

**Cimeira dos Presidentes dos Supremos Tribunais, Tribunais Constitucionais  
e Tribunais Regionais (México, 8-9 Nov. 2012)**

**Relatório Nacional – Portugal** \*

**1. Os “direitos humanos” como “direitos fundamentais” na Constituição da República Portuguesa**

Os “direitos humanos”, enquanto direitos de validade universal, que se reconhecem ao ser humano como tal, na esfera do direito internacional, independentemente da sua consagração numa dada ordem constitucional, são também, em face da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), “direitos fundamentais”, já que nela se encontram amplamente positivados e protegidos.

É extenso, na verdade, o catálogo de direitos fundamentais que a CRP contempla, ocupando toda a Parte I, que abrange os artigos 12.º a 79.º Tais direitos encontram-se sistematicamente estruturados em duas grandes categorias: a dos “direitos, liberdades e garantias” e a dos “direitos económicos, sociais e culturais”. A primeira delas subdivide-se em “direitos, liberdades e garantias pessoais”, “direitos, liberdades e garantias de participação política” e “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores”.

A detalhada previsão e garantia de direitos fundamentais na CRP não forma, todavia, um *sistema fechado* de direitos fundamentais, pois, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional». Nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem».

Na ordem constitucional portuguesa, estes direitos são vistos como inerentes à própria condição e dignidade humanas, pelo que todos eles radicam, em último termo, no reconhecimento da *dignidade da pessoa humana*, enfaticamente proclamada logo no artigo 1.º da CRP: «*Portugal é uma*

---

\* Relatório apresentado pelo Presidente do Tribunal Constitucional Português, Juiz Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro, elaborado com a colaboração da Assessora Dra. Esperança Mealha. A tradução do português para o francês foi realizada pela Dra. Eva Bacelar, Tradutora do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República.

*República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*». Sendo a dignidade da pessoa humana uma das bases da República Portuguesa, ela tem um valor matricial que irradia para todo o ordenamento, obrigando o Estado, não só a protegê-la como a promovê-la, pelo que nela se fundam também os direitos económicos e sociais.

O “respeito dos direitos do homem” é um princípio norteador da ação de Portugal no domínio das relações internacionais, como expressamente prescreve o n.º 1 do artigo 7.º da CRP. E a visão supranacional e universalista dos direitos da pessoa, como direitos humanos, perpassa por todo o sistema de direitos fundamentais, tendo uma manifestação particularmente clara na consagração, pelo artigo 15.º, n.º 1, da CRP, do *princípio da equiparação* dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal. Nos termos deste princípio, o gozo de direitos fundamentais não depende da cidadania portuguesa, salvas as exceções que o n.º 2 admite. A equiparação abrange, em princípio, os direitos económicos e sociais, mesmo aqueles cuja efetivação importe encargos financeiros para o Estado<sup>1</sup>.

A mesma conceção transparece na preocupação em proteger os estrangeiros de riscos de afetação dos seus direitos fundamentais a que podem estar sujeitos nos seus Estados nacionais. Assim, não é admitida a *extradição* por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, “pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física” (artigo 33.º, n.º 6, da CRP). A extradição a que corresponda pena ou medida de segurança restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida só é admitida mediante condições, designadamente a de o Estado requisitante “oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada” (artigo 33.º, n.º 4). Nos termos do n.º 8 do mesmo preceito, a Constituição portuguesa concede também uma generosa garantia do *direito de asilo* «aos estrangeiros ou apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos *direitos da pessoa humana*» [sublinhado nosso].

E a tutela dos direitos dos estrangeiros, no âmbito aplicativo do artigo 33.º, tem dado azo a abundante jurisprudência, de que destacaríamos os Acórdãos n.ºs 417/95 e 1146/96<sup>2</sup> – no sentido de

---

<sup>1</sup> V. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2.ª ed., 2010, 276. Como aqui se anota, a Constituição estabelece mesmo uma incumbência do Estado especificamente dirigida aos imigrantes. Está fixada na alínea f) do n.º 2 do artigo 74.º, nos termos da qual compete ao Estado «assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado na efetivação do direito ao ensino».

<sup>2</sup> O Acórdão n.º 417/95 teve origem num pedido de extradição da República Popular da China relativo a cidadão chinês detido em Macau; e o Acórdão n.º 1146/1996 declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de norma em

que não é constitucionalmente admissível a extradição por casos em que a aplicação da pena de morte é legalmente possível, ainda que não previsível, só sendo admissível se for certa a não aplicação dessa pena, por tal já não ser juridicamente possível, segundo o direito internamente vinculante desse Estado (excluindo, assim, a possibilidade de a extradição ser concedida havendo garantia, vinculante no plano internacional, da substituição da pena de morte).

Esta jurisprudência foi estendida, no Acórdão n.º 474/95 a um pedido de extradição dos Estados Unidos da América (caso “Varizo”), relativo a um crime punível com prisão perpétua.

Seguindo, ainda, a mesma linha jurisprudencial, o Acórdão n.º 1/2001 não declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de uma norma que permite a extradição no caso de o Estado requerente, por ato irrevogável e vinculativo para os seus tribunais ou outras entidades competentes, ter previamente comutado a pena de morte ou outra de que possa resultar lesão irreversível da integridade da pessoa; e o Acórdão n.º 384/2005, num pedido de extradição requerido pela União Indiana, não julgou inconstitucional uma norma da “Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba”, interpretada no sentido de obrigar Portugal à extradição por crime a que é abstratamente aplicável pena de morte, mas em que resulta da lei do Estado requerente a impossibilidade jurídica de aplicação dessa pena, e por crimes a que é abstratamente aplicável pena de prisão perpétua, quando exista reciprocidade do dever de extraditar e o Estado requerente ofereceu garantia jurídica internacionalmente vinculante da não aplicação de pena de prisão de duração superior a 25 anos.

## **2. A natureza do controlo de constitucionalidade. O acesso à jurisdição constitucional**

Em Portugal, o controlo de constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional, tem por objeto exclusivamente normas jurídicas, dado que o direito português não faculta a “queixa constitucional” ou o “recurso de amparo”<sup>3</sup>. Em face disso, o Tribunal Constitucional conhece da violação dos direitos fundamentais apenas no contexto da fiscalização da constitucionalidade das normas com um conteúdo que os possa afetar.

O sistema de fiscalização compreende quatro tipos de controlo: o controlo preventivo, o controlo abstrato sucessivo, o controlo concreto e o controlo da constitucionalidade por omissão. Os

---

vigor no território de Macau, que permitia a extradição por crimes puníveis no Estado requerente com a pena de morte, havendo garantia da sua substituição, mesmo quanto esta garantia, de acordo com o ordenamento penal e processual penal do Estado requerente, não era juridicamente vinculante para os respetivos tribunais.

<sup>3</sup> A impugnação de atos jurídicos, jurisdicionais ou administrativos, só pode ser feita perante os outros tribunais.

dois primeiros e o último competem, em exclusivo, ao Tribunal Constitucional, detendo legitimidade para a requerer certas entidades públicas (no caso do controlo preventivo, apenas o Presidente da República e, quanto aos decretos legislativos regionais, os Representantes da República nas regiões autónomas: artigo 278.º, n.ºs 1 e 2, da CRP). Quanto ao controlo concreto, o modelo português é misto, “difuso na base e concentrado no cume”, isto porque todos os tribunais têm competência para desaplicar normas contrárias à Constituição (artigo 204.º da CRP), dessas decisões cabendo recurso para o Tribunal Constitucional, que profere a última palavra, quanto à questão de constitucionalidade.

Os particulares têm acesso ao Tribunal Constitucional apenas em sede de controlo concreto, por via de recurso de constitucionalidade, interposto contra decisões de outros tribunais sobre questões de constitucionalidade que incidentalmente se tenham levantado na causa submetida a julgamento. Pode ser acionado o controlo concreto essencialmente em face de dois grandes grupos de decisões dos tribunais: as que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento em inconstitucionalidade, e as que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

### **3. O Tribunal Constitucional e o legislador. A fiscalização de omissões legislativas**

As normas consagradoras de direitos fundamentais estão na primeira linha dos parâmetros constitucionais invocados pelo Tribunal Constitucional para ajuizar da conformidade à Constituição de normas do direito ordinário.

A jurisprudência constitucional tem sido determinante na explicitação, concretização e consolidação do catálogo de direitos fundamentais consagrado na Constituição da República Portuguesa. Mesmo quando a decisão proferida é no sentido da não inconstitucionalidade, a fundamentação da decisão pode constituir um importante *apport* para a densificação do conteúdo prescritivo de uma norma atinente a um determinado direito. A necessária ponderação dos direitos colidentes e dos interesses conflitantes, constitucionalmente credenciados, leva à fixação jurisprudencial do “âmbito de garantia efectiva” dos direitos consagrados, *prima facie*, no texto constitucional. E, dada a tendência dos demais tribunais para acompanharem de perto essa jurisprudência, mesmo fora dos casos de exercício da faculdade contida no artigo 80.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional (“sentenças interpretativas”), ela tem dado um contributo decisivo à implantação, na prática judicial, de uma forte “cultura da constitucionalidade”.

Nessa atividade de controlo da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional Português opera como um “legislador negativo”. Significa isto que um juízo de inconstitucionalidade retira eficácia à norma objeto do pedido – com força obrigatória geral, no caso da fiscalização abstrata; no domínio da questão controvertida, no caso da fiscalização concreta.

Na fiscalização abstrata da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional desempenha, assim, uma função “cassatória” das normas inconstitucionais: a declaração de inconstitucionalidade de uma norma elimina-a do ordenamento jurídico, o que tem como consequência, em princípio, a repristinação das normas revogadas pela norma declarada inconstitucional. No entanto, o Tribunal Constitucional não pode substituir-se à Assembleia da República ou ao Governo na produção das normas que devam substituir aquelas que foram declaradas inconstitucionais. O Tribunal abstém-se, mesmo, de qualquer apelo ou recomendação ao legislador, instigando-o, de qualquer modo, a uma posterior atuação normativa, em determinado sentido.

Nem sempre a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, desde a entrada em vigor da norma inconstitucional. A CRP confere ao Tribunal Constitucional o poder de, por razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de exceção de relevo, fixar outro alcance temporal à decisão (cfr. o artigo 282.º, n.º 4, da CRP). O Tribunal tem feito uso relativamente frequente desse poder, normalmente para determinar efeitos meramente *ex nunc*, para futuro, ressalvando todos os efeitos (e não apenas os efeitos que, necessariamente, resultariam ressalvados por força de caso julgado anterior) já produzidos até à publicação da declaração de inconstitucionalidade no jornal oficial (*Diário da República*). Em certas decisões, o Tribunal admitiu implicitamente que certos efeitos jurídicos e/ou de facto das normas perdurassem para além da declaração de inconstitucionalidade, como recentemente, no Acórdão n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, de normas constantes do Orçamento do Estado para 2012, que suspenderam o pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos servidores públicos. O Tribunal determinou que os efeitos desta declaração não se aplicassem à execução orçamental em curso, relativa ao ano de 2012.

Em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, saliente-se que, embora a Assembleia da República tenha o poder de confirmar, através de uma maioria reforçada, a norma que haja sido objeto de um juízo de inconstitucionalidade (cfr. artigo 279.º, n.º 2, da CRP), a verdade é que, até à data, nunca exerceu tal poder, tendo sempre reformulado ou expurgado as normas objeto de juízos de inconstitucionalidade.

Apesar da justeza da qualificação do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, é inegável que a jurisprudência constitucional acaba por ter um impacto “positivo” na produção

legislativa, inspirando amiúde as suas decisões e a fundamentação em que se apoiam posteriores soluções legislativas.

É o caso paradigmático do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro, que aprova o regime jurídico da cessação do contrato individual de trabalho, em cujo preâmbulo o legislador invoca as “balizas” decorrentes do Acórdão n.º 107/88, do Tribunal Constitucional, que, em sede de fiscalização preventiva, apreciou a constitucionalidade de várias normas do decreto da Assembleia da República que autorizava o Governo a legislar sobre aquela matéria.

Outro exemplo é o Acórdão n.º 23/2006, que, firmando jurisprudência anterior, iniciado pelo Acórdão n.º 486/2004, declarou inconstitucional, com força obrigatória geral, a norma do Código Civil que estabelecia, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigante. Na sequência deste juízo de inconstitucionalidade, o legislador alterou a norma em questão, aumentando o referido prazo para dez anos.

Por seu turno, a interpretação do Tribunal Constitucional (vertida, em especial, no a seguir citado Acórdão n.º 474/95) sobre as disposições constitucionais relativas às condições em que Portugal concede a extradição por crimes puníveis com pena de morte ou prisão perpétua, terá conduzido a uma declaração adicional de Portugal à Convenção Relativa à Extradicação entre os Estados Membros da União Europeia (Convenção de Dublin)<sup>4</sup>.

Os exemplos mais impressionantes do diálogo “silencioso” entre o Tribunal Constitucional e o legislador são, porventura, os resultantes do poder daquele de fiscalizar a constitucionalidade de *omissões legislativas* (art. 283.º da CRP). Embora a decisão que dê por verificada uma inconstitucionalidade por omissão não tenha um efeito vinculativo para o legislador, mas antes um efeito meramente declarativo, o certo é que a mera pendência de um processo de fiscalização da constitucionalidade por omissão tem sido suficiente para instigar o legislador a suprir a omissão em causa. De facto, em quatro dos escassos sete processos em que, até hoje, foi pedida a fiscalização da constitucionalidade por omissão, a mera expectativa da decisão do Tribunal Constitucional teve como efeito que, na pendência do processo, o legislador aprovasse as medidas legislativas em falta. Nos dois únicos casos em que o Tribunal Constitucional deu como verificada a existência de inconstitucionalidade por omissão, o legislador tratou de suprir a referida omissão: o Acórdão n.º 182/89 deu origem à Lei n.º 10/91 (Lei de proteção de dados pessoais face à informática); e o Acórdão n.º 474/2002 deu origem, após várias tentativas frustradas de aprovar a medida legislativa

---

<sup>4</sup> Sobre esta questão e sobre as dúvidas que, na sequência do caso Varizo (Acórdão n.º 474/95), se suscitaram quanto a saber se Portugal estaria em condições de cumprir a Convenção de Aplicação de Schengen, cfr. o Acórdão n.º 1/2001.

em falta, à Lei n.º 11/2008, que, além do mais, criou a proteção no desemprego de trabalhadores da Administração Pública.

Em casos muito raros, no âmbito aplicativo do princípio da igualdade, pode dizer-se que o juízo de inconstitucionalidade (“negativo”) comporta efeitos aditivos (“positivos”), de extensão do regime mais favorável à categoria de sujeitos objeto de tratamento inigualitário ou discriminatório.

Será o caso do Acórdão n.º 449/87, no qual, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, se julgou inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, uma norma que diferenciava as pensões atribuídas aos viúvos e viúvas de cônjuges mortos em acidentes de trabalho, fixando uma pensão menor para o viúvo. Na fundamentação deste aresto, salienta-se que «quando ocorre uma violação do princípio da igualdade, emergente do facto de se reconhecer a uma categoria de cidadãos o direito a prestações ou a benefícios que não são reconhecidos a outra categoria deles (ou do facto de o serem àqueles em medida maior do que a estes), a uma tal violação tanto pode obviar-se, numa perspetiva puramente lógica ou fáctica, através do afastamento ou eliminação da regulamentação mais desfavorável como da mais favorável (ou até de ambas, e da sua substituição por uma outra).» Conclui-se, depois, que, no caso decidido, ao nível da justiça constitucional, a desigualdade em apreço não pode resolver-se, «de um ponto de vista normativo (e já não puramente fáctico), senão pela prevalência da regulamentação mais favorável.» A norma referida foi posteriormente objeto de declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, no Acórdão n.º 191/88. Mas, neste último acórdão, o Tribunal Constitucional decidiu não ter poderes para apreciar o pedido na parte em que solicitava que à declaração de inconstitucionalidade da norma fosse dado «o sentido de passar a ser aplicável aos viúvos o regime mais favorável prescrito para as viúvas».

Será, também, o caso do Acórdão n.º 359/91, no qual foi decidido declarar inconstitucional, com força obrigatória geral, por violação da proibição de não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, uma certa interpretação normativa, contida num Assento do Supremo Tribunal de Justiça, que considerava não serem aplicáveis às uniões de facto, mesmo que destas houvesse filhos menores, a norma do Código Civil que manda atender ao interesse dos filhos, para efeitos de, em caso de divórcio, transmitir o direito do arrendamento para habitação ao cônjuge não arrendatário. Considerou o Tribunal Constitucional, além do mais, que o “interesse dos filhos” na atribuição do direito ao arrendamento a que se reportam as normas do Código Civil, quando erigido em critério relevante de atribuição daquele direito, tinha que ser respeitado, tanto no caso dos filhos nascidos do casamento, como no caso dos filhos nascidos de uniões de facto.

Cumpra, por último, referir que, de acordo com o princípio da *interpretação das leis em conformidade com a Constituição*, nos casos em que o enunciado normativo admita mais do que um sentido interpretativo, deve prevalecer aquele que conduza a um resultado conforme com a Constituição. No âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional pode, mesmo, ao abrigo do artigo 80.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, proferir “sentenças interpretativas”, determinando ao tribunal recorrido que certa norma seja interpretada e aplicada, no julgamento do caso, com o sentido que ele definir como sendo conforme à Constituição (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 163/1995, 35/2008 e 491/2009). Embora a interpretação fixada na decisão do Tribunal Constitucional só tenha força obrigatória no processo que deu origem ao recurso de constitucionalidade, verifica-se uma tendência para os tribunais comuns replicarem a interpretação da norma, tal como fixada pelo Tribunal Constitucional para determinado caso, noutros processos idênticos. Quando assim acontece, a interpretação normativa fixada pelo Tribunal ganha um alcance para além do concreto recurso de fiscalização concreta de onde emergiu, a ponto de quase substituir o texto da norma, tal como aprovada pelo legislador.

Este poder de interpretar a lei ordinária tem sido utilizado parcimoniosamente pelo Tribunal Constitucional e não é isento de críticas na doutrina, que vem questionando a admissibilidade de o Tribunal Constitucional fixar a interpretação da lei ordinária de forma obrigatória, interferindo com os poderes interpretativos dos demais tribunais.

#### **4. Os direitos económicos e sociais na Constituição Portuguesa. Sua justiciabilidade.**

Na CRP, as “tarefas constitucionalmente impostas” de proteção jurídica a bens económicos e sociais não resultam de normas meramente programáticas ou de princípios gerais, mas antes de normas que garantem posições jurídicas subjetivas, como direitos fundamentais, vinculando os poderes públicos a uma certa forma de actuação, em ordem à tutela dos bens contemplados. Para além de uma dimensão garantística negativa, esses direitos fundam pretensões a prestações estaduais, dando, no seu conjunto, uma configuração concreta ao Estado de direito *social*, sem prejuízo da necessária mediação de uma conformação legislativa.

O elenco de direitos económicos, sociais e culturais com assento constitucional é muito extenso, formando um desenvolvido e diversificado bloco normativo, que dificilmente encontra paralelo noutras constituições. Estão previstos direitos dos trabalhadores (arts. 58.º e 59.º), dos consumidores (art. 60.º), o direito à segurança social (art. 63.º), à saúde (art.64.º), à habitação e urbanismo (art. 65.º), ao ambiente e qualidade de vida (art. 66.º), à proteção da família (art. 67.º) e à

paternidade e maternidade (art. 68.º). Uma especial proteção é conferida às categorias mais vulneráveis, como as crianças (art. 69.º), em particular as “órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal” (n.º 2 do mesmo artigo), os jovens (art. 70.º), os cidadãos portadores de deficiência (art. 71.º), obrigando-se o Estado a “uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração” desses cidadãos, e a terceira idade (art. 72.º). Para além disso, o sistema público de segurança social visa, em geral, acorrer a situações de carência de meios de subsistência ou de perda ou diminuição de capacidade para o trabalho, estando exemplificativamente enunciadas a doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como o desemprego (n.º 3 do art. 63.º da CRP).

A enunciação destes direitos obedece à típica configuração normativa das regras consagradoras dos direitos fundamentais, em termos de reconhecimento da titularidade de uma posição jurídica garantida (no caso de abrangência universal: “todos têm direito a...”). Para além disso, da estrutura da grande maioria destes preceitos faz parte a fixação de precisas incumbências ao Estado, como deveres de conduta estatal com vista a assegurar a efetiva realização destes direitos (cfr., por exemplo, os n.ºs 2 dos arts. 58.º, 59.º, 63.º, 65.º, 66.º, 67.º e 74.º, e o n.º 3 do art. 64.º).

Em certos domínios, a própria CRP prevê e impõe uma dada estrutura organizatória que o Estado deve criar e manter, para assegurar o fornecimento das prestações que os direitos sociais postulam. É notoriamente o caso da previsão de um “sistema de segurança social unificado e descentralizado” (n.º 2 do art. 63.º) e de um “serviço nacional de saúde universal e geral” (art. 64.º, n.º 2, al. a)).

Em face deste quadro, é incontroverso que os direitos económicos, sociais e culturais gozam da força normativa própria dos direitos fundamentais, podendo suscitar-se, a seu propósito e nos seus domínios, questões de constitucionalidade.

E assim tem acontecido, com muita frequência, sendo numerosas as pronúncias do Tribunal Constitucional que os têm por objeto. Na grande maioria dos casos, elas foram emitidas em controlo abstrato de constitucionalidade, quanto a medidas legislativas redutoras dos níveis de tutela e de realização já alcançados. Apenas num caso, o do Acórdão n.º 474/2002, foi julgada (e tida por inconstitucional) a omissão da promulgação de uma medida considerada necessária à efetividade de uma garantia – a de subsídio de desemprego para trabalhadores da função pública.

A *justiciabilidade* desta categoria de direitos admite, todavia, diferenciações de padrões de controlo e gradações da sua intensidade aplicativa consoante a dimensão do direito em causa e a

natureza do dever estadual que se lhe contrapõe<sup>5</sup>. Tratando-se de um dever de respeito, a que corresponde um direito negativo à não ingerência do poder público, a questão coloca-se em termos análogos aos suscitados pela observância dos direitos de liberdade, no quadro dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Tratando-se de um dever de proteção, em que em juízo está a lesão ou não da *proibição de insuficiência*, já o grau de liberdade de conformação do legislador é maior, pois, em regra, a Constituição não impõe um específico modo de proteção, mas apenas uma atuação em vista desse resultado. Não está em causa, como na *proibição do excesso*, uma dada medida, mas o cumprimento da exigência de que «o direito infraconstitucional ofereça, no seu conjunto, uma proteção eficiente»<sup>6</sup>.

Esta linha de fundamentação está presente em vários acórdãos. Sirva de exemplo o Acórdão n.º 590/2004, que se debruçou sobre a revogação do crédito jovem para aquisição de casa própria. A medida foi apreciada em face da norma do artigo 70.º, al. c), da CRP, que concede proteção especial aos jovens para efetivação do direito à habitação. Não foi julgada inconstitucional, com fundamento em que se mantinham em vigor outras normas de proteção especial aos jovens no domínio do arrendamento. No dizer do Acórdão, a eliminação de uma medida protetiva «só colocará um problema de constitucionalidade se não subsistirem quaisquer outras medidas neste domínio, originando uma situação de total incumprimento da determinação constitucional, equivalente, nos seus pressupostos, a uma inconstitucionalidade por omissão».

Este critério só não poderá ser praticado quando uma forma de proteção estiver completamente determinada a nível constitucional. Então o controlo versa imediatamente sobre a observância dessa específica medida, sem dar lugar à ponderação da suficiência da tutela resultante do conjunto de outras medidas. É o que acontece, por exemplo, com a proibição constitucional do trabalho de menores em idade escolar, em proteção à infância (n.º 3 do artigo 69.º da CRP).

Mas a dimensão principal e mais característica dos direitos sociais é a dimensão *positiva* de *imposição de prestações fácticas* a cargo do Estado. Quer pela, em regra, menor densidade normativa das regras que os consagram, quer por implicarem atuações financeiramente condicionadas, os direitos económicos e sociais não proporcionam, em regra, nesta dimensão, uma garantia de imediato acesso individual aos bens sobre que recaem, análoga à que é timbre dos direitos de liberdade.

---

<sup>5</sup> Para uma tripartição dos deveres estatais, em deveres de respeito, de proteção e de promoção, também no quadro dos direitos sociais, cfr. JORGE NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010, 255 s.

<sup>6</sup> Cfr. CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, trad. portug. de Ingo Sarlet e P. Mota Pinto, Coimbra, 2003, 119.

Mas, mesmo neste domínio, tudo depende, em definitivo, do grau de determinabilidade do conteúdo da norma. Em certos casos, ainda que tal não seja comum, o comando constitucional não se limita a apontar uma política com um objetivo de promoção de um bem social, antes se traduz numa garantia firme de acesso a um certo bem, com a definição precisa de uma conduta a que os poderes públicos ficam vinculados, em ordem a propiciarem esse resultado. Quando assim é, não há qualquer razão para se alterarem ou atenuarem os padrões de controlo, em relação aos que incidem sobre as garantias no âmbito dos direitos pessoais. Configura uma situação deste tipo, por exemplo, o disposto na alínea a) do artigo 74.º, a qual, para realização do direito ao ensino, determina que incumbe ao Estado “assegurar o ensino básico, obrigatório e gratuito”.

Há ainda que ter presente, a mais disso, a aplicabilidade geral, como parâmetros de apreciação judicial, dos *princípios constitucionais*, quer dos princípios estruturantes de toda a ordem constitucional, quer dos princípios gerais que regem os direitos fundamentais – todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, e não apenas os direitos, liberdades e garantias. Entre os primeiros, estão o princípio básico da *dignidade da pessoa humana* e os princípios da *confiança* e da *proporcionalidade*, estes dois enquanto expressões do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º Entre os segundos, avulta o princípio da *igualdade*, com assento no artigo 13.º da CRP.

Todos estes princípios têm sido profusamente tidos em conta, nas decisões quanto à conformidade constitucional de medidas legislativas que afetam negativamente posições já alcançadas no gozo de bens objeto de direitos sociais. O juízo sobre a eventual ofensa a esses princípios dá azo a ponderações de valores que, em muitos casos, não diferem significativamente das levadas a cabo no tratamento de restrições aos direitos fundamentais com outra natureza.

Entre as decisões mais significativas, nesta área, conta-se o já mencionado Acórdão n.º 353/2012, que, em matéria respeitante ao direito à retribuição do trabalho, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação do princípio da igualdade, em conjugação com o princípio da proporcionalidade, de normas da Lei do Orçamento do Estado para 2012, que suspenderam o pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e 14.º meses, quer para pessoas que auferem remunerações salariais de entidades públicas, quer para pessoas que auferem pensões de reforma ou aposentação através do sistema público de segurança social. Considerou o Tribunal ser evidente «que o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional».

Esta decisão teve um enorme impacto, sendo invocada como razão para uma significativa mudança de política governamental, em matéria de medidas de consolidação orçamental, imposta por “memorandos de entendimento”, celebrados com o FMI e com a Comissão Europeia.

À ideia regulativa primordial da dignidade da pessoa humana tem, mesmo, sido atribuída eficácia normogenética, também nesta área dos direitos sociais, como instrumento operativo de “revelação” de direitos fundamentais não explicitamente consagrados<sup>7</sup>. Dela inferiu a jurisprudência constitucional o “*direito ao mínimo de existência condigna*”. Inicialmente, no Acórdão n.º 232/91, onde se afirmou que «o respeito incondicionado pela dignidade da pessoa humana exige, antes do mais, a garantia de um mínimo de sobrevivência».

Nas primeiras decisões em que se reconheceu um tal direito, esteve em causa a sua vertente *negativa*: a de a pessoa não ser privada do mínimo necessário à sua existência condigna. Foi assim, designadamente, numa série de acórdãos sobre a norma do Código de Processo Civil que permitia a penhora até um terço dos rendimentos provenientes de salários e pensões, qualquer que fosse o seu montante. No Acórdão n.º 177/2002, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da permissão de penhora, até um terço, de prestações periódicas pagas ao executado a título de regalia social ou de pensão, cujo valor global não seja superior ao salário mínimo nacional.

Mas, no Acórdão n.º 509/2002, o Tribunal Constitucional reconheceu este direito em dimensão *positiva*, como direito às prestações estaduais indispensáveis a uma vida com sentido humano, declarando inconstitucional a norma que denegava o “rendimento social de inserção” (antes designado como “rendimento mínimo garantido”) aos jovens entre 18 e 25 anos.

## **5. As convenções internacionais referentes a direitos do homem: componentes do “bloco de constitucionalidade”?**

A expressão “bloco de constitucionalidade” conota um eventual pluralismo de fontes de parâmetros de validade constitucional, a formação de um sistema alargado e reforçado de padrões de controlo de que farão também parte, para além da Constituição, outros elementos de normatividade de grau constitucional.

No espaço europeu, a questão põe-se, sobretudo, a propósito da *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, adotada em Roma, em 1950,

---

<sup>7</sup> Também nesta área, mas não apenas nela – cfr., por exemplo, o Acórdão n.º 130/88, que, com base em tal ideia, reconheceu como direito fundamental o “direito à disposição do próprio cadáver”.

problematizando-se a sua elevação ao plano do direito constitucional. A constitucionalização deste *direito internacional pactício* (ou, pelo menos, de algumas das suas regras e princípios) atribui-lhe eficácia de critério autónomo e direto de validade constitucional, o que implicará que a sua violação, por uma norma de direito interno, corresponderá sempre a uma “questão constitucional”.

Poderá, no quadro da Constituição portuguesa, afirmar-se a existência, neste sentido, de um “bloco de constitucionalidade”, resultante do reconhecimento de estatuto constitucional formal à Convenção Europeia dos Direitos do Homem?

O disposto no já referido artigo 16.º, n.º1, da CRP, parece apontar para uma resposta positiva a essa interrogação. Recorde-se que aí se estabelece que «*os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*». Por esta verdadeira “cláusula aberta de direitos fundamentais”<sup>8</sup> fica patente o reconhecimento de “direitos fundamentais fora da Constituição”, designadamente dos consagrados em “instrumentos jurídicos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado português”<sup>9</sup>.

Não obstante este tratamento constitucional privilegiado das convenções internacionais respeitantes aos direitos do homem, o Tribunal Constitucional português «nunca deu o passo do reconhecimento do valor “autónomo” da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, enquanto parâmetro do julgamento de constitucionalidade», sendo certo, por outro lado, que «nunca excluiu expressamente tal possibilidade»<sup>10</sup>. Apesar de frequentemente invocadas nos pedidos de fiscalização, nunca uma norma da Convenção ou uma decisão do Tribunal Europeu constituiu *ratio decidendi* de um acórdão do Tribunal Constitucional português.

Tal ficará a dever-se ao facto de a Constituição portuguesa, como já ficou dito, consagrar, de forma exaustiva, um elenco detalhado de direitos fundamentais, pelo que não é fácil detetar lacunas a preencher exclusivamente por fontes “externas”<sup>11</sup>, tanto mais que o elenco original de direitos fundamentais foi ainda alargado e precisado, com a constitucionalização de novos direitos introduzidos pelas revisões constitucionais. De resto, a própria Convenção e a Declaração Universal

---

<sup>8</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, 290.

<sup>9</sup> GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 2.º ed., Coimbra, 2010, 365-366

<sup>10</sup> “Rapport du Tribunal Constitutionnel de la République portugaise”, in *Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l’interférence en cette matière de l’action des juridictions européennes*, II, Paris, 2002, 565 s., 595.

<sup>11</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS (*ob. cit.*, 295), referem os direitos relativos ao regime penitenciário (artigo 10.º da Convenção Europeia) e o direito ao conhecimento da língua em processo penal (artigo 6.º, n.º 3, alíneas a) e e)); GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (*ob. cit.*, 366) apontam a proibição de prisão por dívidas (protocolo adicional n.º 4 à Convenção, artigo 11.º, n.º1).

dos Direitos do Homem serviram de fonte privilegiada para a positivação, na Constituição portuguesa, de direitos fundamentais.

A previsão, na Constituição Portuguesa, quer de forma explícita, quer implícita, de um vasto catálogo de direitos fundamentais tem, pois, dispensado a mobilização das fontes do direito internacional convencional, como base normativa de direitos jusfundamentais sem assento na Constituição, roubando, em larga medida, alcance prático à previsão do artigo 16.º, n.º 1, *in fine*, da CRP. O Tribunal tem rejeitado, mesmo, uma “duplicação” de parâmetros da decisão, no que foi particularmente claro o Acórdão n.º 352/98, onde se escreveu:

«Neste particular, merece realce que, se a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* deve ser perspectivada num sentido de aplicação directa no ordenamento jurídico nacional, é necessário não olvidar que, se dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais já se retirarem, em todas as suas vertentes (...) os alcance e sentido que porventura se encontrem naquela *Convenção*, nada lhe sendo, pois, acrescentado por esta, o recurso à mesma é, de todo e na realidade das coisas, destituído de sentido».

Todavia, se as normas da Convenção não têm funcionado como parâmetro autónomo de juízos de constitucionalidade, tal não invalida que, no quadro de uma relação conectiva com a ordem constitucional portuguesa, de pertença a uma mesma “cultura constitucional europeia comum”, inspirada pelo mesmo “sistema de valores”, elas sejam não raramente tidas em consideração, como “elementos coadjuvantes da clarificação do sentido e alcance” dos preceitos referentes aos direitos fundamentais (a expressão caracterizadora consta do Acórdão n.º 223/95). A invocação de uma determinada regra ou princípio convencional reforça argumentativamente o fundamento da decisão que já se extrai das regras e princípios constitucionais internos.

Um desenvolvimento explicitante, por influxo da Convenção, do alcance de normas já consagradas na Constituição Portuguesa, foi particularmente nítido no âmbito das garantias de tutela jurisdicional, levando, inclusivamente, à introdução de novos enunciados normativos. A CRP consagra o “acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva” no artigo 20.º, preceito que, até à revisão de 1997, era composto de apenas dois números, o primeiro de consagração da garantia de “acesso aos direitos e aos tribunais”, em termos genéricos, e o segundo facultando “o direito, nos termos da lei, à informação e à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário”. O correspondente artigo 6.º da Convenção Europeia goza de uma muito maior densidade normativa, com indicação minuciosa e precisa dos requisitos que dão substância e efetividade ao “direito a um processo equitativo”. Por nítida influência dessa prescrição, naquela revisão constitucional foram introduzidos novos números

no artigo 20.º da CRP, concretizando as exigências contidas na ideia material da garantia de um processo justo<sup>12</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem encontra também eco significativo na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Num caso (caso *Feliciano Bichão c. Portugal*; queixa n.º 40225/04), uma decisão do Tribunal Europeu, com base, precisamente, no artigo 6.º da Convenção, e recaindo sobre um Acórdão do Tribunal Constitucional, levou a que este alterasse a sua prática anterior. Nessa decisão, o Tribunal Europeu censurou o Estado Português e indiretamente o Tribunal Constitucional por o recorrente não ter sido notificado do parecer emitido no processo pelo Ministério Público. Foi adotada a orientação fixada pelo Tribunal Europeu, tornando mais exigente o cumprimento do princípio do contraditório, através da consagração de um procedimento de notificação das contra-alegações<sup>13</sup> do representante do Ministério Público, junto do Tribunal Constitucional, aos recorrentes, nos casos em que naquelas se suscitam questões novas que podem obstar ao conhecimento do objeto do recurso.

Nos Acórdãos n.ºs 160/95 e 12/2005, o Tribunal deparou-se com o problema do dever de o Estado indemnizar por privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (cfr. artigo 27.º, n.º 5, da Constituição)<sup>14</sup>. Na explicitação do sentido e dos limites deste dever de indemnizar, o Tribunal começou por afirmar que o artigo 5.º, n.º 5, da CEDH, «nada acrescenta ao que já consta da Constituição [no artigo 27.º, n.º 5]», não tendo apreciado a eventual desconformidade entre o preceito da Constituição e o artigo da CEDH, como vinha requerido, mas não deixou de confrontar a norma do Código de Processo Penal, cuja inconstitucionalidade vinha suscitada, com o disposto na CEDH e com a jurisprudência do TEDH, citando várias das suas decisões sobre compensação por privação da liberdade.

---

<sup>12</sup> Não obstante este papel de “fonte auxiliar”, desempenhado pelo artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, na atual formulação do artigo 20.º da CRP, é entendimento reiterado da jurisprudência constitucional, em face dessa formulação, que não se justifica o recurso àquela norma convencional para apreciar a constitucionalidade de uma norma de direito ordinário. Nesse sentido, cfr., por último, o Acórdão n.º 362/12, onde se pode ler, em referência ao já expresso no anterior Acórdão n.º 632/99: «(...) O disposto no artigo 6.º, n.º 1, daquela Convenção, “consagrando o direito dos cidadãos a que a sua causa seja examinada ‘equitativa e publicamente’, ‘num prazo razoável’, ‘por um tribunal independente e imparcial’ não confere direitos diversos ou mais extensos do que os previstos na nossa Constituição, máxime no seu artigo 20.º, o que faz com que não se justifique apreciar a eventual desconformidade entre a norma de direito interno e as disposições da Convenção».

<sup>13</sup> Alegações pelo recorrido em resposta às alegações do recorrente.

<sup>14</sup> O Acórdão n.º 160/95 não julgou inconstitucional uma norma do Código de Processo Penal que regula a atribuição de indemnização a quem tiver sofrido detenção ou prisão preventiva, quando interpretada no sentido de nela se incluírem apenas os casos de prisão preventivas manifestamente ilegais; e o Acórdão n.º 12/2005 não julgou inconstitucional a mesma norma, na medida em que faz depender a indemnização por «prisão preventiva que, não sendo ilegal, venha a revelar-se injustificada» da existência de um «erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto de que dependia».

Nos Acórdãos n.ºs 121/97, 416/2003 (acima citado) e 589/2006, estava em causa a conjugação entre o direito de defesa do arguido e o segredo de justiça, concretamente, a questão de determinar, durante o inquérito, fase processual coberta pelo segredo de justiça (artigo 86.º do Código de Processo Penal), qual a amplitude, do direito de acesso aos autos por parte do arguido constitucionalmente exigida. Nestes arestos, o Tribunal, antes de analisar o problema à luz da Constituição, destacou os critérios gerais da jurisprudência do TEDH sobre o n.º 4 do artigo 5.º da CEDH, designadamente, no caso *Lamy*, e, posteriormente, nos casos *Lietzow v. Alemanha*, *Garcia Alva v. Alemanha* e *Schöps v. Alemanha*, embora não tenha acompanhado em toda a sua extensão a jurisprudência do TEDH. Na verdade, como se salienta no Acórdão n.º 589/2006, com arrimo na doutrina penalista, não pode transpor-se, sem mais, o princípio da igualdade de armas, para se decidir pela violação do artigo 5.º, § 4º, da CEDH, uma vez que o processo penal português não é um processo de partes, obedecendo as intervenções processuais do Ministério Público a critérios de estrita objetividade.

Ainda em sede penal, mas desta feita a propósito do estatuto constitucional do recluso, o Acórdão n.º 20/2012 julgou inconstitucional uma norma do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, quando interpretada no sentido de não ser impugnável, pelo recluso, a decisão administrativa de manutenção do recluso em regime de segurança. Para o efeito, e em desenvolvimento da interpretação que desenvolveu sobre o âmbito de proteção do artigo 30.º, n.º 5, da Constituição, convocou uma decisão do TEDH proferida em processo em que fora demandado o Estado Português (caso *Stegarescu e Bahrin c. Portugal*) e as normas da Recomendação (2006)2 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias.

O propósito de convergência com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi expressamente afirmado, no Acórdão n.º 345/99, nos seguintes termos: «Em face das razões invocadas pelos órgãos jurisdicionais da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e da clara vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais igualmente previstos na Convenção e na Constituição, há que rever a jurisprudência anterior à revisão constitucional de 1997». Em causa estava a constitucionalidade de uma norma da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, segundo a qual o representante do Ministério Público junto do Supremo Tribunal Administrativo ou do Tribunal Administrativo de 2.ª Instância (Tribunal Central Administrativo) “assiste às sessões de julgamento e é ouvido na discussão”, sem que o recorrente gozasse de igual faculdade. O Tribunal Constitucional, nesse Acórdão e no Acórdão n.º 412/2000, formulou um juízo de inconstitucionalidade à luz do

princípio do “processo equitativo”, vertido no artigo 20.º da Constituição Portuguesa, e, para esse efeito, salientou que tal princípio corresponde à transposição explícita do “direito a um processo equitativo” reconhecido pelo artigo 6.º da CEDH; e invocou a jurisprudência firmada pelo TEDH a partir do Acórdão “Lobo Machado contra Portugal”, de 20.02.1996, segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui “o direito a um processo contraditório”, sendo que este implica a «faculdade para as partes de um processo (penal ou civil), de tomarem conhecimento de, e de discutirem, todo o elemento ou observação apresentado ao juiz, mesmo por um magistrado independente, tendo em vista influenciar a decisão»<sup>15</sup>. A norma em questão foi julgada inconstitucional, com força obrigatória geral<sup>16</sup>, pelo Acórdão n.º 157/2001.

Tenha-se presente, por último, que, nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da Lei do Tribunal Constitucional, cabe recurso para este órgão das decisões dos tribunais «que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo, com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional». Conforme dispõe o artigo 71.º, n.º 2, do mesmo diploma, «o recurso é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida», não abarcando, pois, a questão material diretamente controvertida, consistente em saber se a convenção em causa é ou não contrariada pela norma legal, questão que permanece na competência dos tribunais comuns. Nas hipóteses e com os limites previstos, o Tribunal tem o poder de verificar, num caso concreto, se existe uma norma de direito internacional e qual o seu valor no plano do direito interno<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Acórdão “Lobo Machado contra Portugal”, de 20.02.1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996 – I, 195 e s., 206, § 31.

<sup>16</sup> Nos termos do artigo 281.º, n.º 3, da CRP, «O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos».

<sup>17</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Coimbra, 2002, p. 1030 s.