição do retrocesso (defendida nas declarações de votos dos Conselheiros Ribeiro Mendes e Luís Nunes de Almeida, no Acórdão n.º 148/94); a *efectiva adopção* do princípio inverso da “revisibilidade das opções legislativas”; o recurso a um *totalmente novo argumento* de cariz holístico, segundo o qual a tarefa do legislador é a de promover a efectivação de *todos* os direitos económicos, sociais e culturais (ou, em versão mínima, do conteúdo essencial de todos eles), devendo ainda conciliar um concreto direito fundamental social com os demais direitos sociais e com os demais bens e interesses constitucionalmente relevantes; enfim, o *apelo à diferenciação* a estabelecer entre os próprios direitos fundamentais sociais, uma vez que alguns de entre eles («como o direito a um nível de vida suficiente, ao nível do direito à alimentação, vestuário, cuidados médicos e serviços sociais básicos») seriam de inegável importância, à luz designadamente da DUDH e por serem decorrência da dignidade da pessoa humana e ainda instrumento de efectivação de outros direitos fundamentais.

Em especial quanto ao problema da proibição do retrocesso social, pode afirmar-se, sem hesitação, que o Tribunal assume hoje em dia inteiramente (Acórdão n.º 336/2007) a doutrina fixada nos Acórdãos n.ºs 509/2002 e 590/2004.

2.4. Referendo ao aborto [*Aborto III*]

Acórdão n.º 288/98, de 17 de Abril

(*ArTC*, vol. 40, p. 7-93)

Palavras-chave: interrupção voluntária da gravidez; protecção da vida intra-uterina; direito à vida; direito ao desenvolvimento da personalidade; autonomia da mulher; direito a uma maternidade consciente; colisão de bens; ponderação de interesses; concordância prática; margem de conformação do legislador; igualdade.

[Foi solicitada ao Tribunal Constitucional a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo aprovada pela Assembleia da República, cuja pergunta era a seguinte: «Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?»]

culturais» – e cujo resultado desolador seria o seguinte: «não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos standards mínimos da existência» (cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, «Direitos sociais e deslocação da socialidade», in *La Constitución portuguesa de 1976*, coord. de Javier Tajadura Tejada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 82).

³ Para uma visão de conjunto, J. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, cit., vol. II, p. 602-611.

Com sete votos a favor e seis votos de vencido, numa decisão relatada pelo Conselheiro Luís Nunes de Almeida, o Tribunal deu por verificada a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposto na Resolução n.º 16/98 da Assembleia da República, viabilizando desse modo a realização do referendo.]

Julgamento do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

45 – A verdade, porém é que não foi deste pressuposto [de que a mulher tem constitucionalmente garantido um direito a abortar] que se partiu na anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional, vertida no Acórdão n.º 25/84 e no Acórdão n.º 85/85, já oportunamente citados. [Seguem-se citações destes dois acórdãos.]

. . . .

46 – Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da *vida humana* intra-uterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional.

Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá que assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa. Aliás, existe uma bem radcada e inegável tradição jurídica tendente a tratar diferenciadamente os já nascidos e os nascituros, que se revela, desde logo, na negação da personalidade jurídica a estes últimos (basta recordar o modo sugestivo como se refere à aquisição da personalidade jurídica o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil) e se manifesta, no âmbito do direito penal, exactamente com a incontestada punição diferenciada do aborto relativamente ao homicídio, designadamente no que se refere à distinta medida legal da pena e à não punição do aborto por negligência e, actualmente, entre nós, com a autonomização sistemática dos crimes contra a vida intra-uterina.

De todo o modo, de acordo com esta leitura, o legislador ordinário estará vinculado a estabelecer formas de protecção da vida humana intra-uterina, sem prejuízo de, procedendo a uma ponderação de interesses, dever balancear aquele bem jurídico constitucionalmente protegido com outros direitos, interesses ou valores, de acordo com o princípio da concordância prática.

. . . .

47 – Neste contexto se perceberá que, para quem entenda que a vida humana intra-uterina constitui um bem jurídico constitucionalmente protegido pelo artigo 24.º da CRP, uma primeira questão consista em determinar em que casos e circunstâncias, efectuada uma adequada ponderação de interesses, se pode admitir a licitude da interrupção voluntária da gravidez, assim se resolvendo os eventuais conflitos entre aquele referido bem jurídico e os direitos da mulher, não só à vida, à saúde ou à dignidade, mas também a uma maternidade

consciente – a que se refere o artigo 67.º, n.º 2, alínea *d*), da CRP –, principalmente quando conjugado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, recentemente consagrado no artigo 26.º da Lei Fundamental, com a última revisão constitucional.

Ora, não se afigura inadequado que a ponderação de interesses em causa tenha em conta o período de gestação, «sendo certo que não é indiferente, à luz da consciência cultural e jurídica, a fase de desenvolvimento do feto, reclamando este uma tutela tanto maior quanto mais próximo estiver o seu nascimento», conforme se afirmou no Acórdão n.º 85/85.

....

48 – Ora, poderá acrescentar-se, a harmonização entre a protecção da vida intra-uterina e certos direitos da mulher, na procura de uma equilibrada ponderação de interesses, é susceptível de passar pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção voluntária da gravidez cabe à própria mulher.

. . . . É que a harmonização, a concordância prática, se faz entre bens jurídicos, implicando normalmente que, em cada caso, haja um interesse que acaba por prevalecer e outro por ser sacrificado. Quer isto dizer que, sempre dentro da perspectiva que agora se explicita, o legislador não poderia estabelecer, por exemplo, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher era hierarquicamente superior ao bem jurídico «vida humana intra-uterina» e, conseqüentemente, reconhecer um genérico direito a abortar, independentemente de quaisquer prazos ou indicações; mas, em contrapartida, já pode determinar que, para harmonizar ambos os interesses, se terão em conta prazos e circunstâncias, ficando a interrupção voluntária da gravidez dependente apenas da opção da mulher nas primeiras dez semanas, condicionada a certas indicações em fases subseqüentes e, em princípio, proibida a partir do último estágio de desenvolvimento do feto.

Assim, neste último caso, procura-se regular a interrupção voluntária da gravidez, ainda de acordo com uma certa ponderação de interesses que tem também como critério o tempo de gestação, pelo que a referida ponderação se há-de efectuar, tendo em conta os direitos da mulher e a protecção do feto, em função de todo o tempo de gravidez, não sendo, portanto, exacto considerar *isoladamente* que, durante as primeiras dez semanas, não existe qualquer valoração da vida intra-uterina; num contexto global, esta será quase sempre prevalecente nas últimas semanas, enquanto nas primeiras se dará maior relevo à autonomia da mulher (uma vez respeitadas certas tramitações legais que, aliás, podem traduzir uma preocupação de defesa da vida intra-uterina).

49 – [Entre nós], se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, englobando a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida, designadamente quando associado ao direito a uma maternidade consciente, terá a virtualidade de avalizar uma eventual opção legislativa no sentido da exclusão da ilicitude da interrupção voluntária da gravidez efectuada nas primeiras dez semanas – ou, pelo menos, no sentido de conferir à mulher o direito de, dentro desse prazo, ser ela a determinar os casos e circunstâncias que a podem

justificar –, já não implicará o reconhecimento de que a mulher tem inteira liberdade de controlar a sua própria capacidade reprodutiva (um direito constitucional a livremente abortar).

Ou seja, a colisão de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, existente no caso dos autos, pode ser resolvida pelo legislador, estando dentro da sua margem de liberdade de conformação a opção por punir – suposto que permanece, neste caso, o modelo das indicações – ou não punir a interrupção voluntária da gravidez efectuada nas primeiras dez semanas.

Quer isto dizer, em suma, que também quem considera que a vida humana intra-uterina se encontra abrangida pela disposição do artigo 24.º, n.º 1, da CRP, concluirá, neste entendimento das coisas, pela não inconstitucionalidade da proposta de referendo.

....

51 – Quer isto dizer que se reconhece a discricionariedade do legislador para optar pelo uso de meios penais, até porque, no caso vertente, nem existe *consenso social* em torno da criminalização, nem se exclui que se esteja perante um *direito penal simbólico*, nem se demonstra que aqueles meios não possam ser vantajosamente substituídos por outros de maior *eficácia prática*.

A isto acresce que as circunstâncias de facto, às quais só o legislador poderá dar resposta, permitem que, numa sociedade europeia em que praticamente foram abolidas as fronteiras, se crie uma escandalosa situação de desigualdade perante a lei penal: quem usufruir de razoável situação económica e pretender interromper a gravidez, quiçá por comodismo, poderá impunemente fazê-lo numa boa clínica de um país europeu; mas, quem não tiver capacidade económica e for levada ao aborto por necessidade, correrá o duplo risco da intervenção clandestina e da sanção penal.

....

53 – Em suma, entende-se que, não havendo uma imposição constitucional de criminalização na situação em apreço, cabe na liberdade de conformação legislativa a opção entre punir criminalmente ou despenalizar a interrupção voluntária da gravidez efectuada nas condições referidas na pergunta constante da proposta de referendo aprovada pela Resolução n.º 16/98 da Assembleia da República.

COMENTÁRIO

Ainda que este seja o terceiro julgamento do Tribunal Constitucional sobre a interrupção voluntária da gravidez, ao qual se seguiu, oito anos após, o Acórdão n.º 617/2006 (*aborto IV*), importa centrar a análise da questão no Acórdão n.º 288/98 por diversas razões. Em primeiro lugar, nos dois primeiros Acórdãos (n.ºs 25/84 e 85/85) estavam em causa alterações de pequeno significado, quando comparadas com o alcance da proposta referendária em apreciação em 1998. Em segundo lugar, em 1998, as soluções legislativas de 1984 encontravam-se por assim dizer consensualizadas (tanto junto do legislador de revisão, como da doutrina e da sociedade), correspondendo além disso ao

sentido da abertura registada na sociedade portuguesa no último quartel do século XX. Em terceiro lugar, a decisão de 1998 é essencial para aferir, pela primeira vez, o sentido da constitucionalização, em 1997, do direito ao desenvolvimento da personalidade, aditado ao artigo 26.º, n.º 1, da Constituição. Por último, é fácil de verificar o peso desse aresto de 1998 na recente decisão *aborto IV* (2006).

Importa, em seguida, referir que as quatro sentenças sobre a matéria constituem talvez o domínio de *maior fractura* no seio do Tribunal Constitucional. No entanto, quer em 1998 quer em 2006, o Tribunal Constitucional não inviabilizou a consulta popular (já em 2005, a inviabilização do referendo deveu-se apenas a razões formais de procedimento parlamentar)¹.

Embora nenhum dos dois referendos realizados (em 1998 e 2007) tenha sido juridicamente vinculativo, por não ter atingido o patamar mínimo de 50% dos eleitores inscritos, num caso como no outro, os resultados dessas consultas populares foram politicamente relevantes: em 1998, uma vez que a resposta popular foi de sentido negativo, houve um compromisso (que se estendeu por duas legislaturas) de não alteração da lei (pelo menos sem uma prévia consulta popular); em 2007, uma vez que agora a resposta popular foi de sentido positivo (e dado o compromisso eleitoral de alteração da lei nesse cenário), procedeu-se à despenalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras dez semanas. No momento da promulgação da Lei n.º 16/2007, de 17 de Abril, o Presidente da República entendeu no entanto dirigir ao Parlamento, sob a forma de mensagem, uma extensa lista de observações e recomendações (que, em boa parte, não foram atendidas na regulamentação operada pela portaria n.º 741-A/2007, de 21 de Junho). A aprovação da lei mereceu o voto favorável de cerca de 2/3 dos deputados e não apenas do tradicional voto dos partidos da Esquerda parlamentar; terá sido aliás por essa razão que o Presidente da República não fez uso da fiscalização preventiva, nem do veto político, não obstante as reservas políticas e jurídicas patentes na sua mensagem. Todavia, em Julho de 2007, um grupo de três dezenas de deputados apresentou ao Tribunal Constitucional um pedido de fiscalização sucessiva abstracta da Lei n.º 16/2007, pelo que se espera uma nova pronúncia da justiça constitucional sobre a matéria (*aborto V*).

Quanto à substância da decisão, a divisão de votos dos juízes é bem o espelho da diversidade de opiniões e de perspectivas identicamente observável na doutrina. Não obstante isso, há a dizer que neste acórdão o Tribunal recebe inteiramente o legado dos precedentes Acórdãos n.ºs 25/84 e 85/85, nomeadamente quanto aos seguintes aspectos: reconhecimento de que a vida humana intra-uterina está também protegida no artigo 24.º da CRP (na dimensão objectiva da norma de direito fundamental), enquanto bem jurídico e imposição constitucional; reconhecimento de que o legislador ordinário está vinculado a estabelecer formas de protecção da vida humana intra-uterina; reconhecimento de que na ponderação de interesses a estabelecer é razoável uma diferenciação que atenda às fases de

¹ Acórdão n.º 578/2005, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 220, de 16 de Novembro de 2005, p. 6529-6541.

desenvolvimento do feto; reconhecimento de uma ampla margem de conformação ao legislador, que pode optar ou não pelo uso dos meios penais.

A este legado, são aditados três novos elementos: o primeiro traduz-se na afirmação de que a ponderação de interesses a estabelecer entre os direitos da mulher e a protecção da vida intra-uterina pode passar pelo estabelecimento de uma fase inicial do período de gestação em que a decisão sobre uma eventual interrupção voluntária da gravidez cabe à própria mulher; o segundo traduz-se no esforço (inovador) de recorte do novo direito ao desenvolvimento da personalidade, tendo defendido que o mesmo engloba «a autonomia individual e a autodeterminação e assegurando a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida»², para daí retirar duas conclusões importantes (a de que esse direito não é hierarquicamente superior e a de que dele não deriva um direito constitucional a abortar); o terceiro reside na invocação de um novo fundamento para sustentar a constitucionalidade de uma resposta afirmativa no referendo, construído sobre a desigualdade perante a lei penal, pois só as mulheres que não tenham capacidade económica e recorram ao aborto por necessidade, correm o duplo risco da intervenção clandestina e da sanção penal.

Ainda que sem a mesma consistência argumentativa, a doutrina do Acórdão n.º 288/98 foi retomada no Acórdão n.º 617/2006, que apenas inovou na ênfase manifestada relativamente ao (alegado) direito fundamental da mulher à manutenção de um projecto de vida (fórmula aliás utilizada mesmo por alguns dos juízes dissidentes).

III – DIREITO CONSTITUCIONAL INSTITUCIONAL

(Institutions centrales de l'Etat et organisation territoriale de l'Etat)

3.1. Vagas no ensino superior Acórdão n.º 1/97, de 8 de Janeiro

(*AtTC*, vol. 36, p. 7-64)

² Noutros casos, o Tribunal Constitucional, talvez por adesão mecânica, parece seguir uma linha de orientação que pretende ler nessa figura consagrada em 1997 uma liberdade geral de actuação. Ainda que começando por se referir à fórmula utilizada neste Acórdão n.º 288/98 (que vê nesse direito uma garantia constitucional *forte* e delimitável), o Tribunal pretende conceder a esse direito uma configuração similar àquela que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental alemã apresenta normalmente na dogmática germânica. Afasta-se, por isso, de uma outra linha de pensamento (como a reflectida nos acórdãos n.ºs 288/98, 436/2000, 471/2001 ou 617/2006), em que a figura foi, mais acertadamente, recortada como uma nova garantia constitucional incidindo sobre um núcleo de autonomia e de conformação privada da vida.

Palavras-chave: criação por lei de vagas no ensino superior; separação de poderes; interdependência; reserva geral de administração; limites do poder legislativo do Parlamento; configuração do Governo; Estado de direito democrático; conceito formal de lei; retroactividade; segurança jurídica; igualdade de oportunidades.

[O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva de um decreto do Parlamento sobre criação de vagas adicionais no acesso ao ensino superior, decreto que tinha sido aprovado com os votos coligados dos partidos da oposição.

O Tribunal, numa decisão com diversos votos de vencido, vem a pronunciar-se pela inconstitucionalidade do artigo 1.º (e pela inconstitucionalidade consequente das restantes normas) do referido decreto, não pelos principais fundamentos invocados no pedido, mas por violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da igualdade, em particular da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino superior, consagrada nos artigos 13.º e 76.º, n.º 1, da Constituição.]

Pronúncia do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

II – *Fundamentação*

[Na análise da constitucionalidade], o Tribunal Constitucional não está vinculado ao limitado confronto das normas em apreciação com os princípios e normas constitucionais invocados (cf. artigo 51.º, n.º 5, da Lei n.º 28/82).

. . . .

[A] pesar de o princípio da separação de poderes ter tido formulações históricas nem sempre associadas à ideia de Estado de direito democrático, aquele princípio veio a adquirir, em conexão com esta ideia, a natureza de um instrumento garantístico da esfera jurídico-subjectiva e, em última análise, de controlo democrático do poder [...].

Por isso, logo naquele plano, a reserva geral de administração surge como inadequada à função actual do princípio, na medida em que diminuiria possibilidades de efectivação do controlo democrático do Executivo, limitando as áreas de intervenção legislativa do Parlamento e excluindo-o da directa decisão política.

Por outro lado, não decorre seguramente do artigo 114.º, n.º 1, da Constituição [actualmente, artigo 111.º], em conjugação com o próprio artigo 2.º, que consagra o princípio do Estado de direito democrático, uma reserva geral de administração. A separação e interdependência dos órgãos de soberania aí prevista exprime um esquema relacional de competências, funções, tarefas e responsabilidades dos órgãos do Estado, destinado a assegurar, simultaneamente, a referida medida jurídica do poder e um princípio de responsabilidade dos órgãos de soberania [...].

Não se consubstancia, no texto constitucional, qualquer estrita correspondência entre separação de órgãos e separação de funções, de modo a que a separação de órgãos tenha o sentido de implicar uma rígida divisão de funções do Estado entre eles. A interdependência

dos órgãos do Estado a que o artigo 114.º [111.º], n.º 1, se refere exprime até uma lógica de colaboração e articulação funcional.

A própria atribuição de competência legislativa ao Governo (artigo 201.º [198.º]) e de outras competências, para além da legislativa, à Assembleia da República (artigos 164.º, 165.º e 166.º [161.º, 162.º e 163.º]) demonstra que a Constituição portuguesa não adoptou um modelo de rígida sobreposição de órgãos a funções, em que se viesse a enquadrar uma reserva geral de administração.

Finalmente, e de modo decisivo, mesmo sendo constitucionalmente atribuído ao Governo o núcleo essencial da função administrativa, enquanto órgão superior da administração pública e com competência correspondente ao núcleo essencial da função administrativa (artigos 185.º e 202.º [182.º e 199.º]), isso não significa que matéria susceptível de ser objecto de actividade administrativa, como a regulamentação de leis, não possa, igualmente, ser objecto de lei da Assembleia da República.

Na realidade, de outro modo, a competência administrativa do Governo significaria, necessariamente, um limite de competência legislativa da Assembleia da República quanto a certas matérias, limite que a Constituição não permite deduzir, em face do artigo 164.º alínea *d*), [161.º, alínea *c*)] que expressamente se refere à competência da Assembleia da República para fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas ao Governo (e respeitantes à sua própria organização e funcionamento, nos termos do n.º 2 do artigo 201.º [198.º]).

. . . . A alegação de as normas referidas constituírem uma invasão, pela Assembleia da República, do âmbito da função administrativa, ofendendo uma reserva geral de administração, não procede, pois, por uma dupla razão: tal reserva não é configurada na Constituição e as normas sindicadas, pela sua natureza, nem sequer são susceptíveis de invadir o núcleo essencial da função administrativa.

9 – [Relativamente à alegação da violação de reservas funcionais específicas], é muito discutível que a delimitação da competência do Governo prevista no artigo 202.º [199.º] corresponda, no sistema lógico-sistemático da Constituição portuguesa, a qualquer reserva material de competência do Governo com a mesma natureza da reserva de lei [...].

Devendo a tese das reservas funcionais específicas fundamentar-se, em última instância, no princípio do Estado de direito democrático, então valem relativamente a ela as razões já invocadas contra a reserva material geral de administração. Na verdade, a necessidade de atribuir ao Executivo um domínio de actuação específico, como corolário da divisão e interdependência dos órgãos de soberania, não implicará uma reserva originária e absoluta relativamente a determinadas matérias, mas, tão-só, a competência para escolher entre alternativas de decisão, no espaço não delimitado previamente pela lei parlamentar. E isto há-de significar apenas a reserva de um poder formal de regulamentação, de poderes formais para praticar actos de organização da administração e de poderes políticos gerais, nos termos do artigo 202.º [199.º], alíneas *c*), *d*) e *g*), respectivamente.

. . . . O que aqui é decisivo, como se disse, é que o decreto em análise cria critérios de valoração dos resultados de um concurso inovadores, excepcionais e aplicáveis

retroactivamente, dos quais resultará uma total conformação ou vinculação da administração. Reduz, assim, o espaço previamente concedido à administração na determinação das vagas disponíveis e sobrantes e promove, precisamente desse modo, uma derrogação da legislação anterior para uma situação concreta. Por tudo isto, não é legítimo concluir que as normas em apreço implicam a substituição do Governo pela Assembleia da República, em violação do disposto na alínea *d*) do artigo 202.º [199.º] da Constituição.

10 – A caracterização constitucional do Governo como órgão de condução da política e órgão superior da administração pública não poderá significar, em caso algum, uma subtracção de matérias ao poder legislativo nem retirar à Assembleia da República a decisão política, confinando-a à mera discussão e à crítica inconclusiva, sem possibilidade de levar a cabo um efectivo controlo do poder executivo [...].

O papel do Governo como órgão de condução da política e órgão superior da administração pública postula actuações legalmente fundamentadas e o exercício de uma discricionariedade dentro do espaço legalmente consentido – o que terá de depender dos necessários apoios parlamentares e não de qualquer reserva de executivo. Por outro lado, não será uma esporádica e excepcional limitação do espaço de manobra do Governo, sem qualquer deliberada e reiterada substituição funcional pela Assembleia da República, que poderá violar o artigo 185.º [182.º] da Constituição [...].

11 – [Mas também o argumento segundo o qual as normas do Decreto n.º 58/VII não podem ser qualificadas como normas legais em sentido material] não revela uma inconstitucionalidade no caso concreto, na medida em que as leis reguladoras de casos individuais não ferem, pelo seu âmbito de aplicação, as exigências de universalidade próprias da norma jurídica. As chamadas leis-medidas, tais como, por exemplo, certas leis de emergência, não contendem necessariamente, por razões de forma – falta de generalidade e abstracção –, com a separação de poderes. Nada impede que se venha a obter através da regulação do caso individual o próprio efeito de igualdade, a coerência valorativa ou uma dimensão generalizadora.

Tais leis podem ser, à semelhança de todas as outras, violadoras da igualdade. Em todo o caso, os possíveis vícios destas leis não radicam no confronto com as características conceptuais da abstracção e da generalidade – ou seja, com os limites da competência legislativa –, desde que lhes presida uma intencionalidade generalizadora, apta a uma renovação dos mesmos critérios perante situações futuras semelhantes [...].

COMENTÁRIO

Tal como no Acórdão n.º 24/98 (caso das *portagens*), num contexto de Governo minoritário, tratava-se aqui de apreciar a legitimidade de uma interferência do Parlamento, agindo através de acto legislativo, em áreas que tradicionalmente constituem reserva material da Administração, sendo essa a dimensão essencial aqui objecto de comentário.

Estava efectivamente colocada no pedido a apreciação do sentido e do alcance concreto do princípio da separação e interdependência de poderes na Constituição de 1976,

tanto no plano funcional, como no plano institucional e no sócio-estrutural¹. No plano funcional, porque ocorria uma invasão do que parecia ser uma zona nuclear da função administrativa; no plano institucional, pela subversão do estatuto constitucional do Governo; no sócio-estrutural, por duas razões: porque se espelhava de certo modo aí a especificidade da matriz portuguesa da forma de governo semipresidencialista e porque, no caso, era nítida essa nova faceta do princípio da separação de poderes, a do dualismo “maioria-oposição” (com a particularidade de a maioria ser, na realidade, um governo minoritário e de a oposição ter funcionado como bloco maioritário de partidos, apenas circunstancialmente coligados)².

Além da actualização histórica que considerou devida e do reconhecimento da multifuncionalidade do princípio da separação de poderes, o Tribunal recusou enveredar por uma teoria material de funções do Estado, não se envolvendo sequer com a ideia de núcleo essencial de competências (salvo na situação-limite da pura substituição funcional). Na verdade, há muito que o Tribunal Constitucional vem entendendo (por exemplo, no Acórdão n.º 461/87) que não é configurável, no ordenamento jurídico-constitucional português, qualquer reserva material de administração, que inclua, nomeadamente, uma reserva de regulamento ou impeça a Assembleia da República de aprovar uma lei sobre matéria disciplinável administrativamente (exemplos similares podem colher-se nos Acórdãos n.ºs 317/86, 195/94, 24/98, 494/99).

Essa orientação remonta mesmo à jurisprudência da Comissão Constitucional (Pareceres n.ºs 16/79 e 26/79, por exemplo), expressamente relevada como precedente: «mesmo que se reconheça que sempre será inerente ao princípio do Estado de direito democrático a reserva de um núcleo essencial da administração ou do executivo – como condição da limitação do exercício dos poderes pelos órgãos de soberania e da própria necessidade de responsabilização do Governo –, ainda assim a colisão com tal núcleo haveria de implicar uma pura substituição funcional do Executivo, no preciso espaço da sua actividade normal, pelo Parlamento, sem qualquer justificação especial». É certo que, ainda no parecer n.º 16/79, se concluiu que haveria violação do princípio da separação de poderes, por afectação desse núcleo essencial, sempre que um órgão de soberania se atribuísse, fora dos casos em que a Constituição expressamente o permite ou impõe, competência para o exercício de funções que sejam essencialmente conferidas a outro órgão.

De facto, na doutrina, apesar de ser maioritária a orientação que reconhece, em Estado social, a admissibilidade de um conceito puramente formal de lei, as mesmas vezes não fazem decorrer daí a ideia de «que a lei pode descer ao nível da pura administração», defendendo pelo menos a existência de reservas específicas de administração perante o

¹ Sobre a relevância destes diversos níveis ou dimensões, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 556 ss., 579 ss.

² Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., p. 562 s.

legislador, designadamente a título de redutos ou núcleos essenciais da função administrativa³.

Num sentido dinâmico e constitucionalmente adequado, separação de poderes significa mais do que reserva de competência de certos órgãos, significa «distribuição de competências em moldes funcionalmente adequados, na qual, a par de uma conexão mais ou menos próxima com as funções do Estado, sobreleva o intuito de divisão, de desconcentração, de limitação de poder»⁴.

3.2. Incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos

Acórdão n.º 382/2007, de 3 de Julho

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 144, de 27 de Julho de 2007, p. 4831-4843)

Palavras-chave: estatuto político-administrativo da região; reserva de estatuto; procedimento legislativo.

[O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da norma constante do artigo 1.º do Decreto n.º 121/X, de 17 de Maio de 2007, da Assembleia da República, que “Altera o regime de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos”, alegando que essa norma legal pode ter regulado indevidamente uma matéria de reserva necessária dos Estatutos Político-Administrativos das Regiões Autónomas.

O Tribunal Constitucional veio a pronunciar-se pela inconstitucionalidade, com um único voto de vencido.]

Pronúncia do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

6. . . . A circunstância de os estatutos político-administrativos das Regiões Autónomas terem uma relevante dimensão organizatória não pode fazer esquecer que é a própria Constituição que, ao definir o seu conteúdo obrigatório, determina que, a par da definição dos poderes das Regiões referidos nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 227.º e da enunciação das matérias sobre que incide a autonomia legislativa regional (n.º 1 do artigo 228.º), aqueles estatutos definam o estatuto dos titulares dos seus órgãos de governo próprio (n.º 7 do artigo 231.º), não se justificando qualquer restrição deste último conceito em termos de dele excluir a matéria das incompatibilidades.

. . . .

³ Neste sentido, por exemplo, Jorge Reis Novais, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, Lex, 1997, p. 59 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., p. 560; Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, tomo I, 2.ª ed., Lisboa, D. Quixote, 2006, p. 137 ss.

⁴ Jorge Miranda, «Artigo 2.º», in Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 63.

8. Demonstrado que a definição do estatuto dos titulares de órgãos de governo próprio das regiões autónomas, designadamente dos deputados das respectivas assembleias legislativas, é da competência da Assembleia da República, não ao abrigo da alínea *m*) do artigo 164.º, mas a coberto da alínea *b*) do artigo 161.º, por ser matéria que deve ser definida nos correspondentes estatutos político-administrativos, e não em “lei comum” da Assembleia da República (*supra*, n.º 5); que a matéria das incompatibilidade e impedimentos faz parte integrante do estatuto dos deputados regionais (*supra*, n.º 6); e que a norma ora em causa representa materialmente uma alteração ao regime das incompatibilidades e impedimentos dos deputados regionais (*supra*, n.º 7), a sua conformidade constitucional dependia do respeito pelo procedimento legislativo próprio da alteração dos estatutos regionais, designadamente da apresentação do correspondente projecto pelas assembleias legislativas regionais (n.ºs 1 e 4 do artigo 226.º da CRP), que, no caso, manifestamente não ocorreu, uma vez que a medida legislativa em causa teve na origem duas iniciativas de Deputados à Assembleia da República (Projectos de Lei n.ºs 254/X e 366/X).

A solução constitucional de reservar em exclusivo às assembleias legislativas regionais o poder de elaborar os projectos quer dos estatutos político-administrativos iniciais, quer das suas alterações (“*momento impulsivo*”), embora reservando à Assembleia da República o “*momento deliberativo*”, adequa-se à concepção da “*função estatutária*” como sendo “*a actividade regional mais importante, já que é dela que se deriva a vida das próprias entidades político-territoriais*” (MORTATI), mas sem se tratar de um verdadeiro “*poder constituinte*”, pois as Regiões são “*entes constituídos*” que “*encontram o fundamento da sua existência e dos seus poderes não num acto de vontade autónomo e originário, mas numa atribuição conferida pelo poder constituinte*” (E. GIZZI) [...].

....

9. [A conclusão de que há inconstitucionalidade do procedimento legislativo] não se mostra susceptível de ser ultrapassada pelo apelo, de acordo com o princípio da unidade da Constituição, a outras normas ou princípios constitucionais.

....

9.2. Não é, assim, salvo o devido respeito, sustentável, designadamente por apelo ao princípio da unidade do Estado, a existência de uma “concorrência de competências” entre “lei comum” da Assembleia da República (que trataria das incompatibilidades e impedimentos dos deputados regionais por causas “nacionais”) e “lei estatutária” da mesma Assembleia (que trataria das incompatibilidades e impedimentos dos deputados regionais por causas “regionais”) [...].

9.3. Por último, qualquer que seja o juízo que possa merecer o mérito da situação jurídica actualmente existente, o que surge como insustentável é que dele se pretenda extrair justificação para o desrespeito das claras normas constitucionais que reservam à iniciativa das assembleias legislativas regionais a proposta de alteração dos respectivos Estatutos Político-Administrativos, designadamente na parte relativa ao estatuto dos

titulares dos órgãos de governo próprio das Regiões Autónomas, que integra o conteúdo necessário daqueles Estatutos.

COMENTÁRIO

A questão versada neste acórdão não é inédita na jurisprudência constitucional, uma vez que já no Acórdão n.º 637/95, tinham ficado assentes as seguintes três ideias: (i) os deputados das assembleias legislativas regionais devem ser considerados “titulares de cargos políticos” para efeitos da imposição constitucional do [actual] artigo 117.º, n.º 2, da CRP; (ii) desde a revisão constitucional de 1982, o estatuto dos titulares dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas é definido nos respectivos estatutos político-administrativos (conforme o disposto no artigo 231.º, n.º 7, na sua numeração actual); (iii) não obstante a formulação abrangente da alínea *m*) do artigo 167.º, a mesma não abarca a fixação do regime estatutário dos titulares de cargos políticos do governo próprio das Regiões Autónomas; como então igualmente se disse, se é certo que a competência cabe à Assembleia da República, a iniciativa legislativa está reservada em exclusivo às assembleias legislativas regionais, devendo a matéria ser definida nos correspondentes estatutos político-administrativos (e não em “lei comum” da Assembleia da República).

Em 2007, o problema político-constitucional agudizou-se em virtude, entre outros, de dois factores políticos: a tensão crescente entre o Governo da República (XVII Governo Constitucional, de maioria absoluta do Partido Socialista) e o governo regional da Madeira (de sucessivas maiorias absolutas do Partido Social Democrata) – tensão agravada pela aprovação de uma nova Lei das Finanças Regionais (cujo decreto, ainda que com quatro votos de vencido, não foi objecto de pronúncia de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 11/2007) e que viria a desembocar na demissão do governo regional e na realização de eleições antecipadas na Região Autónoma da Madeira; e o facto de, diversamente do que ocorreu nos Açores, se verificar uma patente inércia por parte da assembleia legislativa regional da Madeira a respeito da definição dos impedimentos dos deputados regionais (de forma a impedir a intervenção dos mesmos em assuntos em que sejam interessadas empresas regionais a que estejam ligados), de molde a permitir uma equiparação do regime de incompatibilidades e impedimentos dos deputados regionais ao dos Deputados à Assembleia da República.

Na verdade, o próprio Tribunal Constitucional não deixou, neste acórdão, de ter presente o risco de a reserva de iniciativa das assembleias legislativas regionais poder originar situações de indesejável *rigidez estatutária*. E perante a questão de saber como pode ser superada essa *inércia regional* («sobretudo em hipóteses em que a manutenção do estatuto existente se mostre susceptível de ser acusada de desconformidade com normas ou princípios constitucionais, designadamente supervenientes»), o Tribunal respondeu com as palavras de Gomes Canotilho: a única via para modificar o *status quo* estatutário é a «da revisão constitucional com a eventual consagração do poder de a Assembleia da República

se substituir aos “parlamentos regionais” quanto à própria iniciativa de alterações aos estatutos».

Na resolução do problema colocado no pedido, o Tribunal Constitucional, se é verdade que não deixa de recorrer a elementos históricos, segue uma linha puramente subsuntiva de argumentação: considera violadas «as claras normas constitucionais», em especial a regra do artigo 231.º, n.º 7, da CRP; conseqüentemente, perante essas regras, recusa o apelo a princípios constitucionais, como o da unidade do Estado, do Estado de Direito democrático ou da igualdade, mesmo estando em causa o incumprimento parcial da imposição legislativa presente no artigo 117.º, n.º 2, da CRP. O afastamento metodológico é por isso total relativamente à primitiva relatora, que se viu por isso obrigada a lavrar um voto de vencido (defendendo uma solução puramente sustentada em princípios).

Desta jurisprudência decorre ainda implicitamente o reconhecimento do relevo político-constitucional¹ e dogmático das designadas “leis reforçadas pelo procedimento”, categoria particularmente importante para um sector da doutrina², de que constituem subtipo relevante as leis relativamente às quais esteja constitucionalmente consagrada uma reserva de iniciativa (leis que, por essa via, gozam de uma acrescida *força formal negativa*, como está bem patente neste acórdão).

Na Constituição de 1976, os estatutos político-administrativos são leis reforçadas pelo procedimento a mais do que um título: (i) pela reserva de iniciativa a que estão submetidos (artigo 226.º, n.º 1); (ii) pela necessidade de colher a apreciação e o parecer da assembleia regional em caso de rejeição do projecto ou de lhe serem introduzidas alterações pela Assembleia da República (artigo 226.º, n.º 2); e (iii), desde 2004, pelo facto de as disposições estatutárias que enunciem as matérias que integram o respectivo poder legislativo carecerem de aprovação por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (artigo 168.º, n.º 6, alínea f)).

IV – DROIT CONSTITUTIONNEL NORMATIF

4.1. Regime das precedências protocolares e do luto regional

Acórdão n.º 258/2007, de 17 de Abril

(*Diário da República*, 1.ª série, n.º 93, de 15 de Maio de 2007, p. 3230-3252)

¹ Segundo Carlos Blanco de Moraes, a lei reforçada pelo procedimento preenche aqui três fins de política constitucional: a garantia qualificada da participação dos órgãos representativos regionais, a garantia de que a norma estatutária não é alterada unilateralmente pelo Estado e a estabilização de um instrumento normativo multifuncional (cfr. *As Leis Reforçadas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 784).

² Por todos, cfr. Blanco de Moraes, *As Leis Reforçadas*, cit., p. 693 ss., 778 ss., 812 ss., 855 ss., 1032 ss.

Palavras-chave: poderes legislativos regionais; evolução histórica; revisões constitucionais; reserva de competência dos órgãos de soberania; âmbito regional; matéria de interesse específico; matéria enunciada no Estatuto; “reserva da República”.

[O Representante da República para a Região Autónoma dos Açores requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade de alguns preceitos do decreto regional que estabelecia o regime das precedências protocolares e do luto regional (decreto n.º 8/2007/A), por violação dos três parâmetros da competência legislativa regional definidos no artigo 112.º, n.º 4, e 227.º, n.º 1, alínea *a*), da Constituição e por violação do estatuto constitucional do Primeiro-Ministro, do Representante da República e da Assembleia Legislativa Regional.

Com apenas um voto de vencido, o Tribunal dará provimento ao pedido, depois de traçar um amplo panorama sobre a competência legislativa regional ao longo das três décadas de vigência da Constituição e de analisar o sentido das alterações decorrentes da revisão constitucional de 2004.]

Pronúncia do Plenário do Tribunal Constitucional. . . .

7.2. [Quanto ao requisito da] *reserva de competência própria dos órgãos de soberania*, desde cedo constituiu orientação do Tribunal Constitucional a rejeição de uma interpretação restritiva ou literal, que a confinasse ao elenco taxativo das competências constitucionalmente reservadas, de forma explícita, à Assembleia da República e ao Governo [...].

. . . . [Escreveu-se] no Acórdão n.º 711/97:

“6. A Constituição, ao indicar os limites dos poderes legislativos das regiões autónomas, não fornece uma definição das matérias «*reservadas à competência própria dos órgãos de soberania*» [artigo 227.º, n.º 1, alínea *a*)] ou das matérias «*reservadas à Assembleia da República ou ao Governo*» (artigo 112.º, n.º 4). Uma tal definição encontra-se, no entanto, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a qual continua válida em face do texto da Constituição emergente da Revisão Constitucional de 1997.

Segundo a jurisprudência reiterada e uniforme deste Tribunal, matérias reservadas à *competência própria dos órgãos de soberania* e, como tais, vedadas ao poder legislativo regional, são, desde logo, as que integram a competência legislativa própria da Assembleia da República, enumeradas nos artigos 161.º, 164.º (reserva absoluta) e 165.º (reserva relativa) da Constituição, bem como a que é da exclusiva competência legislativa do Governo, ou seja, a matéria respeitante à sua própria organização e funcionamento (artigo 198.º, n.º 2).

Mas, como tem sublinhado o Tribunal Constitucional, embora com vozes discordantes, as matérias reservadas à competência própria dos órgãos de soberania não se

circunscrevem às que constituem a reserva de competência legislativa da Assembleia da República e do Governo. A tal competência acham-se também «*reservadas todas as matérias que reclamem a intervenção do legislador nacional*». Com efeito, «*o carácter unitário do Estado e os laços de solidariedade que devem unir todos os portugueses exigem que a legislação sobre matéria com relevo imediato para a generalidade dos cidadãos seja produzida pelos órgãos de soberania (Assembleia da República ou Governo), devendo ser estes a introduzir as especialidades ou derrogações que se mostrem necessárias, designadamente por, no caso, concorrerem interesses insularmente localizados*». Os referidos princípios da unidade do Estado e da solidariedade entre todos os portugueses reclamam, assim, a intervenção do legislador nacional nas matérias que se apresentam *com relevo imediato para a generalidade dos cidadãos* ou que *respeitam ou se repercutem nas diferentes parcelas do território nacional [...]*”.

....

7.3. A versão originária da Constituição era omissa quanto à noção de *lei geral da República*. Na primeira revisão constitucional (1982), o artigo 115.º, n.º 4 (mantido na versão de 1989) definiu as leis gerais da República como “*as leis e os decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação sem reservas a todo o território nacional*”, tendo a revisão de 1997 (artigo 112.º, n.º 5) eliminado o inciso “*sem reservas*” e aditado, no final, a expressão “*e assim o decretarem*”, e, como se assinalou, restringido a limitação da autonomia legislativa regional ao respeito pelos *princípios fundamentais* de tais leis.

....

8. Recordado o modelo de definição da competência legislativa regional instituído pela Constituição de 1976 e cujas linhas mestras se mantiveram até à 6.ª revisão constitucional, é tempo de analisar as radicais alterações introduzidas em 2004, que, como já se referiu, consistiram no abandono dos requisitos relacionados com o *interesse específico* e os *princípios fundamentais das leis gerais da República*, na introdução do conceito de *âmbito regional*, na remissão para os *estatutos político-administrativos* da enunciação das matérias passíveis de legislação regional e na manutenção da exclusão das matérias *reservadas aos órgãos de soberania*.

O processo de revisão constitucional de 2004 teve como um dos seus objectivos essenciais – senão mesmo o principal – a redefinição do estatuto constitucional das autonomias regionais, em especial no que concerne à competência legislativa regional, matéria sobre a qual praticamente todos os projectos de revisão apresentados inseriram propostas de alterações substanciais.

....

No entanto, crê-se não ser abusivo associar a expressão “*âmbito regional*”, para além de uma referência territorial, às expressões “*matérias que dizem [digam] respeito às Regiões Autónomas*”, constantes dos Projectos de revisão constitucional n.ºs 2/IX e 3/IX, definidas “*em função da especial configuração que as matérias assumem na respectiva região*” (como se lê na exposição de motivos do Projecto de revisão constitucional n.º 1/IX), e surgindo aquela expressão como sucedânea da anterior menção a “*matéria de*

interesse específico para as respectivas regiões”, ainda utilizada nos Projectos de revisão constitucional n.ºs 4/IX e 6/IX.

....

10. [Como se assinalou], o primeiro parâmetro da competência legislativa regional que o requerente considera violado pelas normas questionadas respeita ao “âmbito regional”, que não se limitaria ao âmbito *territorial*, no sentido de que a legislação regional tem o seu campo de aplicação espacialmente limitado ao território da Região, mas incluiria uma componente *institucional*, que impediria “*os Parlamentos insulares de emanar legislação destinada a produzir efeitos relativamente a outras pessoas colectivas públicas que se encontram fora do âmbito de jurisdição natural das Regiões Autónomas [...]*”.

....

Assumindo o requisito do “âmbito regional” uma componente territorial e uma componente material, há que reconhecer que esta última dimensão foi desrespeitada pelas normas questionadas quando pretendem regular o protocolo de cerimónias que, apesar de realizadas no território da Região, são promovidas por entidades públicas que não são “órgãos regionais” e quando abrangem nessa regulação entidades que, designadamente, “representam” órgãos de soberania.

....

Conclui-se, assim, que a iniciativa legislativa em análise, quando pretende estabelecer o regime protocolar aplicável a cerimónias promovidas por entidades públicas que, apesar de sediadas na Região Autónoma dos Açores, se encontram fora do âmbito de jurisdição dos órgãos regionais e abrangendo nessa regulação entidades que, designadamente, representam órgãos de soberania, desrespeita o limite da competência legislativa regional que a confina ao “âmbito regional”.

COMENTÁRIO

O acórdão aqui analisado é o primeiro, desde a revisão constitucional de 2004, a debruçar-se com alguma profundidade sobre a nova configuração das competências legislativas das regiões autónomas, ganhando ainda relevo pelo facto de nele ser feita uma detida excursão sobre o quadro (tendo aí em conta o *texto*, a *doutrina* e a *jurisprudência*) anterior a essa revisão de 2004 (ponto 7 da decisão).

Num pano de fundo de avanços e recuos erráticos¹, em matéria de poder legislativo das regiões autónomas, pode talvez afirmar-se que o desenvolvimento constitucional tem sido marcado neste domínio pela confluência das seguintes três linhas:

- (i) Uma pretensão de reforço da competência legislativa regional a cada revisão

¹ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *O défice estratégico da ordenação constitucional das autonomias regionais*, separata da ROA, Lisboa, 2006, p. 1155.

- constitucional (em especial, nas revisões de 1989, 1997 e 2004)²;
- (ii) Em sentido contrário, a sistemática leitura restritiva e centralista desses poderes legislativos por parte do Tribunal Constitucional (como é patente no recorte dado a conceitos como “interesse específico”, “leis gerais da República”, “âmbito regional” ou na franca desconsideração do sentido global das mudanças constitucionais pretendidas);
 - (iii) O desaproveitamento pelas assembleias legislativas de muitas das inovações sucessivamente introduzidas na Constituição, o que se revela flagrante no caso das autorizações legislativas (admitidas desde 1989 e substancialmente reforçadas em 2004, mas não efectivamente solicitadas à Assembleia da República).

Para Carlos Blanco de Morais, no plano das revisões constitucionais e em matéria de repartição de competências legislativas regionais, a periodificação a estabelecer seria a seguinte: 1.º período (1976/1989): modelo embrionário de vinco centralista; 2.º período (1989/1997): ficção de novas competências legislativas; 3.º período (1997/2004): pseudo-devolução de poderes; 4.º período (2004): desabamento parcial do modelo anterior e devolução de poderes legislativos com separação de âmbitos materiais³.

Segundo o artigo 112.º, n.º 4, da CRP, os decretos legislativos regionais (1) têm âmbito regional, (2) versam sobre matérias enunciadas no estatuto político-administrativo da respectiva região autónoma (3) que não estejam reservadas aos órgãos de soberania. Ora, é sobre cada um destes três parâmetros ou requisitos, na forma que apresentam no período pós-2004, que se detém a decisão em análise.

Assim, relativamente ao primeiro parâmetro, a doutrina do acórdão parece clara: o critério do “âmbito regional” integra uma componente territorial e uma componente material (ou institucional). No entanto e por apelo aos trabalhos preparatórios da revisão, deixa-se no ar a hipótese – não pouco surpreendente – de afinal essa expressão ser sucedânea da anterior menção a “matéria de interesse específico”.

Quanto ao segundo parâmetro, ele não foi objecto de consideração tão aprofundada, cingido que se esteve à disposição transitória da lei de revisão.

Já relativamente ao terceiro parâmetro, o Tribunal Constitucional mais não faz do que reiterar a sua jurisprudência anterior (como, por exemplo, o que defendeu nos Acórdãos n.ºs 91/84, 57/85, 130/85, 164/86, 326/86, 267/87, 268/88, 212/92, 256/92, 348/93, 235/94, 711/97, 491/2004), entendendo que matérias reservadas à competência própria dos órgãos de soberania são *todas as matérias que reclamem a intervenção do legislador nacional* – e não apenas as que constituem a reserva de competência legislativa da Assembleia da República (artigos 164.º e 165.º) e do Governo (artigo 198.º, n.º 2).

Ora, apesar de ter advertido a existência de vozes discordantes na doutrina, já em face de versões anteriores da Constituição (veja-se o ponto 7.2. da decisão), o Tribunal parece

² Para uma síntese, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 169 ss.

³ Cfr. Blanco de Morais, *O défice estratégico...*, cit., p. 1158-1184.

pretender conservar o essencial dos anteriores cânones: o *âmbito regional* não se afasta do anterior requisito do *interesse específico*; o parâmetro do âmbito regional e o parâmetro negativo da *não-reserva dos órgãos de soberania*, coordenada ou sincreticamente entendidos, pouco parecem afastar-se do requisito (afinal só aparentemente removido) do respeito pelas *leis gerais da República* (ou, se se preferir, dos *princípios fundamentais das leis gerais da República*).

Lembra-se que em acórdãos recentes, pelo menos em relação ao terceiro parâmetro, o Tribunal parece ter tido uma mais nítida representação da duvidosa sustentabilidade desse traço da sua anterior jurisprudência, em face do novo texto constitucional (veja-se o ponto 5.1. do Acórdão n.º 415/2005, evocado também no Acórdão n.º 258/2006).

Sem enfrentar essa dúvida essencial, corre-se o risco de somar, à falta de pensamento estratégico do legislador de revisão, novas fontes de complicação e incerteza interpretativa, sem notar sequer a consequência paradoxal de a jurisprudência centralizadora vir a constituir-se, ela própria, em factor adicional para a reclamação de novos avanços de autonomia regional; na verdade, mal se compreenderia que critérios jurisprudenciais concebidos nas décadas de 80 e 90 pudessem funcionar nos mesmos moldes, perante inovações constitucionais posteriores rasgadamente favoráveis a um alargamento da competência legislativa regional, quando essas inovações são qualificadas pelo próprio tribunal como “profundas” e “radicais” (Acórdãos n.ºs 246/2005, 258/2006).

4.2. Extradução para a União Indiana

Acórdão n.º 384/2005, de 13 de Julho de 2005

(*Diário da República*, 2.ª série, n.º 181, de 20 de Setembro de 2005, p. 13 605- 13 624)

Palavras-chave: repressão de atentados terroristas à bomba; convenção internacional; extradição; pena de morte; pena de prisão perpétua; comutação de pena; aplicação da norma constitucional no tempo; critério da norma mais favorável; actos jurídicos unilaterais; princípio do contraditório; objecto do recurso.

[A União Indiana solicitou a Portugal, ao abrigo da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba (*Convenção de Nova Iorque*, de 1998), a extradição de um seu nacional a fim de ser julgado pelos crimes nesse pedido elencados, alguns dos quais abstractamente puníveis com pena de morte e pena de prisão perpétua.

O Procurador-Geral da República emitiu parecer no sentido da admissibilidade do pedido, por, relativamente aos crimes abstractamente puníveis com pena de morte, resultar do artigo 34.º-C do *Extradition Act* de 1962, da União Indiana, a comutação dessa pena em pena de prisão perpétua, e por, relativamente aos crimes puníveis com prisão perpétua, existirem garantias bastantes das autoridades indianas no sentido da não execução dessa pena. A Ministra da Justiça, por despacho de 28 de Março de 2003, considerou admissível o pedido de extradição.

Tendo o Ministério Público requerido ao Tribunal da Relação de Lisboa a concessão da extradição, procedeu-se à audição do extraditando, que declarou não dar o seu consentimento à extradição, vindo o Tribunal da Relação de Lisboa, num primeiro acórdão, a decidir autorizar a extradição para a União Indiana para o extraditando aí ser julgado pelos crimes constantes do pedido formulado pelo Ministério Público, com excepção dos puníveis com pena de morte ou com pena de prisão perpétua. Este acórdão foi anulado por acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Junho de 2004, designadamente por vícios de falta de fundamentação de facto. Na sequência dessa anulação, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu um segundo acórdão, de 14 de Julho de 2004, com o mesmo conteúdo decisório do primeiro.

Foram interpostos dois recursos contra o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa para o Supremo Tribunal de Justiça: um, pelo Ministério Público, propugnando o deferimento do pedido de extradição “*também quanto aos crimes punidos com pena de morte ou prisão perpétua*”; outro, pelo extraditando, sustentando a declaração de nulidade do acórdão recorrido. O Supremo Tribunal, a de 27 de Janeiro de 2005, deu provimento ao recurso do Ministério Público, autorizando a extradição, com vista ao julgamento pela totalidade de crimes, em acórdão que viria a ser corrigido por um novo acórdão, em de 3 de Março de 2005.

O extraditando interpôs dois recursos para o Tribunal Constitucional, sendo que o recurso efectivamente apreciado pelo Tribunal Constitucional teve como objecto uma determinada dimensão normativa do princípio do contraditório, consagrado no artigo 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil. Com um voto de vencido, a 2.ª Secção do Tribunal Constitucional decide negar provimento ao recurso interposto.]

Julgamento da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional. . . .

20 – De quanto se expôs conclui-se que a regra a adoptar quanto à aplicação no tempo das normas constitucionais relativas à autorização de extradição deve ser a de considerar relevante *a redacção da Constituição vigente à data da formulação do pedido de extradição*, só sendo aplicáveis normas constitucionais supervenientes se se mostrarem mais favoráveis para o extraditando. [...]

Há, pois, que considerar como parâmetro constitucional relevante, no presente caso, a redacção constitucional vigente à data do pedido de extradição, isto é, a redacção constitucional emergente da revisão de 2001, só sendo de aplicar as alterações introduzidas pela revisão de 2004 se estas se mostrassem mais favoráveis ao extraditando.

. . . .

23 – Neste contexto, é possível, desde já, concluir que a nova redacção não é mais favorável para o extraditando. Ela será idêntica à anterior se, como no ponto seguinte se apurará, já perante a redacção de 1997/2001 se devesse reportar a reciprocidade ao dever de extraditar; e será mais desfavorável se se entender, como o recorrente sustenta, que as condições de reciprocidade constantes de convenção respeitavam às garantias. De uma forma ou de outra, não sendo a versão de 2004 mais favorável, ela, de acordo com o critério definido *supra*, no n.º 20, não será aplicável ao caso dos autos, mas sim a redacção de 1997/2001.

....

24 – Como se referiu, foi com a introdução do n.º 5 do artigo 33.º da CRP pela revisão de 1997, transferido, sem alteração de redacção, para o n.º 4 do mesmo preceito pela revisão de 2001, que essa matéria passou a ser tratada de forma expressa no texto constitucional. A formulação do preceito, na sua literalidade, desde logo aponta para a sujeição da admissibilidade da extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida a dois requisitos distintos, de verificação cumulativa: (i) existência de “*condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional*”; e (ii) oferecimento pelo Estado requisitante de “*garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada*”.

.... A doutrina e a jurisprudência internacional-publicistas de há muito reconhecem aos actos jurídicos unilaterais dos Estados natureza jurídica vinculativa, independentemente de os caracterizar, ou não, também como fonte de direito internacional, e entre esses actos inclui-se a promessa, entendida como a declaração unilateral de vontade pela qual certo sujeito se compromete a agir ou não agir de certo modo ou como o compromisso assumido por um Estado de tomar no futuro determinada atitude [...].

Cingindo-nos aos actos jurídicos unilaterais autónomos, isto é, cuja eficácia não depende da aceitação de outrem, entre os quais as promessas (ou garantias), a sua vinculatividade, em termos de direito internacional público, assenta essencialmente no princípio da boa fé. [...] As específicas categorias de promessas que se traduzem na renúncia ao exercício de um direito são não só admitidas pela prática dos Estados como a doutrina lhes atribui carácter obrigatório, com base na confiança que deve presidir às relações internacionais e a própria natureza dos sujeitos internacionais em causa – os Estados – justifica que à promessa seja atribuída uma eficácia jurídica mais vasta do que a normalmente reconhecida pelos direitos internos a promessas de sujeitos privados [...].

.... Neste contexto, nenhum razão válida existe para exigir que a prestação de garantia de não execução de pena de prisão perpétua conste de convenção internacional, sendo igualmente vinculativos, à luz do direito internacional público, os compromissos assumidos pelas entidades constitucionalmente competentes para obrigar o Estado requerente através da emanação de actos unilaterais, como as promessas, observados os requisitos atrás enunciados.

Conclui-se, assim, não ser constitucionalmente exigível que a prestação de garantias esteja estabelecida em convenção internacional. Desta apenas tem de constar a consagração do princípio da reciprocidade quanto ao dever de extraditar: *do ut des*.

....

25 – Da natureza judicial do processo de extradição (n.º 7 do artigo 33.º da CRP), resulta que o juízo da suficiência da garantia há-de caber ao tribunal e não às autoridades políticas ou administrativas do Estado requerido. Esse juízo cabe naturalmente ao tribunal comum competente para autorizar a extradição, em cujo âmbito de cognição se insere a interpretação do direito do Estado requerente pertinente para ajuizar da

consistência jurídica da garantia oferecida. Neste domínio, entendendo-se, como se entende, que esse juízo de suficiência da garantia formulado pelo tribunal penal não se impõe sempre, como um dado indiscutível, ao Tribunal Constitucional, a intervenção deste Tribunal cinge-se, no entanto, aos aspectos em que esse juízo interfira directamente com os requisitos constitucionais, tendo sempre presente que não lhe compete apreciar a constitucionalidade das decisões judiciais, em si mesmas consideradas, mas apenas dos critérios normativos por elas aplicados.

COMENTÁRIO

O Tribunal Constitucional produziu a respeito da matéria da extradição e da expulsão algumas das suas mais notáveis pronúncias (como os Acórdãos n.ºs 474/95, 962/96, 1146/96, 470/99, 1/2001 ou 232/2004), tendo enfrentado, em especial na década de noventa, delicados problemas no plano da cooperação internacional com a República Popular da China (em virtude do precedente estatuto do território de Macau) e com os Estados Unidos da América (no caso *Variçço*, por exemplo).

Como é natural, a extradição para países que apliquem penas proibidas pela Constituição foi sempre motivo de vivo debate, sobretudo nas revisões constitucionais de 1997, 2001 e 2004, que em geral reduziram os efeitos de protecção dessas garantias constitucionais, colocando desde logo problemas de aplicação da lei constitucional no tempo (como é patente no caso em apreço, que resolveu o problema com base num critério de *favor libertatis*). Diga-se, a esse respeito, que o Tribunal Constitucional jamais se pronunciou pela inconstitucionalidade de qualquer preceito de lei revisão constitucional, evitando cuidadosamente o assunto (Acórdão n.º 1/2001).

Tal como a CRP sempre foi uma Constituição aberta e sensível, designadamente ao aperfeiçoamento da justiça internacional e ao reforço da cooperação internacional, o Tribunal Constitucional, sem que esteja isento de críticas, parece demonstrar idênticas abertura e sensibilidade nestes domínios.

Nas relações entre a Constituição e as convenções internacionais, é pacífica e reiterada a doutrina (por exemplo, patente no Acórdão 416/2003, citado mais à frente) da primazia da Constituição, mesmo no que concerne às normas de direitos do homem (em especial à Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Alguma hesitação tem existido apenas a respeito do estatuto a reconhecer à Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), na presença da regra do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição (uma regra cuja invocação pelos interessados é normalmente desatendida pelo Tribunal Constitucional)¹. No Acórdão n.º 582/2000 (por sua vez, inspirado no Acórdão n.º 345/99), o Tribunal considerou que, de algum modo, o princípio do contraditório já decorria do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição; nessa mesma linha (de

¹ Para um elenco, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 572, nota 115.

clara relativização), o Tribunal vem recusando à DUDH a natureza de direito constitucional, assumindo, em contrapartida, a autonomia da ordem constitucional dos direitos fundamentais (Acórdãos n.ºs 352/98, 578/2001 ou 461/2004).

4.3. Direitos aduaneiros

Acórdão n.º 60/2006, de 18 de Janeiro de 2006

(*Diário da República*, 2.ª série, n.º 41, de 17 de Fevereiro de 2006, p. 2878-2883)

Palavras-chave: direitos aduaneiros; prevalência do Direito comunitário; justificação da regulamentação comunitária

[Uma determinada sociedade comercial apresentou, em 8 de Setembro de 2003, no âmbito de processo de execução fiscal, com vista à cobrança de dívidas de IVA e de direitos aduaneiros, um requerimento de suspensão desse processo executivo.

Tendo vista desatendida no Tribunal Administrativo e Fiscal reclamação contra o indeferimento da sua pretensão, que invocou o princípio da primazia das normas de direito comunitário, a empresa interpôs recurso desta sentença para o Supremo Tribunal Administrativo.

Por acórdão de 2 de Março de 2005, o Supremo Tribunal Administrativo negou provimento ao recurso, desatendendo a questão de constitucionalidade (aí suscitada pela recorrente) de uma determinada interpretação do n.º 6 do art. 169.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário. É deste acórdão que a empresa vem a interpor recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional.]

Julgamento da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional. . . .

2.3. – Do exposto [ou seja, de uma demorada consideração da jurisprudência interna e da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de direitos aduaneiros] resulta que a norma impugnada encontra a sua fundamentação na necessidade de, estando em causa execução fiscal de dívidas de recursos próprios comunitários, designadamente – como no presente caso ocorre – direitos aduaneiros, acatar a regra, constitucionalmente aceite, da prevalência da regulamentação comunitária sobre o direito ordinário interno. E a intervenção da regulamentação comunitária justifica-se – como se salientou no citado acórdão do STA de 28 de Janeiro de 1998 – pela necessidade de defesa de interesses próprios comunitários [...].

. . . . Neste contexto de interpenetração das duas ordens jurídicas, comunitária e nacional, os entendimentos jurisprudenciais, quer do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, quer do Supremo Tribunal Administrativo, confluem no delinear de um sistema cujos traços fundamentais foram descritos nos dois pontos anteriores deste acórdão.

COMENTÁRIO

É pacífica na jurisprudência (constitucional e ordinária) portuguesa a aceitação do primado do Direito comunitário sobre o direito interno ordinário (Acórdão n.º 60/2006). Menos pacífica é já a dilucidação das relações entre a norma constitucional e a norma comunitária, problema que o Tribunal Constitucional tem prudentemente evitado (embora tenha estado dele próximo no Acórdão n.º 339/2002).

Após a reforma de 2004, que aditou um número 4 ao artigo 8.º da Constituição, um grupo de Professores de Direito chegou a apresentar ao então Presidente da República uma petição para que fosse suscitada fiscalização sucessiva da constitucionalidade da lei de revisão – pedido que não veio a ser atendido. Por seu lado, e já depois dos referendos francês e holandês (em meados de 2005), foi aprovada nova revisão constitucional (a 7.ª revisão da CRP), que aditou o actual artigo 295.º. Curiosamente, após a Declaração de Berlim, parece desenhar-se um movimento ao nível dos órgãos de soberania no sentido de pretender evitar o referendo para a aprovação de um novo tratado europeu.

Tem sido entendido na doutrina que o artigo 8.º, n.º 4, adoptou a *doutrina dos contra-limites*, elaborada pelos tribunais constitucionais italiano e alemão, e até de modo mais amplo do que a configurada por estes, à luz do recurso ao conceito de “princípios fundamentais do Estado de Direito democrático”¹. Nesses princípios cabe, por certo, o essencial do sistema de direitos, liberdades e garantias, a independência dos tribunais e o respeito do princípio democrático (quer na vertente do pluralismo político, quer nas vertentes da democracia participativa e da democracia económica, social e cultural).

Por esse prisma, a interpenetração das duas ordens jurídicas (referida neste acórdão) não impede que seja diferenciada a perspectiva de cada uma, na medida em que o n.º 4 do artigo 8.º acaba (num *efeito positivo* dessa nova previsão, mais ainda após o fracasso da “Constituição Europeia” que o tinha inspirado) precisamente por assinalar a autonomia do sistema jurídico português, ao esclarecer a quem pertence *a competência das competências* para definir o regime do direito da União e das Comunidades Europeias no universo da ordem jurídica portuguesa².

¹ Miguel Galvão Teles, «Constituições dos Estados e eficácia interna do Direito da União Europeia e das Comunidades e Europeias», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 318 ss.

² M. Galvão Teles, «Constituições dos Estados...», cit., p. 329.

V – JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

5.1. Oportunidade de defesa Acórdão n.º 416/2003, de 24 de Setembro

(*Diário da República*, 2.ª série, n.º 82, de 6 de Abril de 2004, p. 5488-5497)

Palavras-chave: interrogatório do arguido; comunicação ao arguido dos elementos probatórios; oportunidade de defesa; igualdade de armas; norma; objecto do recurso; estatuto das convenções internacionais; protecção das crianças.

[No âmbito de um inquérito criminal, iniciado em 2002, envolvendo múltiplos arguidos – processo que veio a ficar conhecido como “Processo Casa Pia” –, o arguido H. M. foi detido e sujeito, em 5 de Maio de 2003, a um segundo interrogatório, findo o qual foi submetido à medida de prisão preventiva. Haveria indícios da prática, por parte desse arguido, de quatro crimes de lenocínio e de setenta e dois crimes de abuso sexual de criança.

Contra o despacho do juiz, o arguido interpôs recurso para o Tribunal da Relação, alegando não ter tido acesso a quaisquer elementos probatórios, uma vez que apenas fora confrontado com questões genéricas. Concluiu, por isso, que havia violação do artigo 141.º, n.ºs 1 e 4, do Código de Processo Penal (que obriga à comunicação ao arguido dos factos e das provas) e que, em todo o caso, a interpretação desses preceitos da lei processual aplicável fora inconstitucional, por violação dos artigos 27.º, n.º 4, 28.º, n.º 1, e 32.º da Constituição.

O Tribunal da Relação de Lisboa negou provimento ao recurso, por acórdão de 9 de Julho de 2003. Foi contra este acórdão que o arguido interpôs o recurso de constitucionalidade, onde obteve provimento unânime.

Na sequência do julgamento do Tribunal Constitucional, o arguido veio, mais tarde, a ver revogada a medida de prisão preventiva, tendo-lhe identicamente sido dados a conhecer as provas e os factos indiciários existentes contra si.]

Julgamento da 2.ª Secção do Tribunal Constitucional. . . .

9 – Quanto à questão de inconstitucionalidade relativa à *não comunicação, no decurso do interrogatório, dos elementos probatórios* em que se alicerçou a imputação dos factos e a determinação da detenção, entende-se não ser de acolher a objecção ao conhecimento dessa questão por a mesma carecer de *natureza normativa*. [...]

Não se pode, assim, aceitar que a presente questão de inconstitucionalidade se reporte à própria decisão recorrida, que, na aplicação ao caso concreto de um critério normativo previamente enunciado, teria especificado quais os elementos probatórios relativos à imputação de ilícitos de natureza sexual que podiam e quais os que não podiam

ser comunicados ao arguido no decurso do seu interrogatório (especificação esta que, de todo em todo, não ocorreu). A inconstitucionalidade é imputada a um critério normativo, e não a uma decisão judicial em si mesma considerada, pelo que nenhum impedimento há ao seu conhecimento.

....

11 – Conclui-se, assim, que constitui objecto do presente recurso a questão da inconstitucionalidade da norma do n.º 4 do artigo 141.º do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que, no decurso do interrogatório de arguido detido, a “*exposição dos factos que lhe são imputados*” pode consistir na formulação de perguntas genéricas e abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, local e modo em que tais factos terão ocorrido, e sem comunicação dos elementos probatórios em que se alicerça aquela imputação e que determinaram a sua detenção.

....

12 – . . . Embora inserido na fase processual do inquérito – cujo *dominus* é o Ministério Público –, o interrogatório judicial de arguido detido é um acto jurisdicional que tem funções eminentemente garantísticas e não de investigação ou de recolha de prova. Trata-se de um acto subordinado ao princípio do contraditório, em que o arguido surge como sujeito processual, e não como objecto da investigação, e em que o juiz de instrução deve tentar minorar, na medida do possível, a desigualdade inicial de que partem Ministério Público e arguido quanto ao conhecimento dos factos investigados e da prova recolhida.

....

13 – Na comunicação dos factos, não se pode partir da presunção da culpabilidade do arguido, mas antes da presunção da sua inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP). Assim, o critério orientador nesta matéria deve ser o seguinte: a comunicação dos factos deve ser feita com a concretização necessária a que um inocente possa ficar ciente dos comportamentos materiais que lhe são imputados e da sua relevância jurídico-criminal, por forma a que lhe seja dada “*oportunidade de defesa*” (artigo 28.º, n.º 1, da CRP). . . .

Em face do exposto, impõe-se a conclusão de que o critério normativo seguido, do qual resultou a não comunicação ao arguido ora recorrente dos factos concretos que lhe eram imputados, não permite assegurar a sua oportunidade de defesa em relação às causas que determinaram a sua detenção (artigo 28.º, n.º 1, da CRP). Numa situação, como a presente, que supostamente se prolongou ao longo de um ano, com prática reiterada de actos de índole sexual, não seria, certamente, exigível uma exaustiva pormenorização, com indicação precisa das datas de cada um desses actos, do conteúdo concreto de cada um deles ou da respectiva duração. Mas seria indispensável que ao arguido fosse dado conhecimento das circunstâncias essenciais à sua defesa [...].

Ao interpretar a norma do n.º 4 do artigo 141.º do CPP como dispensando esta concretização mínima, as instâncias violaram o disposto nos artigos 28.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da CRP.

....

15 – Quanto ao último fundamento utilizado no acórdão recorrido, há que começar por referir que a invocação da Convenção dos Direitos das Crianças como tendo valor idêntico à lei constitucional é im procedente e desnecessária.

Na verdade, o que se discutiu na jurisprudência e na doutrina foi a eventual supremacia do direito internacional convencional sobre o direito interno ordinário, em termos de este não poder validamente revogar aquele, e nunca a paridade entre o direito internacional convencional e o direito constitucional, tese de todo em todo insustentável face à previsão da fiscalização da constitucionalidade dos tratados e acordos internacionais (artigos 278.º, n.º 1, e 279.º, n.ºs 1 e 4, da CRP). E tal invocação era desnecessária porque a especial protecção das crianças, como incumbência do Estado, tem consagração no artigo 69.º, n.º 1, da CRP.

COMENTÁRIO

Pela sua manifesta relevância, a justiça constitucional, em algumas das Faculdades de Direito portuguesas, constitui objecto de disciplina autónoma (contando com o apoio de verdadeiros manuais)¹. Para isso terá contribuído certamente a complexidade do sistema de controlo da constitucionalidade instituído pela Constituição, mas sobretudo a efectiva e profunda influência da jurisprudência constitucional na ordem jurídica portuguesa como um todo.

Partindo deste Acórdão n.º 416/2003, há dois traços reveladores dessa dinâmica da justiça constitucional a assinalar agora: a ampliação do objecto de recurso a *interpretações normativas* e o reconhecimento da difícil fronteira entre o recurso de normas e o recurso de decisões.

Tendo como pressuposto a distinção entre texto e norma, há muito que o Tribunal Constitucional vem entendendo que o objecto de fiscalização não é constituído apenas (ou sequer) pelos enunciados. Na verdade, a fiscalização (tanto a sucessiva abstracta como a concreta, mas já não a fiscalização preventiva) pode apenas incidir sobre uma determinada interpretação (ou dimensão normativa), seja ela extraída de um pequeno segmento textual, de um conglomerado de elementos textuais ou de dimensões normativas construídas com base na relação entre texto e as circunstâncias do caso.

O fenómeno (que não está ausente da fiscalização abstracta) é particularmente visível na fiscalização concreta, onde, para o sucesso de um recurso de constitucionalidade, se torna cada vez mais evidente a necessidade do preenchimento de duas condições: a boa preparação jurídico-constitucional dos profissionais do foro; e a capacidade de, a partir de um despacho ou de uma sentença, reconstruir interpretativamente a, porventura complexa, regra do caso (como dá nota eloquente este acórdão).

¹ Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional – tomo I, Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006; tomo II – *O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

Ao afirmar, no ponto 9 do acórdão, que não se pode aceitar que a questão de inconstitucionalidade se reporte à própria decisão recorrida (em vez de a um critério normativo), o Tribunal Constitucional está precisamente a reconhecer o inverso: está a reconhecer que se encontra numa nebulosa zona de fronteira entre a apreciação de decisões e a apreciação de normas².

Dois indícios de que essa fronteira foi inclusivamente ultrapassada, neste caso, estão bem presentes no facto de o Tribunal Constitucional ter tido necessidade de solicitar as peças processuais relativas ao interrogatório do arguido e na própria extensão e sofisticação semântica da interpretação normativa que veio a ser objecto do recurso.

Ora, se esta extensão do objecto de recurso apresenta vantagens, pelo alargamento da tutela subjectiva que propicia, não está isenta de objecções, nomeadamente pela manipulação das competências de controlo (através da construção, muitas vezes, forçada e sinuosa da norma) e pela insegurança a que necessariamente dá lugar. Por seu turno, tecnicamente, segundo alguma doutrina, o Tribunal deveria claramente assumir que, em muitos desses casos, não está apenas a proceder ao controlo da constitucionalidade de normas, mas também (ou sobretudo) à apreciação de uma «violação» (enquanto modalidade de *afecção inconstitucional*) de um direito fundamental ou dos efeitos de protecção de um direito fundamental³.

5.2. Utilização da informática (1989)
Acórdão n.º 182/89, de 1 de Fevereiro
(*AcTC*, vol. 13 – I, p. 135 ss.)

Palavras-chave: protecção dos dados pessoais; necessidade de mediação legislativa; inconstitucionalidade por omissão.

[O Provedor de Justiça requereu em 1987 que fosse verificado o incumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar executáveis os n.ºs 2 e 3 do artigo 35.º da Constituição.

Esses preceitos haviam sido aditados na revisão constitucional de 1982 e, transcorridos cinco anos, não se conheciam actos positivos que definissem as excepções à regra da proibição do acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais, nem tão-pouco a definição de dados pessoais.

Em decisão unânime, o Tribunal deu por verificada a omissão legislativa. Na sequência do acórdão, o Parlamento viria a reparar a mesma através da aprovação da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril (Lei da protecção de dados pessoais face à informática).]

² Jorge Reis Novais, «Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)», in *Themis*, vol. 10 (2005), p. 107 ss.

³ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 487; Idem, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Estoril, Principia, 2007, p. 103 s.

Julgamento do Plenário do Tribunal Constitucional

[O actual artigo 283.º da Constituição estabelece que o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

. . . . [Proibindo] aquele n.º 2 o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais, salvo em casos excepcionais previstos na lei, e remetendo o n.º 4 para a lei a definição de dados pessoais, é evidente a necessidade da *mediação legislativa* ou *interpositio legislatoris*, expressa no n.º 4, para definir o conceito de dados pessoais, a fim de tornar plenamente exequível a garantia constante do n.º 2. [O Tribunal enumera, em seguida, as sucessivas iniciativas legislativas apresentadas nesse sentido, que todavia não conseguiram converter-se em lei.]

. . . . Estão pois verificados todos os pressupostos ou requisitos da existência de inconstitucionalidade por omissão.

COMENTÁRIO

Na sequência de um conjunto de casos apreciados pela Comissão Constitucional (Pareceres n.ºs 4/77, 8/77, 11/77, 9/78, 35/79 e 1/81), o Tribunal Constitucional inaugurou com este Acórdão n.º 182/89¹, a sua intervenção no âmbito da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º da Constituição).

Ora, apenas em 2002, o Tribunal Constitucional voltará a dar por verificada a inconstitucionalidade por omissão – no excelente Acórdão n.º 474/2002 (sobre assistência material no desemprego aos trabalhadores da Administração Pública), já parcialmente citado nos casos 1.1 e 2.3 e, tal como em 1989, também objecto de decisão unânime.

Porém, tal nem significa que não tenha havido outras decisões, nem significa que esses processos não tenham tido a necessária relevância político-constitucional: houve, de facto, outras decisões, como os Acórdãos n.ºs 276/89 (sobre crimes de responsabilidade dos titulares de cargos públicos), 36/90 (sobre referendos locais), 351/91 (sobre comunicação do direito de arrendamento aos filhos menores nascidos fora do casamento), 638/95 (sobre acção popular) e 424/2001 (sobre candidaturas de grupos de cidadãos a órgãos das autarquias locais); por outro lado, verifica-se que nestes processos acabou por ser suficiente o desencadeamento do processo de fiscalização para o legislador vir a suprir a falta de legislação – o que demonstra, porventura ainda melhor, as virtualidades do instituto.

Vinda da Constituição portuguesa de 1976, esta modalidade de fiscalização foi, como é sabido, objecto de posterior recepção designadamente na Constituição brasileira de 1988.

¹ Para uma anotação, Jorge Miranda, in *O Direito*, ano 121.º, II, 1989, p. 380 ss.