



CONFERÊNCIA

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”



“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”

Ficha Técnica

Título:

Conferência “Construção da Democracia e Justiça Constitucional”

Fotografias

Cláudia Teixeira

Paginação

Gabinete do Presidente do Tribunal Constitucional

ISBN

978-972-96556-6-1

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	5
Programa	7
José João Abrantes	9
Maria Inácia Rezola	13
Joaquim de Sousa Ribeiro	17
Ana Teresa Ribeiro	21
Maria José Rangel de Mesquita.....	33
A. Sofia Pinto Oliveira.....	59
Frederico de Lacerda da Costa Pinto	69
José Manuel Cardoso da Costa.....	81
Marcelo Rebelo de Sousa	89

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”



Nota Introdutória

No âmbito das comemorações dos 50 anos do 25 de Abril, o Tribunal Constitucional, em parceria com a Comissão para as Comemorações dos 50 anos do 25 de Abril, organizou a Conferência “Construção da Democracia e Justiça Constitucional”.

As matérias em debate pretenderam conjugar três eixos: são marcas fundamentais do projeto de democratização saído da Revolução; são matérias em cujo desenvolvimento o Tribunal Constitucional teve um papel relevante, por via jurisprudencial; e, finalmente, são temas de indiscutível relevância presente e futura, permitindo uma discussão que vá além da revisitação histórica.

Esta publicação pretende agora disponibilizar algumas das intervenções, na certeza de que continuarão a ser um contributo importante para uma continuada reflexão sobre o tema desta conferência.



“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”

Programa

SESSÃO DE ABERTURA

José João Abrantes, Presidente do Tribunal Constitucional

Maria Inácia Rezola, Comissária Executiva para as Comemorações dos 50 anos do 25 de Abril

LIBERDADE(S) - Liberdade de expressão e pluralismo partidário

Ana Maria Guerra Martins, Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional entre 2007 e 2016

Luísa Neto, Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Presidente do INA,IP

Moderadora: **Maria Lúcia Amaral**, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional entre 2012 e 2016

SOCIALIDADE(S) - Trabalho e Estado Social

António Vitorino, Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional entre 1989 e 1994

Ana Teresa Ribeiro, Professora da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa

Moderador: **Joaquim de Sousa Ribeiro**, Presidente do Tribunal Constitucional entre 2012 e 2016

INTEGRAÇÕES E INCLUSÕES - Portugal no mundo; imigração, asilo e aquisição da nacionalidade

Maria José Rangel Mesquita, Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional entre 2012 e 2021

A. Sofia Pinto Oliveira, Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

Moderador: **Gonçalo de Almeida Ribeiro**, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional entre 2023 e 2025

JUSTIÇA DEMOCRÁTICA - Privacidade e reserva de juiz; reapreciação de decisões judiciais

Paulo Mota Pinto, Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional entre 1998 e 2007

Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

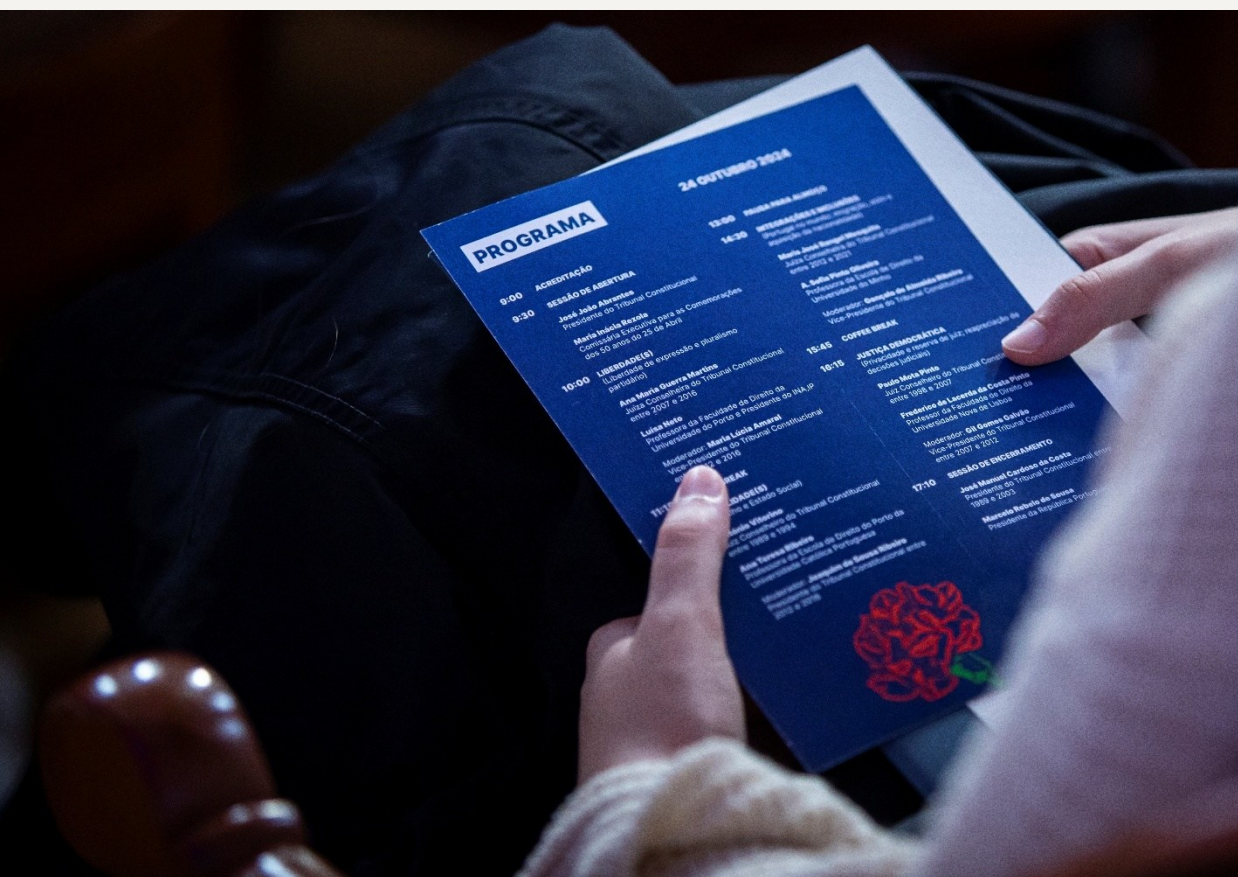
Moderador: **Gil Gomes Galvão**, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional entre 2007 e 2012

SESSÃO DE ENCERRAMENTO

José Manuel Cardoso da Costa, Presidente do Tribunal Constitucional entre 1989 e 2003

Marcelo Rebelo de Sousa, Presidente da República Portuguesa

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”





José João Abrantes

Presidente do Tribunal Constitucional

É Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Licenciado e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde foi assistente entre 1981 e 1992, doutor pela Universidade de Bremen e agregado pela Faculdade de Direito da UNL, onde é professor desde 2000. Entre 1985 e 2009, foi consultor jurídico da Caixa Geral de Depósitos. Realizou investigação em diversas universidades estrangeiras, tendo sido bolseiro de diversas instituições, v.g., a Direcção dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, o Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), a Fundação Calouste Gulbenkian e a Fundação para a Ciência e Tecnologia. Tem participado activamente em congressos e seminários, regido cursos e proferido um número bastante elevado de conferências. Tem igualmente uma vasta obra publicada, tanto em Portugal como no estrangeiro, abrangendo mais de uma centena de escritos e versando temas de vários ramos jurídicos, com realce para o Direito do Trabalho, mas também para o Direito Civil, Processo Civil, Direito Constitucional e Direitos Fundamentais; de entre esses escritos, destacam-se as seguintes monografias: Do contrato de trabalho a prazo (Almedina, 1982); A excepção de não cumprimento do contrato (Almedina, 3.ª edição, 2018); A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (AAFDL, 1990); Estudos de Direito do Trabalho (AAFDL, 3ª edição, 2018); Contrato de trabalho e direitos fundamentais, Coimbra Editora, 2005 [= Contrat de travail et droits fondamentaux, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2000]; Direito do Trabalho II. Direito da Greve (Almedina, 2012); Direitos fundamentais da pessoa

humana no trabalho – em especial, a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões) (Almedina, 2014).

Foi Pró-Reitor da Universidade NOVA de Lisboa (de 2013 a 2020), bem como Provedor do Estudante da mesma Universidade (desde 2011 a 2018). É ainda membro do Conselho de Ética da UNL.

Para além de membro de diversas outras associações e redes científicas (como, por exemplo, a APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, de que foi, entre 2013 e 2019, Vice-Presidente da Direcção, ou a Associação de Estudos Laborais, de que foi membro da Direcção e Conselho Fiscal) e da comissão redactorial de várias revistas jurídicas, nacionais e estrangeiras (como, por exemplo, a Questões Laborais, a THEMIS, a Juridical Tribune, o Copernicus Journal of Political Studies, a Revista Jurídica Luso-Brasileira, a Revista Jurídica de la Universidad de León e a Revista Diritto delle Relazioni Industriali), é membro fundador da ELLN - European Labour Law Network, constituída em 2005 e, desde 2007, rede de aconselhamento à Direcção Geral do Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades da Comissão Europeia, membro do Study Group on a Restatement of European Labour Law, bem como do ECE - European Centre of Expertise in the field of Labour Law, Employment and Labour Market Policies.

Eleito pela Assembleia da República, em 10 de julho de 2020, Juiz do Tribunal Constitucional.

Eleito Presidente do Tribunal Constitucional em 26 de abril de 2023.

Celebrar os 50 Anos do 25 de Abril é celebrar a Democracia e o Estado de Direito democrático. Um Estado de Direito democrático com uma Constituição que assegura a soberania popular, o pluralismo de expressão e organização política democráticas, o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e a separação e interdependência de poderes. É exatamente isso que prescreve o artigo 2.º da Constituição de 1976, também ela fruto – um dos principais frutos – do 25 de Abril.

No que toca à separação e interdependência de poderes, o poder judicial assume o seu espaço e nele, especificamente para efeitos de administração da justiça em matérias jurídico-constitucionais, existe o Tribunal Constitucional.

A ele cabe a garantia da Constituição, dos direitos fundamentais dos cidadãos e do Estado de direito democrático. É ele, assim, uma trave mestra do regime democrático nascido a 25 de Abril de 1974, nas palavras de Sophia de Mello Breyner, “O dia inicial inteiro e limpo/ Onde emergimos da noite e do silêncio/ E livres habitamos a substância do tempo” ou, nas de J. Carlos Ary dos Santos, o dia em que se abriram “as portas da claridade”.

Foi a Democracia que trouxe o Tribunal Constitucional, mas este tem também, juntamente com outros atores previstos na Constituição, ajudado a construir a Democracia, a consolidar e a aprofundar o Estado de Direito democrático.

Com a criação de uma instância jurisdicional de garantia do primado da Constituição e controlo da conformidade constitucional da atuação de um poder político democraticamente constituído, Portugal acompanhou o restante *constitucionalismo ocidental*, tendo-se a justiça constitucional convertido em condição de legitimação e existência de um Estado de Direito democrático.

A justiça constitucional é hoje encarada, com toda a naturalidade, como elemento imprescindível à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e a um funcionamento adequado das instituições democráticas, tal como aconteceu noutros ordenamentos jurídicos que transitaram, no pós-guerra, de regimes autoritários para o constitucionalismo democrático (Alemanha e Itália são exemplos expressivos).

Creio poder dizer-se que o Tribunal tem prosseguido a sua função de uma forma marcada pela prudência e pelo equilíbrio na sua intervenção, bem como pela qualidade científica demonstrada na sua jurisprudência. Por isso, e como consequência, a forma como as suas decisões têm sido acolhidas, quer pelas restantes jurisdições, quer pelos restantes atores políticos tem-se caracterizado por um enorme respeito por essas decisões, por si só, reflexo de um verdadeiro espírito democrático.

Nos últimos 40 anos, muitas foram as matérias sobre as quais o Tribunal se debruçou. Nesta Conferência, entendeu-se dar particular relevância a algumas delas, que tenham sido (i) marcas fundamentais do projeto de democratização saído da Revolução; (ii) em cujo desenvolvimento o Tribunal Constitucional teve um papel relevante; e, finalmente, (iii) sejam de indiscutível relevância presente e futura.

Assim, e durante o dia de hoje, teremos a oportunidade de ouvir e debater, num diálogo entre quem *diz* o Direito e quem o *lê*, sobre:

- Liberdades;
- Socialidade;

- Integrações e inclusões; e
- Justiça Democrática.

Permitam-me um comentário sucinto para cada uma destas matérias.

No que diz respeito às liberdades, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem-lhe permitido ser um fator de relevância ímpar na sua estabilização e consolidação, o que se reflete, sobretudo, numa jurisprudência amiga dos direitos fundamentais e dos valores em que assenta a República Portuguesa – neles se incluindo a *liberdade de expressão* e o *pluralismo partidário*.

Foi e é no domínio da socialidade que está mais presente o confronto que se pode verificar quando a aplicação da Constituição e a respetiva garantia da sua supremacia jurídica não só significa, por um lado, uma arbitragem entre posições políticas que se confrontaram no momento de emissão da norma objeto de controlo pelo Tribunal, como, por outro lado, se faz num contexto conflitual ou, no mínimo, de confronto de legitimidades, seja a legitimidade do legislador democrático, seja a legitimidade própria do exercício da função jurisdicional pelo Tribunal Constitucional. Na verdade, quando o Tribunal «*diz o Direito*» não está (nem pode estar) alheado das eventuais consequências políticas da sua decisão. É impossível não referir aquela que ficou conhecida como a *Jurisprudência da Crise*, por referência às decisões do Tribunal emitidas durante o último período de assistência económica e financeira a que Portugal esteve sujeito, e que, precisamente, diziam essencialmente respeito às questões do Trabalho e do Estado Social.

O 25 de Abril permitiu que deixássemos de ser um Estado «*orgulhosamente só*». Também a nossa jurisdição constitucional não é, nem pode ser, uma jurisdição isolada – pelo contrário, tem em devida conta não só as restantes jurisdições constitucionais dos outros Estados, em especial daqueles que fazem parte do chamado *constitucionalismo ocidental*, como também as jurisdições que decorrem de tratados do qual Portugal faz parte, em especial, às jurisdições do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O Tribunal Constitucional, em determinadas matérias – nomeadamente as relativas à *imigração, asilo e aquisição da nacionalidade* –, através de uma jurisprudência uniforme e muitas vezes convergente com outras jurisdições estrangeiras, tem sido essencial na garantia de uma integração e inclusão próprias de um regime democrático.

Um dos desafios do Tribunal Constitucional – um desafio permanente – é o aprofundamento da Justiça Democrática. Ora, este aprofundamento é sempre feito quando o Tribunal Constitucional se vê confrontado com novas e desafiantes questões, como sejam, por ex., a *reserva de juiz* e a *reapreciação de decisões judiciais*. O Tribunal Constitucional, quando confrontado com essas novas e modernas questões, desempenha o seu papel de verdadeira instituição de uma justiça constitucional.

Em geral, se percorrermos o acervo jurisprudencial do Tribunal Constitucional relativo a todas estas matérias, verificamos que os fundamentos das suas decisões – sejam estas decisões de inconstitucionalidade, sejam de não inconstitucionalidade – radicam nos princípios estruturantes do Estado de Direito democrático.

Faço aqui um parêntesis, para anunciar que o Tribunal e a Comissão Comemorativa dos Cinquenta Anos do 25 de Abril vão levar a cabo um concurso de ensaios originais dedicados ao tema ‘*O princípio do Estado de direito democrático na jurisprudência do Tribunal Constitucional*’, para estudantes de mestrado e de doutoramento de instituições de ensino superior portuguesas, não só de direito como de outras áreas disciplinares vizinhas (história, filosofia, sociologia, ciência política, etc.),

podendo os trabalhos ser individuais ou em co-autoria. O júri do concurso é constituído pelo Senhor Presidente Emérito do Tribunal Constitucional José Cardoso da Costa, pela Professora Doutora Maria Inácia Rezola e pelo Professor Doutor Vitalino Canas. Criou-se uma página web especialmente dedicada a este concurso, onde poderá ser consultado o respetivo regulamento.

Termino como comecei: num Estado de Direito é indispensável que as decisões do poder político, por mais ampla que seja a maioria pontual que o sustente, respeitem as garantias e liberdades individuais e se conformem ao equilíbrio, separação e interdependência dos poderes constitucionalmente consagrados. Em última análise, aí está o Tribunal Constitucional a garantir que assim é e continuará a ser.

Não nos esqueçamos, porém, do longo caminho andado para aqui chegar. E não nos esqueçamos do primeiro passo que foi dado há 50 anos e que, permitindo que se iniciasse o projeto de democratização em Portugal, também culminou na criação de uma jurisdição e Tribunal constitucionais: a Revolução do 25 de Abril de 1974. Se hoje aqui estamos, se hoje vivemos em Democracia e em Liberdade, a ela o devemos.

Muito obrigado.



Maria Inácia Rezola

Comissária Executiva para as Comemorações dos 50 anos do 25 de Abril

Maria Inácia Rezola é licenciada em História (1990), mestre em História dos Séculos XIX e XX (1995) e doutorada em História, especialidade de História Institucional e Política Contemporânea (2004) pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa. Nomeada, em abril de 2022, comissária executiva da Estrutura de Missão das Comemorações do Quinquagésimo aniversário da Revolução de 25 de Abril de 1974, é docente da Escola Superior de Comunicação Social do Instituto Politécnico de Lisboa (desde 1997).

Exerceu funções de coordenação dos grupos de investigação «História Política Comparada. Regimes, Transições, Colonialismo e Memória» (2016-2019) e «Revolução e Democracia» (2008-2012) do Instituto de História Contemporânea-FCSH/UNL, unidade de investigação da FCT – I&D de que é investigadora desde 1995 e de cuja direcção fez parte em dois períodos (2005-2011 e 2016-2021).

É autora de obras como *Os Militares na Revolução de Abril. O Conselho da Revolução e a Transição para a Democracia em Portugal (1974-1976)* (Campo da Comunicação, 2006); *25 de Abril – Mitos de uma Revolução* (Esfera dos Livros, 2007); *Melo Antunes, uma biografia política* (Âncora, 2012) e co-coordenadora do *Dicionário de História de Portugal – o 25 de Abril*. 8 Vols. (Figueirinhas, 2016-2018).

CELEBRAR ABRIL

A democracia portuguesa cumpre 50 anos e, neste ano de 2024, o país mobilizou-se para celebrar com entusiasmo e orgulho o seu momento fundador: o 25 de Abril de 1974. De norte a sul multiplicaram-se as iniciativas de autarquias, associações cívicas, agentes culturais e estabelecimentos de ensino. Os portugueses, de todas as idades, quiseram celebrar Abril e a conquista da Liberdade.

As sondagens que periodicamente são levadas a cabo, sobretudo nos momentos comemorativos do derrube da ditadura, dão conta de que uma percentagem elevada de portugueses não considera que existem alternativas válidas à Democracia enquanto regime. Essas mesmas sondagens revelam que, para a maioria dos portugueses, o 25 de Abril de 1974 é a data mais importante da história do país.

O caminho percorrido, desde aquele «dia inteiro e limpo» em que se pôs termo a uma das mais longas ditaduras contemporâneas da Europa Ocidental, nem sempre foi fácil ou esteve isento de tensões. Mas hoje, ao contrário do que acontecia a 24 de abril de 1974, os portugueses podem afirmar viver num país democrático, livre e integrado da União Europeia.

Na “Era dos Extremos”, Portugal não escapou à vaga de ditaduras que varreu a Europa no período de entre guerras. Durante quase meio século, vigorou em Portugal um regime ditatorial (1926-1974), de partido único, em que a censura, a repressão e o uso da violência foram instrumentos centrais de atuação do Estado. Um país analfabeto e pobre, com profundas desigualdades, onde eram insignificantes as possibilidades de mobilidade social. Um país que Eduardo Lourenço comparou a uma “Disneylândia”, “sem escândalos, nem suicídios, nem verdadeiros problemas”, ocultados por um regime que pugnava pelo “viver habitualmente”. Um país que travou, durante mais de uma década, uma guerra colonial que comprometeu o futuro de milhares de jovens e o deixou isolado na arena internacional. Um país “orgulhosamente só”.

Quando, a 25 de abril de 1974 os jovens capitães do Movimento das Forças Armadas levaram a cabo um golpe de estado que, em menos de 24 horas, derrubou essa longa ditadura, o rumo da história nacional mudou decisivamente. As suas vidas, assim como as de milhares de portugueses, estavam prestes a alterar-se de forma radical.

O impacto desta intervenção transcendeu de imediato as fronteiras nacionais, num mundo dividido pela Guerra Fria e profundamente abalado por uma recente crise petrolífera. Depois de décadas de ostracização, Portugal teve destaque de primeira página na imprensa internacional e captou a atenção de decisores políticos e académicos de todo o mundo. Os que, porventura, se apressaram a estabelecer um paralelo entre estes acontecimentos e os que, um ano antes, tinham ocorrido no Chile, rapidamente se desenganam. A singularidade do processo de mudança política então iniciado deixou patentes as limitações dos estudos até então desenvolvidos e transformaram o Portugal revolucionário num laboratório político.

Uma das particularidades do 25 de Abril residiu no facto de o derrube da ditadura ter sido empreendido por um corpo de oficiais intermédios. Paralelamente, e depois de mais de uma década a lutar em África, esses militares iniciaram um processo de descolonização que, superadas as resistências spínolistas, se traduziu na concessão da independência às antigas colónias. Recorde-se ainda que, negando também todas as previsões e modelos de intervenção dos militares nos processos de mudança política, os Capitães de Abril apresentaram um programa democratizador, onde estava

prevista a constituição de um governo civil e a realização de eleições livres no prazo máximo de um ano. Ainda que o caminho tenha sido conturbado, foram então lançadas as bases do Portugal democrático.

Os 19 meses de revolução são pródigos em acontecimentos: três tentativas frustradas de golpe de estado; seis governos provisórios; dois presidentes da República; a intervenção dos militares na política; as alianças que os seus diversos sectores estabelecem com diferentes grupos políticos e movimentos sociais; a ação dos partidos e movimentos políticos; as nacionalizações e o desencadeamento da reforma agrária; as experiências de controlo operário e autogestão; a multiplicação das iniciativas populares; os casos *República* e *Renascença* e toda a turbulência que percorre o campo dos média; a desconfiança das potências ocidentais de que Portugal se transformasse num cavalo de Troia na NATO; o debate sobre a essência do socialismo português, permitindo a coexistência de experiências e conceções radicais com projetos políticos mais tradicionais que apontavam para a instauração de uma democracia parlamentar de tipo Ocidental ou, então, para um modelo estatizante, inspirado na experiência soviética; o peso esmagador da política que inunda as ruas, os quartéis, as fábricas, os campos. ... Todas as possibilidades estavam em aberto sendo que, no final, esta foi, como diz Eduardo Lourenço, “a Revolução possível e lúcida”.

Foi precisamente o triunfo da via que apontava para o primado da lei, para uma democracia parlamentar de tipo ocidental, que nos permite estar aqui hoje a comemorar e debater a justiça constitucional.

Na evocação da *Viragem Histórica* que o 25 de Abril representou, pretende-se celebrar a conquista da liberdade e a construção da Democracia, refletindo sobre o passado e os seus múltiplos significados no século XXI.

O programa da *Comissão Comemorativa 50 anos do 25 de Abril* desenvolve-se em torno de dois eixos estruturantes – **Memória e Futuro** – refletindo o carácter plural e multifacetado da nossa democratização, através de uma experiência comemorativa de âmbito nacional. Por um lado, recordando o papel de diferentes atores no caminho que levou ao fim da ditadura (o movimento estudantil, as oposições democráticas, o movimento operário, a luta dos movimentos de libertação africanos). Por outro, revisitando e tirando ensinamentos de futuro para o processo de construção da democracia portuguesa, atualizando os princípios e os valores subjacentes ao Programa do MFA: paz, liberdade, democracia e progresso. Porque, note-se, o estudo da história é um meio para a compreensão do presente e para perspetivar os futuros possíveis.

As comemorações não se circunscrevem, felizmente, à atividade que a *Comissão* desenvolve. De norte a sul, o país celebrou em festa esse dia “inicial inteiro e limpo”. A sociedade e as suas instituições (sindicatos, universidades, autarquias, ...) tomaram como suas as comemorações, assumindo os 50 anos do 25 de Abril e da democracia como seu património.

E iniciativas como esta conferência – *Construção da Democracia e Justiça Constitucional* – deixam patente como as comemorações dos 50 anos da Democracia Portuguesa podem e devem ser um catalisador que promova uma consciência coletiva de cidadania, contribuindo para uma sociedade mais participativa, plural e democrática.

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”

Como observou Vitorino Magalhães Godinho, “os aniversários e centenários só podem ser úteis se constituírem ensejo para estudar problemas, meditar diretrizes, criticar certezas dogmáticas; caso contrário, mumificam os vivos, sem ressuscitar os mortos”.



Joaquim de Sousa Ribeiro

Presidente do Tribunal Constitucional entre 2012 e 2016

Professor Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra

É licenciado em Direito, pós-graduado em Ciências Jurídico- Empresariais e doutor em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo lecionado as seguintes cadeiras: Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Direito Civil, Direito das Obrigações, Direito do Trabalho, Direito e Processo Civil, do curso de licenciatura, e Direito das Empresas e Direito Civil Patrimonial, do curso de mestrado.

Regeu cursos de mestrado nas Faculdades de Direito da Universidade de Macau e da Universidade Agostinho Neto (Luanda). Foi também professor na Universidade Lusíada (Porto) e na Universidade Internacional.

Desempenhou diversos cargos académicos, entre os quais o de Pró-Reitor da Universidade de Coimbra.

Assessorou a Comissão Revisora do Código Civil (1977), foi membro da Comissão Revisora do Direito das

Fundações (1999-2001) e fez parte da Comissão para a Criação do Tribunal Judicial Universitário Europeu.

Integrou o Research Training Network “Fundamental Rights and Private Law”, patrocinado pela Comissão Europeia (2005- 2006).

É autor de monografias, de que se destacam “O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual” (dissertação de doutoramento) e “Direitos sociais e vinculação do legislador” (2021), bem como de artigos em revistas e obras coletivas, publicados em Portugal, França, Itália, Alemanha, Grécia, Estados Unidos, Macau e Brasil.

Eleito pela Assembleia da República, em 5 de julho de 2007, Juiz do Tribunal Constitucional.

Presidente do Tribunal Constitucional entre outubro de 2012 e julho de 2016.

Devo dizer que, quando o Senhor Presidente do Tribunal Constitucional me convidou para participar nesta conferência, como moderador de uma das sessões – convite que agradeço, sensibilizado -, aceitei de imediato e com grande satisfação. Não podia ter outra reação, em face de uma iniciativa, como esta, que corporiza a ideia feliz de integrar um momento de reflexão jurídico-constitucional na celebração festiva de uma data afortunada – os 50 anos do 25 de abril.

Igualmente muito feliz e oportuna foi a escolha de um programa temático que conexas a justiça constitucional com a construção da democracia. Não vou ao extremo de repetir aqui, em concordância, o célebre dito que “a Constituição é o que os juizes dizem que ela é”. Mas é uma verdade elementar que são os juizes que, ao interpretar e aplicar a Constituição, a vivificam e lhe dão um rosto concreto, perante as questões suscitadas por uma mutável realidade constitucional. Não se pode pensar a ordem constitucional democrática sem considerar o contributo que a jurisdição constitucional dá à determinação mais precisa do sentido e alcance das normas que a compõem.

Dentro desse tema genérico, cabe a este painel debruçar-se sobre “Trabalho e Estado social”. A menção específica ao “trabalho”, na enunciação da matéria a tratar, terá ficado a dever-se, creio, ao facto de, após a revisão de 1982, certos direitos dos trabalhadores (os consagrados nos artigos 53.º a 57.º da Constituição) formarem um capítulo próprio, integrado no título respeitante aos direitos, liberdades e garantias. Do ponto de vista formal e sistemático, essa área normativa extravasa, pois, do título dedicado aos direitos económicos, sociais e culturais. Mas, material e matricialmente (atendendo à sua origem histórica), essas normas são tal-qualmente expressão do Estado social.

Permitam-me algumas breves notas introdutórias ao que, nesta sessão, se falará.

Imagino que não terá sido fácil a tarefa de selecionar quatro, e apenas quatro, temas, como objeto desta conferência. Alguns outros tiveram de ficar inevitavelmente de fora. Mas aquele que nos compete tratar era, atrevo-me a dizê-lo, de inclusão praticamente obrigatória. Duas razões interligadas depõem nesse sentido.

Por um lado, foi nesta zona normativa que mais diretamente se fez sentir o impulso transformador de abril, dirigido à implantação, não apenas de uma nova ordem de liberdades civis e políticas, mas também de uma nova ordem social, com exigências de promoção, pelos poderes públicos, de condições dignas de existência. A Constituição incorporou essa intenção no seu desenho normativo de conformação do Estado, simultaneamente de direito, democrático e social, como logo enuncia, de forma lapidar, o artigo 1.º E ao princípio de democracia social, consagrado de modo claro e enfático, foi atribuída uma dimensão subjetiva, com o reconhecimento, extenso e intenso, de direitos económicos, sociais e culturais. Quer pelo número e minúcia das previsões de direitos consagrados, quer pela imposição, assaz detalhada, de políticas e medidas aptas a assegurá-los e a realizá-los, a Constituição Portuguesa dificilmente encontra paralelo, nesta matéria, a nível de direito constitucional comparado.

Por outro lado, este revelou-se um campo fértil do exercício da jurisdição constitucional. Sem surpresa, dadas a natureza dos interesses em jogo e as orientações políticas diferenciadas que aqui se defrontam. O regime das relações laborais, designadamente, tem estado quase permanentemente na agenda política. Como resultado, a legislação respetiva caracteriza-se por uma grande volatilidade, com sucessivas reformas, ao longo dos anos, mais estruturais ou mais pontuais. As mesmas matérias têm sido objeto de consecutivas alterações, normalmente de cunho regressivo para a tutela dos

interesses dos trabalhadores. O Tribunal tem sido amiudadas vezes chamado a pronunciar-se sobre as questões de constitucionalidade assim suscitadas.

Estando em causa direitos dos trabalhadores em face da entidade patronal, quanto à garantia de manutenção do emprego e às condições do seu exercício, o que se pede ao Estado é uma atividade normativamente reguladora e harmonizadora, conjugando o dever de proteção dos direitos daqueles sujeitos, com observância da proibição de insuficiência, com o dever de respeito dos interesses empresariais constitucionalizados, no âmbito do direito de propriedade e da liberdade de empresa, com observância da proibição do excesso. É, pois, uma situação que configura tipicamente uma colisão de direitos, com as complexas exigências de ponderação que tal envolve.

Em relação aos direitos económicos, sociais e culturais, é sabido que é a sua dimensão positiva, como fontes de deveres de prestação estadual, que melhor os caracteriza. Todavia, é em veste defensiva, como causa de deveres negativos, de abstenção de interferências que diminuem o nível de realização já alcançado, que eles têm estado sistematicamente presentes na jurisdição constitucional, em processos de inconstitucionalidade por ação. A rápida implementação, nos primeiros anos pós-25 de abril, de serviços e medidas integráveis no Estado social, nalguns pontos propiciando, em função dos recursos disponíveis, um assinalável grau de satisfação das necessidades, juntamente com a falência praticamente total do mecanismo da inconstitucionalidade por omissão, poderão explicar essa situação.

Esta característica da jurisdição constitucional neste domínio manifestou-se logo no importante Acórdão n.º 39/84, que evitou a desfiguração do Serviço Nacional de Saúde, tal como foi criado e ainda hoje subsiste. É também uma marca de praticamente toda a atividade processual subsequente, nesta sede, cabendo destacar, de entre as decisões de maior relevo, o Acórdão n.º 509/2002. Por esta decisão, o Tribunal pronunciou-se, em fiscalização preventiva, pela inconstitucionalidade da restrição, aos maiores de 25 anos, do direito ao rendimento social de inserção, que substituiria o regime então vigente do rendimento mínimo garantido. Fê-lo por considerar que a solução violava o direito fundamental a um mínimo de existência condigna, direito não expressamente consagrado, mas que o Tribunal extraiu diretamente da dignidade da pessoa humana.

A força tuteladora da dimensão negativa destes direitos fundamentais foi posta à prova e transparece com particular visibilidade na jurisprudência da crise da dívida soberana (emitida entre 2010 e 2015). Em face de sucessivas medidas de austeridade de sentido redutor, em especial de vencimentos e pensões, o Tribunal Constitucional tomou uma posição que, simplificadamente, pode resumir-se do seguinte modo:

Assentiu em que o objetivo de correção do défice orçamental assumia grande importância e premência, numa “conjuntura de absoluta exceção, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos” (Acórdão n.º 396/2011). Considerou até justificado que fossem privilegiadas, pelo menos no imediato, medidas de resultado certo e a curto prazo. Conjugadamente, foi tido em conta o peso valorativo de fatores relevantes, como o caráter temporário e o resguardo das pessoas de mais baixo rendimento. Onde estas notas estavam presentes, contribuíram decisivamente para fundar algumas decisões de não inconstitucionalidade.

Mas, ao mesmo tempo, o Tribunal não se demitiu de exercer um controlo efetivo, à luz de princípios constitucionais gerais, da justificação da configuração, em concreto, dos meios utilizados, em si mesmos, e na medida da gravosidade dos seus efeitos. Como consequência natural desse critério,

não como intencionalidade pré-programada, as declarações de inconstitucionalidade, ao afastarem as medidas mais severa e injustificadamente penalizadoras do bem-estar dos atingidos, acabaram por desempenhar objetivamente uma função moderadora, de apaziguamento social e de preservação de um mínimo de coesão social indispensável a uma democracia sã.

E as condicionantes e limitações assim colocadas às iniciativas do poder político não obstaram à muito célere consecução do objetivo do equilíbrio orçamental. Afinal, existiam alternativas compatíveis com a Constituição, acomodáveis aos padrões constitucionais, sem perda de eficácia.

Mas não foi para me ouvirem que aqui acorreram. Foi antes para ouvirem os dois oradores, que passo a apresentar, muito sucintamente.

O Senhor Dr. António Vitorino foi um muito jovem juiz da segunda formação do Tribunal Constitucional. Desempenhou também, com grande proficiência e brilho, relevantes cargos políticos, nacionais e internacionais. Foi deputado à Assembleia da República e ao Parlamento Europeu, Ministro da Presidência e da Defesa Nacional, Comissário Europeu da Justiça e dos Assuntos Internos e Diretor-Geral da Organização Internacional das Migrações. Foi ainda Presidente do “Forum Europe”.

A Senhora Doutora Ana Teresa Ribeiro tem um percurso estritamente universitário, na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no Porto, onde se licenciou e doutorou (em 2020), com uma dissertação intitulada “Dos desafios atuais à contratação coletiva”. É coordenadora do curso de Direito naquela Escola e tem diversas publicações, em revistas nacionais e estrangeiras, em matéria de direito de trabalho, de que já é uma especialista consumada.



Ana Teresa Ribeiro

Professora da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa

Professora auxiliar na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Membro integrado do CEID. O presente artigo corresponde, com alguns desenvolvimentos, à nossa intervenção na conferência “Construção da Democracia e Justiça Constitucional”, organizada pelo Tribunal Constitucional

e realizada no dia 24 de outubro de 2024, na Academia das Ciências, em Lisboa, por ocasião da comemoração dos 50 anos do 25 de abril. Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional mencionados no presente trabalho estão disponíveis para consulta em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E O DIREITO DO TRABALHO – ALGUMAS NOTAS

I. O Tribunal Constitucional e o Direito do Trabalho. Considerações introdutórias

É sobejamente conhecido que o Tribunal Constitucional possui vasta e relevante jurisprudência em matéria laboral. Circunstância que não suscita grande surpresa, dada a existência de um relevante bloco constitucional do trabalho, que abrange o conjunto de normas e princípios de cariz laboral presentes na nossa Constituição.

Encontramos, assim, arestos constitucionais sobre os mais diversos temas nesta sede, como sejam, por exemplo, o conceito de justa causa, a margem de atuação do legislador ordinário em relação ao direito de contratação coletiva, os serviços mínimos em caso de greve, o direito de participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais no processo de elaboração da legislação laboral, as reduções salariais no período da crise, ou as pensões.¹

Não sendo este o local adequado para passar em revista tão abundante jurisprudência, optamos por devotar as próximas linhas a dois temas abordados pelo Tribunal que suscitaram e suscitam ainda hoje controvérsia: a relação entre as fontes de direito do trabalho e o controlo de constitucionalidade das cláusulas constantes de convenções coletivas de trabalho.

II. A relação entre fontes de Direito do Trabalho

2.1. O afastamento do princípio do tratamento mais favorável

Esta primeira questão remonta já ao primeiro Código do trabalho (CT2003), aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, cujo art. 4.º, n.º 1, (com a enganadora epígrafe de “Princípio do tratamento mais favorável”)² veio dispor que as normais legais “podem (...) ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”.

Ora, a entrada em vigor desta disposição implicou, no que à relação entre lei e convenção coletiva de trabalho diz respeito, o afastamento do tradicional princípio do tratamento mais favorável e a sua substituição pelo princípio ou regra da supletividade.³

De facto, até 2003, por força do art. 13.º, n.º 1, da LCT,⁴ as fontes jurídicas superiores prevaleciam sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecessem um tratamento mais favorável para o trabalhador. O art. 6.º da LIRC⁵ complementava este preceito, estabelecendo que as convenções coletivas não podiam contrariar normas legais

¹ Para uma sùmula dos acórdãos constitucionais mais pertinentes nestes domínios, *vd.* as anotações aos arts. 53.º e ss. da CRP, em JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 758 e ss.

² Cfr. LEAL AMADO («Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho: o fim de um princípio?», in *A reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 112) considera que esta norma é o caso mais gritante de publicidade enganosa contido neste diploma, dada a falta de correspondência entre a epígrafe (“princípio do tratamento mais favorável”) e o corpo do preceito. Atualmente, o art. 3.º do Código do Trabalho de 2009 (CT2009, aprovado pela Lei 7/2009, de 12 de fevereiro), que mantém a solução de 2003, tem a mais neutra (e fidedigna) epígrafe de “Relações entre fontes de regulação”.

³ Regra atualmente contida no art. 3.º, n.º 1, do CT2009.

⁴ Regime jurídico do contrato de trabalho, aprovado pelo Decreto-lei n.º 49 408, de 24/11/1969.

⁵ Lei dos instrumentos de regulamentação coletiva, aprovada pelo Decreto-lei n.º 519-C1/79, de 29/12/1979.

imperativas, nem incluir qualquer disposição que importasse para os trabalhadores tratamento menos favorável do que o estabelecido por lei.

Esta mudança legislativa, apesar de ter granjeado o aplauso de parte da doutrina, gerou forte oposição no seio de outro setor, provocando um cisma que perdura até hoje.

Foram avançados diversos argumentos no sentido da bondade desta solução. Assim, esta teria não só conferido maior autonomia e flexibilidade à contratação coletiva,⁶ como teria, ainda, atribuído um verdadeiro estatuto de maioria aos sindicatos (cuja minoridade resultava implícita do princípio do tratamento mais favorável).⁷ Depois, consistiria numa mudança alinhada com a evolução atual do direito do trabalho, cuja vocação protetora dos trabalhadores está a ser revista para dar abertura a outra ideia, a da conservação da empresa⁸.

Porém, outras vozes defenderam que esta alteração se afastou das opções axiológicas presentes na génese do direito do trabalho,⁹ desalinando a sua coluna vertebral e, até, fazendo-o perder a sua alma.¹⁰ À data, JÚLIO GOMES considerou, inclusivamente, que o art. 4.º do CT2003 era a norma mais perigosa deste diploma¹¹ e que esta “verdadeira revolução no sistema das fontes” veio criar as condições para que as convenções coletivas se tornem no cavalo de Tróia do Direito do trabalho.¹² Isto, sobretudo, pela ausência, no nosso ordenamento jurídico, de critérios de representatividade sindical, e

⁶ Cfr. BERNARDO LOBO XAVIER, «Alguns pontos críticos das convenções colectivas de trabalho», in *II Congresso nacional de direito do trabalho. Memórias*, coord.: António Moreira, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 334-335 e «A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito do trabalho», in *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 229. Para o Autor («As fontes específicas do direito do trabalho e a superação do princípio da filiação», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, org.: Diogo Leite de Campos, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 1118-1120), o regime anterior (num sistema de “sempre a somar”) não proporcionava a maleabilidade necessária para uma negociação adaptada à realidade. Assim, impunha-se uma mudança, para combater a estagnação registada na contratação coletiva nacional, indo ao encontro do que “se passa por este mundo fora”.

⁷ Vd. BERNARDO LOBO XAVIER, «As fontes específicas do direito do trabalho e a superação do princípio da filiação», cit., p. 1120.

⁸ BERNARDO XAVIER, «Alguns pontos críticos das convenções colectivas de trabalho», cit., pp. 334-335. Também MENEZES CORDEIRO (*Direito do trabalho. Vol. I. Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 344 e 395-397) defende que, apesar de ser uma solução natural, atenta a génese e evolução do direito do trabalho, a rigidez associada ao princípio do tratamento mais favorável levantou problemas de ordem empresarial, não se tratando de um expediente realista. Depois, a dureza linguística e assertividade deste ramo são pouco atrativas para o investimento. Deve-se, assim, propugnar, em seu lugar, um princípio do *favor laboris*, isto é, a proteção da equação trabalho/empresa, em defesa do trabalho.

⁹ No sentido de que o princípio do tratamento mais favorável faz parte das opções ideológicas do direito do trabalho, cfr. MILENA ROUXINOL, «O princípio do tratamento mais favorável nas relações entre lei e a convenção colectiva de trabalho», *Questões laborais*, 2006, n.º 28, 178-179. Similarmente, JORGE LEITE («Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade», *Questões laborais*, 2003, n.º 22, p. 271) considera que o princípio da norma mínima é a primeira e mais inequívoca manifestação do sentido de tutela que, desde o seu início, informou as leis de trabalho. Enquanto para JOSÉ JOÃO ABRANTES («Sobre a Constituição e a crise do *favor laboratoris* em direito do trabalho», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, coord.: Paulo Otero, Marcelo Rebelo de Sousa e Fausto Quadros, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 270), a autonomia do direito do trabalho funda-se, essencialmente, na autonomia coletiva e na proteção do contraente mais débil. Da sua parte, JÚLIO GOMES («A Contratação Coletiva In Peius e a Representatividade Sindical», in *Crise Económica: Fim ou Refundação do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, coord.: Maria do Rosário Palma Ramalho e Teresa Moreira, Lisboa, AAFDL, 2016, 92) salienta que embora o direito do trabalho não se reduza, historicamente, à proteção dos trabalhadores subordinados, a verdade é que essa parece ter sido a sua função histórica primordial.

¹⁰ Neste sentido, LEAL AMADO, «Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho: o fim de um princípio?» cit., p. 119. Em sentido similar, vd. MILENA ROUXINOL, ob. cit., pp. 173-174 e nt. 38.

¹¹ JÚLIO GOMES, «A Contratação Coletiva In Peius e a Representatividade Sindical», cit., p. 111.

¹² JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho. Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, 2007, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 50-51.

que permite que qualquer sindicato (independentemente da sua dimensão e força efetivas) celebre convenções coletivas com condições menos favoráveis do que as constantes da lei. Convenções estas que, ulteriormente, podem ser objeto de portarias de extensão...¹³

De facto, como é sabido, o princípio do tratamento mais favorável vem ao encontro da génese do direito do trabalho e da tutela que este pretendeu proporcionar aos trabalhadores, para os salvaguardar do desequilíbrio de posições que caracteriza tipicamente as relações de trabalho. Desiderato que, cremos, apenas é logrado se a lei fixar mínimos imperativos dos quais outros instrumentos não se podem desviar, a não ser, em regra, em moldes mais benéficos para os trabalhadores.

Consequentemente, o afastamento do princípio do tratamento mais favorável conduziu a uma transição, por parte do direito do trabalho, de uma vocação tutelar, tuitiva, manifestada no princípio da norma social mínima, para uma espécie de direito neutro, em que o Estado abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva.¹⁴ Mudança que também se repercutiu no papel da contratação coletiva, que deixou de ser concebida como um instrumento de melhoria das condições legais aplicáveis aos trabalhadores, para passar a ser encarada como um puro mecanismo de adequação da lei às circunstâncias e conveniências da organização produtiva.¹⁵

Acresce que, gozando o princípio do tratamento mais favorável de acolhimento constitucional (conclusão a que se chega por força da leitura conjunta de vários preceitos e da apreciação das opções valorativas tomadas nos blocos social, económico e político),¹⁶ a Constituição não se compadece com um direito do trabalho neutro ou transaccional, que conceda uma margem negocial quase ilimitada em sede de contratação coletiva. Neste sentido depõe em particular o art. 59.º/2 CRP, do qual resulta um conjunto de direitos dos trabalhadores, direitos aos quais correspondem obrigações estaduais positivas, que se traduzem na fixação de patamares legais mínimos. Pelo que, e em suma, só com uma contratação coletiva tradicional é que o Estado logra cumprir com as suas tarefas fundamentais.

¹³ Sobre esta questão, permitimo-nos remeter para ANA TERESA RIBEIRO, «Recentes desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais no domínio das portarias de extensão», *Prontuário de direito do trabalho*, 2019, I, pp. 315-330.

¹⁴ Seguimos de perto LEAL AMADO («Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho: o fim de um princípio?», cit., p. 115. Em sentido similar, cfr. MILENA ROUXINOL, ob. cit., p. 178 e JOÃO REIS, «Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima», in *Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais*, vol. I. Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 858.

¹⁵ Vd. LEAL AMADO, «Dinâmica das relações de trabalho nas situações de crise (em torno da flexibilização das regras trabalhistas)», *Revista do Ministério Público*, 2009, n.º 120, pp. 921-93 e «Negociado x Legislado. O princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e as relações entre a lei e a convenção colectiva em Portugal», in *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, São Paulo, Manole Editora, n.º 13, 2012, p. 9. Por seu turno, ANDRADE MESQUITA (*Direito do trabalho*, 2.ª edição. Lisboa, AAFDL, 2004, pp. 267-268) considera que embora, à partida, esta solução promova a liberdade coletiva (permitindo-lhe verter, mais amplamente, sobre as condições laborais dos trabalhadores), e atenda, ainda, à igualdade entre sindicatos e empregadores (não carecendo aqueles, por isso, de especial proteção), põe em causa a vocação primária da contratação coletiva. Assim, é defensável o retorno à solução anterior. Até porque antes não se vedava, por completo, a alteração da lei em sentido menos favorável aos trabalhadores. Similarmemente, JOSÉ JOÃO ABRANTES («O Código do Trabalho e a Constituição», in *VI Congresso nacional de direito do trabalho. Memórias*, coord.: António Moreira, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 160-161) considera que a contratação coletiva apenas faz verdadeiramente sentido, só preenche a sua função social e económica, se forem mantidos determinados princípios, v.g., o do tratamento mais favorável do trabalhador.

¹⁶ Cfr. JORGE LEITE, «Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade», cit., p. 273; MILENA ROUXINOL, ob. cit., p. 180 e JOÃO REIS, «Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima», cit., p. 858. Em especial porque, como sublinha este último autor, (*ibidem*, p. 859), a CRP não encara a convenção coletiva como uma “técnica contratual neutra”, uma espécie de contrato cuja liberdade de conformação depende totalmente da vontade das partes, mas antes como um direito fundamental dos trabalhadores. Pretendeu-se, antes, atribuir uma posição de vantagem aos trabalhadores, tanto que não se conferiu direito similar aos empregadores.

2.2. A análise do Tribunal Constitucional

Compreensivelmente – atentos os temas sensíveis aí regulados e a sua interconexão com os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores –, antes de proceder à promulgação do decreto que continha o futuro Código do trabalho de 2003, o Presidente da República suscitou a intervenção do Tribunal Constitucional, no âmbito de um processo de fiscalização preventiva que culminou no Acórdão n.º 306/2003.¹⁷

De entre as várias questões abordadas pelo aresto, uma delas, precisamente, teve que ver com este tema. Porém, os moldes em que o Tribunal Constitucional se pronunciou a este respeito foram algo limitados.

De facto, o requerente questionou a conformidade constitucional desta previsão, invocando que o facto de ela, à data, conceder a “possibilidade de actos de natureza não legislativa derogarem preceitos legais, quer num sentido mais favorável quer num sentido menos favorável ao trabalhador, parece violar a hierarquia constitucional dos actos normativos e o princípio da tipicidade dos actos legislativos, consagrados no artigo 112.º, n.ºs 1 e 6, da CRP”. Atendendo à “formulação do pedido e ao parâmetro constitucional invocado, directamente referenciado à possibilidade de “actos administrativos” afastarem garantias ou direitos consagrados em actos legislativos”,¹⁸ o Tribunal considerou que a questão suscitada não abrangia as convenções coletivas e a relação destas com a lei, compreendendo somente os regulamentos administrativos (as atuais portarias de extensão e portarias de condições mínimas).¹⁹

Não obstante, a Juíza Conselheira FERNANDA PALMA²⁰ não deixou de se pronunciar sobre este novo modelo de relação entre lei e convenção coletiva de trabalho, sublinhando que esta última apenas vale como fonte normativa especial reconhecida pela Constituição “na medida em que constitui um direito dos trabalhadores, não podendo, por isso, derogar direitos que a lei lhes confere”. Pelo que “a admissibilidade desses regimes menos favoráveis descaracteriza o referido direito”.

Por seu turno, a Juíza Conselheira MARIA HELENA BRITO²¹ defendeu que, embora sem consagração num preceito constitucional determinado, o princípio do tratamento mais favorável do trabalhador é inerente ao princípio do Estado social e “não pode deixar de se considerar um elemento estruturante da Constituição laboral portuguesa”. Sendo que, para que o “direito de contratação

¹⁷ De 25 de junho de 2003, relator: MÁRIO TORRES, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>.

¹⁸ “Significa isto que, aparentemente, e ao contrário do disposto no artigo 112.º, n.º 6, da Constituição, a lei agora aprovada pela Assembleia da República confere a actos de natureza não legislativa o poder de afastar a aplicação dos seus preceitos, a não ser que deles resulte o contrário. De facto, como se estabelece no artigo 2.º do Código do Trabalho, *os instrumentos de regulamentação colectiva podem ser instrumentos negociais (basicamente as convenções colectivas), mas também instrumentos não negociais de clara natureza administrativa, como são os regulamentos de extensão ou os regulamentos de condições mínimas*. (...) esta lei confere a *actos administrativos* a possibilidade de afastamento das garantias ou direitos consagrados em acto legislativo – a Lei que aprova o Código do Trabalho. Assim, a norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho parece violar a hierarquia constitucional dos actos normativos e o princípio da tipicidade dos actos legislativos consagrados no artigo 112.º, n.ºs 1 e 6, da Constituição” – excerto retirado da declaração de voto do Juiz Conselheiro BENJAMIN SILVA RODRIGUES.

¹⁹ Ponto 20 do Acórdão. Esta posição mereceu a discordância de seis dos Juízes Conselheiros (CARLOS PAMPLONA OLIVEIRA, BENJAMIN SILVA RODRIGUES, MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, MARIA FERNANDA PALMA, LUÍS NUNES DE ALMEIDA e ALBERTO TAVARES DA COSTA), que, nas respetivas declarações de voto, se pronunciaram no sentido de que o Tribunal também se deveria ter debruçado sobre a relação da lei com as convenções coletivas de trabalho.

²⁰ *Vd.* respetiva declaração de voto.

²¹ *Vd.* respetiva declaração de voto.

colectiva preencha plenamente a sua função social e económica – que se traduz em garantir que a disciplina contratual corresponda a um ponto de equilíbrio entre as posições dos contraentes – há que respeitar determinados princípios, desde logo, o “princípio do tratamento mais favorável do trabalhador” (bem como o princípio da maior favorabilidade global na sucessão de convenções).²²

Mais tarde, no Ac. n.º 338/2010,²² na sequência de um pedido de fiscalização sucessiva abstrata, o Tribunal Constitucional acabou por tomar posição sobre o tema, agora já ao abrigo do atual Código do Trabalho, aprovado em 2009, e onde esta solução foi mantida.

De facto, nesta ocasião, o requerente solicitou, entre outras, a apreciação do art. 3.º do CT2009, em termos que não admitiram qualquer dúvida, ao afirmar expressamente que a solução contida neste preceito, ao permitir que, por regra, as normas legais sejam afastadas por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, sem se distinguir se esses instrumentos são mais ou menos favoráveis ao trabalhador, coloca em causa o princípio constitucional do tratamento mais favorável do trabalhador.²³

Desde logo, quanto a saber se este princípio tem força constitucional, o Tribunal reconheceu que o conjunto dos direitos dos trabalhadores, associados à ideia de democracia económica, social e cultural, nos permite afirmar que a Constituição pretende dar um “tratamento favorável” àquelas pessoas que trabalham num vínculo de subordinação, sustentando-se a si e às suas famílias, em regra, com base na retribuição que retiram desse trabalho. Circunstância à qual podemos chamar de princípio do tratamento mais favorável do trabalhador. Porém, sublinhou, ainda que se admita este princípio, é necessário atender ao contexto que o rodeia, *maxime* a sua inserção no contexto normativo constitucional.

Isto porque, “os direitos e garantias dos trabalhadores individualmente considerados que a Constituição protege devem conciliar-se com outros direitos ou interesses constitucionalmente relevantes”. E, inclusivamente, com os direitos dos próprios trabalhadores, como seja o direito de contratação coletiva.

E, para o Tribunal, no âmbito da contratação coletiva, que é, de resto, de exercício coletivo, os interesses dos trabalhadores surgem devidamente acautelados. O que permite justificar a derrogação de algumas das normas legais em sentido menos favorável para aqueles (sem que tal implique necessariamente que, no seu conjunto, a convenção coletiva não lhes seja favorável). Assim se compreende mais facilmente a imperatividade das normas legais no contexto das relações individuais, do que agora no das relações coletivas, onde, por via da representação proporcionada pelas associações sindicais, “os trabalhadores aparecem numa relação distinta da subordinação que caracteriza a sua posição em face das entidades patronais”.²⁴ Depois cabe não esquecer que o art. 3.º, n.º 1, do CT2009 consagra uma presunção de supletividade que cede perante a conclusão, por via interpretativa, de que um determinado regime legal, afinal, tem natureza imperativa. E há, ainda, um elenco de matérias nucleares em relação às quais o art. 3.º, n.º 3, do CT2009 salvaguarda, desde logo,

²² De 22 de setembro de 2010, relator: JOSÉ BORGES SOEIRO, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100338.html>.

²³ Ponto 3 do Acórdão. Solução que, em seu entender, “constitui um desvirtuamento da função da contratação colectiva como instrumento de progresso social, mostrando-se manifestamente inconciliável com os princípios fundamentais de Direito do Trabalho perfilhados na nossa Constituição, nomeadamente o princípio do tratamento mais favorável do trabalhador como elemento estruturante da Constituição laboral”.

²⁴ Cfr. ponto 5 do Acórdão.

o seu cariz relativamente imperativo, apenas podendo ser afastadas em sentido mais favorável aos trabalhadores. Assim, atendendo ao art. 3.º, n.ºs 1, *in fine*, e 3, o Tribunal não só considerou que a solução legal se encontrava mitigada em face ao que resultava do CT2003, como ainda que o legislador “cumpre claramente o mandato constitucional, consubstanciado no disposto no artigo 59º nº 2 da CRP, de fixação de um núcleo irredutível em que é manifesta a preocupação da protecção dos interesses dos trabalhadores”. Até porque, entre outros elementos, convém não esquecer que este espaço de atuação é concedido à autonomia coletiva é ancorado no direito de contratação coletiva (artigo 56.º, n.º 4, da CRP). Embora, “Note-se que, terá necessariamente de se partir do princípio de que esse direito é, globalmente, exercido em benefício dos trabalhadores”.²⁵

2.3. Leitura crítica da jurisprudência relativa ao princípio do tratamento mais favorável

Conforme pudemos analisar no ponto anterior, o Tribunal Constitucional concluiu pela não inconstitucionalidade do afastamento do princípio do tratamento mais favorável como regime regra na relação entre lei e instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho. Posição sobretudo assente, como vimos, no facto de as convenções coletivas serem negociadas por associações sindicais (estruturas que permitem atenuar a posição tradicionalmente mais vulnerável dos trabalhadores), bem como na manutenção do cariz imperativo (absoluto ou relativo) do regime legal relativo a um conjunto de matérias nucleares.

Porém, e com o devido respeito, não cremos que tais argumentos sejam suficientemente sólidos para justificar esta conclusão.

Com efeito, o abandono do princípio do tratamento mais favorável enquanto regime regra provocou a erosão de um dos vetores característicos não só do direito do trabalho (afastando a sua função garantística, em prol de uma atitude passiva perante o funcionamento do mercado de trabalho), como da contratação coletiva, pondo em causa a missão histórica desta última enquanto instrumento de proteção das condições laborais e de vida dos trabalhadores. Conceções que, de resto, resultam do próprio edifício constitucional e que fica, assim, abalado.²⁶

E não nos parece, na esteira de MILENA ROUXINOL²⁷, que a (potencial) ausência de desigualdade entre as partes, no contexto da contratação coletiva, afaste esta conclusão. Isto porque, como salienta a Autora, para o direito do trabalho, o equilíbrio contratual não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio para alcançar uma justa composição de interesses. Sendo que, neste ramo do direito, a justiça é reposta através da desigualdade. Desta feita, se as associações sindicais acordarem na redução de um certo nível de proteção atribuído pela lei, malogra-se a proteção conferida ao contraente mais fraco da relação laboral e frustra-se o propósito da justiça material.

E, refira-se ainda, não é despidendo que esta mudança tenha sido adotada num contexto histórico particularmente difícil, em plena crise estrutural do sindicalismo, e, para mais, no seio de um ordenamento caracterizado pela ausência de critérios de representatividade sindical, como condição

²⁵ *Vd.* ponto 5 do Acórdão.

²⁶ Daí que, por este motivo, MILENA ROUXINOL (*ob. cit.*, pp. 178-179) defenda a inconstitucionalidade desta alteração. JORGE LEITE («Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade», *cit.*, p. 274) também propugna a inconstitucionalidade desta alteração, dado que “Mal se compreenderia, aliás, como poderá o Estado desempenhar a incumbência constitucional de assegurar as condições de trabalho (n.º 2 do art. 59.º) - de todas e não apenas das que enumera a título exemplificativo, nas alíneas do número do citado artigo – se a lei que as estabelece permitir, ao mesmo tempo, o seu afastamento por convenção colectiva”.

²⁷ *Cfr.* MILENA ROUXINOL, *ob. cit.*, p. 175.

para a participação no processo negocial de convenções coletivas.²⁸ Convenções estas que, recorde-se, podem depois ser estendidas a um universo muito superior de destinatários, sem que, para o efeito, existam, também aqui, quaisquer critérios de representatividade... Perante este cenário, a diminuição da carga injuntiva da lei (com a consequente concessão de espaços regulativos alargados a interlocutores sindicais possivelmente débeis) pode revelar-se contraproducente e nefasta.²⁹

III. O controlo da constitucionalidade das cláusulas de convenções coletivas

3.1. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 478/2022

A possibilidade de as cláusulas de convenções coletivas serem sujeitas a um controlo de constitucionalidade foi tema de diversos arestos do Tribunal Constitucional, embora, desde o Ac. do TC n.º 174/2008,³⁰ a questão parecesse estar resolvida (e em termos afirmativos).³¹

Recentemente, o Ac. do TC 478/2022³² reabriu este debate, tendo vindo propugnar a visão oposta, isto é, a de que não é possível sujeitar cláusulas de convenções coletivas ao controlo judicial de constitucionalidade.

Isto porque, apesar da tomada de posição anteriormente vertida no Ac. n.º 174/2008, o Tribunal entendeu que estava em condições de visitar este tema. Com efeito, não só “A jurisprudência constitucional acerca da viabilidade de recursos que tenham por objeto normas de IRCT é, desde há muito, *flutuante*”, como “a maioria alcançada no Acórdão n.º 174/2008 não foi muito expressiva (8-5) e a decisão foi temporalmente muito próxima do Acórdão n.º 224/2005, também do Plenário, de

²⁸ Cfr. LEAL AMADO, «Tratamento mais favorável e art. 4.º, n.º 1, do Código do Trabalho: o fim de um princípio?», cit., p. 121 e JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho. Volume I – Relações Individuais de Trabalho*, cit., p. 51. Similarmente, GONZÁLEZ ORTEGA («Crisis económica y negociación colectiva en España», in *Crise Económica: Fim ou Refundação do Direito do Trabalho? – Actas do Congresso Mediterrânico de Direito do Trabalho*, coord.: Maria do Rosário Ramalho e Teresa Moreira, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 76-77) alerta que a redução do papel garantístico da lei, embora possa pareça potenciar a contratação coletiva, paradoxalmente traduz a renúncia da lei ao seu papel de garantia do direito de contratação coletiva, despojando a contratação coletiva do amparo proporcionado por um sistema legal de mínimos. E embora, à primeira vista, possa parecer que se está a conceder mais autonomia à contratação coletiva, daqui pode, na verdade, resultar uma armadilha para a negociação, já que, eliminada uma cobertura mínima garantida e degradado o valor imperativo da norma legal, a sua eficácia depende da capacidade negociadora real dos sujeitos coletivos, particularmente debilitada em tempos de crise. E, quando tal capacidade não exista, a negociação coletiva pode converter-se numa forma de deteriorar essas condições em benefício dos interesses empresariais, fomentando o estabelecimento de negociações concessivas.

²⁹ A nossa conclusão não é afetada pela reposição, em 2009, quanto a um conjunto de matérias, do princípio do tratamento mais favorável, na relação entre lei e convenção coletiva (constantes do art. 3.º, n.º 3, do CT2009). De facto, embora esta inovação tenha tido o mérito de evidenciar domínios em que a contratação sempre teria de se manter nos moldes tradicionais, desde logo por imperativo do direito da União Europeia ou da Constituição, não permitiu reverter a erosão do princípio do tratamento mais favorável no nosso ordenamento. Até porque, tal como salienta BAPTISTA MACHADO (*Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 242), o princípio implementado é extremamente relevante, pois não são as exceções a um princípio, por muito numerosas que sejam, que o fazem desaparecer como tal, enquanto subsistir o fundamento que lhe confere valor normativo. E, para a maioria da doutrina, com o art. 3.º, n.º 3, do CT2009, não ocorreu, nem do ponto de vista prático, nem do simbólico, qualquer retorno à situação pré-codicística, tendo havido apenas ocorreu um ténue recuperar do princípio – cfr. LEAL AMADO, «Negociado x Legislado. O princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e as relações entre a lei e a convenção colectiva em Portugal», in *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*, São Paulo, Manole Editora, 2012, n.º 13, p. 13 e JOÃO REIS, «Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima», cit., p. 856.

³⁰ Acórdão de 11 de março de 2008, relator: CURA MARIANO.

³¹ Na sua declaração de voto ao Acórdão n.º 478/2022, o Juiz Conselheiro PEDRO MACHETE diz que esta se trata, hoje, de uma “não questão”.

³² Acórdão de 5 de julho de 2022, da 1.ª secção, relator: JOSÉ ANTÓNIO TELES PEREIRA. Esta decisão não foi unânime, conforme resulta das declarações de voto dos Juizes Conselheiros PEDRO MACHETE e JOSÉ JOÃO ABRANTES.

sentido oposto”, além de que “a composição do Tribunal é, hoje, outra” e o número de decisões que recusaram proceder ao controlo de constitucionalidade das normas constantes de convenções coletivas supera largamente o das decisões que o aceitaram fazer.³³

Depois, cabe ter presente que a Constituição, no artigo 56.º, não toma posição quanto à natureza, nem quanto à eficácia das normas de convenções coletivas de trabalho, remetendo essas questões para o legislador ordinário. Sendo que o sistema de fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional foi arquitetado tendo em vista o controlo de atos de poder público.³⁴

Ora, de acordo com o Tribunal, existem elementos que denunciam a natureza negocial das convenções coletivas de trabalho, como seja o facto de nascerem “do acordo das partes, sem que concorra para a sua modelação qualquer ato de poder público”,³⁵ ou de o seu efeito vinculativo ser, por regra, limitado aos trabalhadores e aos empregadores filiados nas associações outorgantes.³⁶ E “A natureza jurídico-privada das convenções coletivas de trabalho distancia-as do exercício de poderes públicos de criação normativa”, sendo que estas têm “fundamentalmente *“alma de contrato”*, independentemente do *corpo* que aparentarem”, em nada diferindo, “quanto à sua natureza, de qualquer contrato de direito privado”.³⁷

Por este motivo, o Tribunal concluiu que as normas de convenções coletivas “não podem ser sindicadas pelo Tribunal Constitucional nesta pretendida sede de fiscalização concreta, como o não poderiam ser, também, normas de um qualquer contrato que discipline relações civis ou comerciais.”³⁸

3.2. Leitura crítica do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 478/2022

Neste aresto, o Tribunal Constitucional revisitou o conceito funcional de norma,³⁹ para efeitos do sistema português de fiscalização da constitucionalidade. Sendo que aquele compreende as normas contidas em “actos do poder normativo do Estado (lato sensu) e, em especial, do poder legislativo ou

³³ Vd. ponto 2.3. do Acórdão.

³⁴ Cfr. ponto 2.3. do Acórdão. Para uma compilação dos diversos arestos, num sentido e no outro, vejam-se os pontos 2.2.1. e 2.2.2. do Acórdão.

³⁵ Cfr. ponto 2.1. do Acórdão.

³⁶ Vd. pontos 2.1. e 2.3. do Acórdão.

³⁷ Cumpre referir que a natureza das convenções coletivas não reúne consenso na doutrina (nacional e estrangeira). Entre nós, enquanto alguns Autores defendem a natureza contratual da convenção coletiva (cfr. BARRAMBANA SANTOS, «A natureza jurídica da convenção colectiva de trabalho – novas reflexões acerca de um velho problema», in *Estudos do instituto de direito do trabalho*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 316-319; ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, 9.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 1181 e ss. e MENEZES CORDEIRO, ob. cit., pp. 745-747), outros consideram tratar-se de uma figura de índole normativa (vd., entre outros, NUNES DE CARVALHO, «Primeiras notas sobre a contratação colectiva atípica», *Revista de direito e estudos sociais*, 1999, n.º 4, pp. 384-385; VIEIRA DE ANDRADE/FERNANDA MAÇAS, «Contratação colectiva e benefícios complementares de segurança social. O problema da (in)constitucionalidade material das normas limitadoras da contratação colectiva no domínio da segurança social», *Scientia Iuridica*, 2001, Tomo L, n.º 290, p. 32; JOÃO REIS, «A caducidade e a uniformização das convenções colectivas, a arbitragem obrigatória e a constituição», *Questões laborais*, 2003, n.º 22, p. 160; GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 937; JORGE LEITE, «Subsídios para uma leitura constitucional da convenção colectiva», in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 401). Por fim, há ainda quem, salientando os aspetos duais deste instrumento, se pronuncie no sentido do seu cariz híbrido, cfr., neste sentido, Maria do ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Negociação coletiva atípica. Lição de agregação*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 37, nt. 22; JÚLIO GOMES, «Da interpretação e integração das convenções colectivas», in *Novos estudos de direito do trabalho*, Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 123 e Guilherme Gaspar, «Da natureza jurídica das convenções coletivas de trabalho», in *Estudos do instituto de direito do trabalho*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2015, p. 202.

³⁸ Cfr. ponto 2.3. do Acórdão.

³⁹ Conceito que, desde o Ac. do TC n.º 26/85 (de 15 de fevereiro de 1985, relator: CARDOSO DA COSTA), tem vindo a ser trabalhado pela jurisprudência constitucional.

seja, daqueles actos que contêm uma «regra de conduta» ou um «critério de decisão» para os particulares, para a Administração e para os tribunais”, ainda que possuam conteúdo individual e concreto.⁴⁰

Apesar de, neste caso, o Tribunal ter considerado que as convenções coletivas não respeitam tal conceito e, como tal, não estão sujeitas a este controlo, são vários os argumentos que depõem em sentido contrário (razões, de resto, aduzidas em anteriores Acórdãos do Tribunal Constitucional, nos quais se tomou posição diversa da constante neste aresto – com particular destaque para o supramencionado Ac. do TC n.º 174/2008⁴¹).

De facto, como salientou, lapidariamente, o Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES, na sua declaração de voto, para densificar o conceito funcional de norma, “o Tribunal tem essencialmente recorrido aos critérios da *heteronomia* (ato normativo de caráter vinculativo não dependente da vontade dos destinatários) e do *reconhecimento estadual* (*reconhecimento jurídico-político da força vinculativa heterónoma dos atos normativos, capaz de os impor a terceiros ou a destinatários não participantes no seu processo formativo*)”. Características estas que, de forma irrecusável, se verificam quanto às convenções coletivas, não obstante a sua origem num processo negocial privado. Com efeito, não só as cláusulas das convenções coletivas se aplicam independentemente da vontade dos seus destinatários, por força da lei (dirigindo-se a uma classe aberta de destinatários e de casos, que abrangem quer os atuais membros das associações outorgantes, quer aqueles que apenas aderem a estas estruturas já depois da celebração de tais instrumentos, quer aqueles que, entretanto, se desfilaram),⁴² como são expressamente reconhecidas como normas pela própria Constituição (no art. 56.º) e têm a sua eficácia regulada no capítulo das fontes de direito do trabalho, impondo-se aos contratos individuais de trabalho “como se fossem leis – e mesmo contra a lei”.⁴³

Assim, as convenções coletivas são “expressão do reconhecimento de uma *ordem pública social*”, vinculada a fins constitucionais e que configura direito objetivo, devendo, por isso, poder ser objeto do processo de fiscalização de constitucionalidade.⁴⁴

De resto, se assim não fosse, dado que este problema não se coloca a respeito das portarias de extensão, verificar-se-ia o “absurdo [de] que a norma de *extensão* de uma convenção coletiva fosse

⁴⁰ Ponto 8 do Ac. do TC n.º 26/85. Para uma crítica deste posicionamento, vd. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 175.

⁴¹ A “*vexata quaestio* da sindicabilidade constitucional das estatuições constantes das convenções colectivas de trabalho” (ponto 2, do Ac. do TC n.º 174/2008) também divide a doutrina. Por todos, em sentido positivo, vd. LICÍNIO LOPES MARTINS, «O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal constitucional», *Boletim da Faculdade de Direito (da Universidade de Coimbra)*, 1999, vol. LXXV, pp. 616 e ss.; VIEIRA DE ANDRADE, «A fiscalização da constitucionalidade das “normas privadas” pelo Tribunal constitucional», *Revista de legislação e de jurisprudência*, 2001, ano 133.º, n.º 3921, pp. 362-363 e GOMES CANOTILHO, ob. cit., p. 937, e, em sentido negativo, vd., entre outros, JORGE MIRANDA, ob. cit., p. 183.

⁴² Tal regime resulta do art. 496.º, n.os 1 a 4, do CT 2009. De resto, invocar a filiação como fonte da representação proporcionada pelos sindicatos apenas faz sentido quanto aos associados ao tempo da celebração. Mas “mesmo quanto a estes, a filiação numa associação sindical ou patronal não encerra um mandato de representação em futuras convenções coletivas nem é um ato de submissão voluntária a prévias ou futuras convenções coletivas. A sua submissão às convenções coletivas não deriva normativamente da vontade, mas da lei” – declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES. Em sentido similar, vd. ponto 2 do Ac. do TC n.º 174/2008.

⁴³ Cfr. declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES. Vd., igualmente, o ponto 2 do Ac. do TC n.º 174/2008 (que, nesta parte remete, expressamente, para a declaração de voto de Juiz Conselheiro JOSÉ DE SOUSA E BRITO, aposta ao Ac. do TC n.º 172/93 (de 10 de fevereiro de 1993, relator: LUÍS NUNES DE ALMEIDA)). Sendo que, de resto e como se refere no Ac. do TC n.º 174/2008 (ponto 2), o controverso afastamento do princípio do tratamento mais favorável e a sua substituição pela regra da supletividade acabou por reforçar a natureza normativa das convenções coletivas.

⁴⁴ Vd. declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES.

uma norma jurídica objeto possível do processo constitucional e que a materialmente idêntica norma objeto de extensão já não o fosse”.⁴⁵ Situação que seria claramente ofensiva do princípio da igualdade.⁴⁶ E, por fim, como salientou o Ac. n.º 174/2008, “estando nós num tempo de apelo à revitalização da contratação colectiva, em que se deseja que cada vez mais as relações laborais sejam reguladas por normas que nasçam da vontade concordante dos representantes dos seus destinatários, não é compreensível que todo um vastíssimo sector da vida dos cidadãos, com particular relevância constitucional, como o que se prende com os direitos dos trabalhadores, fique privado de acesso ao Tribunal Constitucional”.⁴⁷

Atendendo a todas estas circunstâncias, não podemos subscrever o Ac. n.º 478/2022, quando este afirma que as convenções possuem, fundamentalmente “*alma de contrato*”, e que nem nada diferem, “*quanto à sua natureza*, de qualquer contrato de direito privado”. Pelo contrário, não obstante a sua origem privada, as convenções coletivas não se comportam como “qualquer contrato de direito privado”, mas antes de forma similar à lei. São, por conseguinte, verdadeiras normas jurídicas, subsumindo-se ao conceito funcional de norma, para efeitos do sistema de fiscalização da constitucionalidade.⁴⁸

⁴⁵ Cfr. declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES.

⁴⁶ Vd. ponto 2 do Ac. do TC n.º 174/2008.

⁴⁷ Cfr. ponto 2 do Ac. do TC n.º 174/2008. Propugnando igual entendimento, cfr. declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES. A promoção da contratação coletiva, tem, aliás, permanecido um objetivo dos sucessivos governos, tendo estado presente, também, na mais recente alteração ao Código do Trabalho (a “Agenda do Trabalho Digno”), conforme resulta da exposição de motivos Proposta de Lei 15/XV/1.^a, que esteve na sua base (e que pode ser consultada em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/15/01/037/2022-06-06/34?pgs=34-106&org=PLC>).

⁴⁸ Estamos, por conseguinte, integralmente de acordo com declaração de voto do Juiz Conselheiro JOSÉ JOÃO ABRANTES. Considerando, também, “muito mais próxima da realidade histórica e social, da sua complexidade de funções, mas também do tratamento que a lei ordinária lhe consagra, a tese defendida nos votos de vencido”, vd. JÚLIO GOMES, “A Convenção Coletiva e a Constituição: Duas Questões na Jurisprudência do Tribunal Constitucional (o Controlo da Constitucionalidade e a Pós-Eficácia)” (encontrando-se, ainda, a obra no prelo, aproveitamos para expressar o nosso penhorado agradecimento ao Autor, pela cedência da mesma).

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”



Maria José Rangel de Mesquita

Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional entre 2012 e 2021

Professora Associada com Agregação do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Investigadora Integrada do *Lisbon Public Law Research Centre*. Doutoramento em Direito, Ciências Jurídico-Políticas, especialidade de Direito Comunitário, e Mestrado em Direito das Comunidades Europeias, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa). Regências nas áreas, entre outras, de Direito da União Europeia, Direito Internacional Público, Direito Internacional e Regional dos Direitos Humanos, Direito Administrativo e Justiça Constitucional. Coordenação dos Módulos Europeus Jean Monnet “Fundamental Rights and Rule of Law as

European Values in a Global World After the Conference on the Future of Europe” (2022-2025) e “European Union’s External Action Role in a Global World” (2012-2015).

Docente do Centro de Excelência Jean Monet da Universidade de Lisboa-Faculdade de Direito (2011-2014).

Membro do Project on Principles of European Tort Law – Public Liability (Institute for European Tort Law, 2010-2016).

Juíza Conselheira no Tribunal Constitucional (Julho de 2012-Outubro de 2021).

O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

*Sumário*¹: 1. Notas introdutórias. 2. Os termos da abertura da Constituição de 1976 ao não nacional e o alcance do princípio da equiparação. 3. Jurisprudência constitucional, estatuto dos estrangeiros e nacionalidade. 4. A medida da conformação do ordenamento jurídico nacional pelo processo de integração europeia e pelo Direito Internacional. 5. Notas finais.

1. Notas introdutórias

O presente texto tem por enquadramento o *binómio* que deu mote à Conferência – *Democracia e Justiça Constitucional* –, bem como a específica temática do seu Painei III – *Integrações e Inclusões* –, desdobrada nas quatro *vertentes* enunciadas no seu Programa – *Portugal no mundo, imigração, asilo e aquisição da nacionalidade* – três das quais têm em comum o *conceito de estrangeiro* por referência ao *conceito de nacional* ou cidadão português.

Com esse enquadramento, o presente texto aborda, sequencialmente, quatro tópicos temáticos.

O *primeiro*, para recordar os termos da *abertura* ou da ‘*amizade*’ da *Constituição* de 1976 (na linha de *Constituições* anteriores, desde 1911) ao *não nacional* e imigrante e do *alcance do princípio da equiparação* entre nacionais e não nacionais decorrente das norma constitucionais – enquanto declinação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade; sendo o *conceito de estrangeiro incontornável* quando se trata de abordar as temáticas da imigração, do asilo e da aquisição da nacionalidade portuguesa por quem, seja estrangeiro ou apátrida, a não tenha.

O *segundo*, para abordar a medida em que a *justiça constitucional* tem sido chamada a apreciar da conformidade constitucional de normas (ou interpretações normativas) respeitantes ao *estatuto do estrangeiro* (migrante em geral, imigrante e, depois, residente) e direitos que lhe são reconhecidos – *não discriminação* em razão da nacionalidade e direito à *nacionalidade* – e ao respetivo regime, em especial quanto à aquisição da nacionalidade (por efeito da vontade ou por naturalização).

O *terceiro*, para equacionar a medida em que a *decisão europeia* e a participação de Portugal no processo de construção europeia – e também o Direito Internacional Público – têm conformado e continuam a conformar os moldes em que Portugal disciplina o estatuto jurídico dos estrangeiros (em especial, não nacionais de Estados membros da União Europeia [UE] ou de Estados que integram o Espaço Económico Europeu [EEE]) e os acolhe, protege e integra.

O *quarto*, para enunciar algumas notas finais decorrentes da *evolução do quadro jurídico europeu* (e internacional) e do contexto de tutela plural dos direitos humanos dos estrangeiros, qualquer que seja a categoria de estrangeiro em causa e o estatuto que lhe possa ser reconhecido – e que apresenta relevo para a justiça constitucional em termos de parâmetro interpretativo da *Constituição da República Portuguesa (CRP)*.

¹O presente texto corresponde, no essencial, à intervenção proferida no III Painei – *Integrações e Inclusões* (Portugal no Mundo; imigração, asilo e aquisição da nacionalidade) da Conferência. Agradecemos ao Tribunal Constitucional, na pessoa do seu Conselheiro Presidente, o amável convite para participar no III Painei da Conferência. Por opção da Autora não se segue o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Abordam-se, em seguida, cada um desses tópicos temáticos.

2. Os termos da abertura da Constituição de 1976 ao não nacional e o alcance do princípio da equiparação

2.1 Independentemente da medida da conformação da Ordem Jurídica pelo direito da integração europeia e pelo Direito Internacional (DI) – que se aborda no ponto seguinte – os termos da abertura da Constituição ao estrangeiro, não nacional e imigrante são, desde a sua versão originária, claramente de grande *generosidade*. Essa abertura tem como pano de fundo, que remonta ao texto da Constituição de 1911², o *princípio geral da equiparação* de direitos e de sujeição a deveres *fundamentais* entre nacionais (portugueses) e não nacionais ou *princípio do tratamento nacional dos estrangeiros* previsto hoje no artigo 15.º, n.º 1, da CRP, equiparação essa apenas dependente de condição relativa à presença ou residência em Portugal – e, nessa medida, também o princípio geral da não discriminação em razão da nacionalidade, de que aquele é uma declinação. Isto, pese embora a consagração expressa de *excepções* ao princípio, previstas no artigo 15.º, n.º 2, cujo âmbito de aplicação é comprimido na proporção inversa do alargamento do conteúdo do estatuto jurídico dos não nacionais.

Aquele preceito da CRP que, na sua versão originária, apenas versava sobre “*Estrangeiros e apátridas*”, acompanhou a evolução dos compromissos internacionais do Estado português, tendo as alterações decorrentes das revisões constitucionais de 1989, de 1992 e de 2001 acolhido progressivamente *diferenciações acrescidas no estatuto dos estrangeiros* e, ainda, *novas “excepções à excepções”* contidas no n.º 2 do artigo 15.º – como é o caso dos direitos políticos de não nacionais na eleição de titulares de órgãos de autarquias locais e de Deputados ao Parlamento Europeu, hoje consagrados nos n.ºs 4 e 5 do artigo 15.º.

Além disso, tal abertura ao não nacional e ao imigrante (e, em geral, ao migrante não nacional) e o correlativo *relevo constitucional* da matéria encontram respaldo em outras normas da CRP e sua densificação legislativa, em especial em matéria de *expulsão, extradição e direito de asilo* (e entrega ao Tribunal Penal Internacional [TPI])³ e de *nacionalidade*⁴ – e, bem assim, em geral, nas normas de competência dos órgãos de soberania, na parte em que consagram a reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (AR) em matéria de aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa e a reserva relativa de competência legislativa da AR em matéria de direitos, liberdades e garantias⁵.

² Vide o artigo 3.º, proêmio, da Constituição de 21 de Agosto de 1911.

³ Cf. artigo 33.º, n.ºs 2, 4 e 6 a 8, da CRP e Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que define as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português, bem como o estatuto de residente de longa duração ([LETP] e sucessivas alterações, modificada, em último lugar, pela Lei n.º 9/2025, de 13 de Fevereiro).

⁴ Vide a Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro (Lei da Nacionalidade [LN] – e sucessivas alterações, modificada, em último lugar, pela Lei Orgânica [LO] n.º 1/2024, de 5 de Março) e Decreto-Lei [DL] n.º 237-A/2006, de 14 de Dezembro que aprova o Regulamento da Nacionalidade Portuguesa ([RN] e sucessivas alterações, modificado, em último lugar, pelo DL n.º 41/2023, de 2 de Junho).

⁵ Cf. artigos 164.º, alínea f), e 165.º, alínea b), da CRP.

2.1.1 No primeiro caso – *expulsão, extradição e direito de asilo* – a abertura ao estrangeiro é acompanhada por um conjunto de *garantias* constitucionais, previstas no artigo 33.º da CRP, que se podem sintetizar nos seguintes moldes:

i) garantias constitucionais no caso de *expulsão* de quem tenha entrado ou permaneça regularmente em território nacional (artigo 33.º, n.º 2, da CRP) ou de *extradição* (artigo 33.º, n.º 7, da CRP) – as quais só podem ser determinadas por *autoridade judicial*;

ii) garantias constitucionais no caso de *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 (artigo 33.º, n.º 4, da CRP) – o Estado requisitante ser parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que essa pena ou medida de segurança *não* será aplicada (sem prejuízo das regras aplicáveis no âmbito do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça [ELSJ]⁶, em especial em matéria de mandado de detenção europeu – cf. n.º 5 do artigo 33.º da CRP);

iii) garantia constitucional de proibição da *extradição ou entrega* (ao TPI), a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes 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) – inadmissibilidade da extradição ou entrega;

iv) garantia constitucional do *direito de asilo aos estrangeiros e 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 (artigo 33.º, n.º 8, da CRP – a qual se articula hoje não só com as obrigações internacionais do Estado português, mas também com o direito da União Europeia [DUE] em matéria de ELSJ, em especial com a política comum em matéria de asilo, de protecção subsidiária e de protecção temporária, prevista em especial no artigo 78.º do TFUE, em consonância com o DI pertinente na matéria).

2.1.2 No segundo caso – *nacionalidade* – a abertura ao estrangeiro decorre do modo como o legislador democrático, a partir do mandato constitucional (artigos 4.º e 26.º, em sede de direitos fundamentais pessoais – direito à cidadania e à nacionalidade) conforma, em cada momento, o *regime jurídico da nacionalidade* e, em particular, o regime da *aquisição* (derivada) *da nacionalidade*, máxime *por naturalização*⁷, i. e., o regime jurídico de *acesso* à cidadania portuguesa – que integra a *reserva absoluta* de competência legislativa da AR, devendo revestir a forma de *lei orgânica* e a que corresponde um regime especial de *fiscalização preventiva* da constitucionalidade⁸.

Essa abertura decorre igualmente do modo como o Direito Internacional, em especial convencional, a que Portugal se encontra vinculado, regula a matéria da nacionalidade e do direito à nacionalidade⁹ – implicando o processo de *ius tractuum* decorrente da Constituição a aprovação

⁶ Cf. artigos 4.º, n.º 2, alínea j), e 67.º a 89.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

⁷ Vide os três casos de casos de aquisição da nacionalidade portuguesa previstos na LN – *por efeito da vontade, por adopção e por naturalização* (cf. artigo 2.º e ss.).

⁸ Cf., respectivamente, artigos 164.º, alínea f) (Aquisição, perda e reaquisição da cidadania portuguesa); 166.º, n.º 2 e 278.º, n.ºs 4 a 6, todos da CRP.

⁹ Conforme remissão do artigo 4.º da CRP – e artigos 8.º e 16.º da CRP.

parlamentar de convenção internacional sobre a matéria por força da sua inclusão na competência reservada da AR¹⁰.

2.2 Os conceitos (e institutos) de imigração, asilo e de nacionalidade convocam, todos, em primeiro lugar, o conceito de *estrangeiro* – que, não sendo expressamente explicitado na Constituição, é indissociável do conceito de *nacional* ou *cidadão* (artigos 4.º e 26.º da CRP) – que o delimita *negativamente*: a imigração implica a entrada no território nacional, que constitui hoje também fronteira do território dos Estados membros da União Europeia, daqueles que *não* são nacionais, sejam eles *nacionais de outro Estado* – Estado membro da UE, Estado que integra o EEE ou Estado terceiro –, plurinacionais ou *apátridas*.

E convocam igualmente figuras *afins* do conceito de estrangeiro, que se prendem com específicos estatutos jurídicos de DI ou de DUE: em especial, as de *refugiado* (estatuto de beneficiário de asilo nos termos da Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Adicional de Nova Iorque de 1967¹¹ e de beneficiário de *protecção internacional*, na vertente de asilo, nos termos do direito da União Europeia¹²); de beneficiário de *protecção subsidiária* (nos termos do DUE¹³); de estatuto de beneficiário de *protecção temporária* no caso de afluxo maciço de *pessoas deslocadas* (nos termos previstos no DUE¹⁴) ou de beneficiário de admissão por motivos humanitários¹⁵.

2.3 O quadro jusconstitucional português, tendo como pano de fundo o princípio geral da *equiparação* entre nacionais e estrangeiros, não deixa hoje de prever e distinguir *três categorias* principais ou universos de estrangeiros, em razão de critério atinente ao seu estatuto jurídico constitucional¹⁶, e correspondentes *círculos concêntricos* – e, em rigor, admitir outros tantos sub-

¹⁰ Cf. artigo 161.º, alínea i), da CRP.

¹¹ Convenção de Genebra relativa ao estatuto dos refugiados de 28 de Julho de 1951 e Protocolo Adicional à Convenção de 31 de Janeiro de 1967 (Protocolo de Nova Iorque).

¹² Regulamento (UE) 2024/1347 do Parlamento Europeu (PE) e do Conselho de 14 de Maio de 2024, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou para pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida, que altera a Directiva 2003/109/CE do Conselho e que revoga a Directiva 2011/95/UE do PE e do Conselho (JO L 2024/1347, de 22.5.2024) – cf. artigos 1.º, 2.º e 3.º, 1), 3), 4) e 5); Regulamento (UE) 2024/1348 do PE e do Conselho de 14 de Maio de 2024, que institui um procedimento comum de protecção internacional da União Europeia e que revoga a Directiva 2013/32/UE (JO L 2024/1348, de 22.5.2024) – cf. artigos 1.º, 2.º, 3.º, 1), 3) e 5); e Directiva (UE) 2024/1346 do PE e do Conselho, de 14 de Maio de 2024, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de protecção internacional (JO L 2024/1346, de 22.5.2024) – cf. artigos 1.º, 2.º, 1) e 3.º, n.º 1.

¹³ Regulamento (UE) 2024/1347 do PE e do Conselho de 14.5.2024, cit., artigos 1.º, 2.º e 3.º, 2) e 6); Regulamento (UE) 2024/1348 do PE e do Conselho de 14.5.2024, cit., artigos 1.º, 2.º, 3.º, 2) e 4); e Directiva (UE) 2024/1346 do PE e do Conselho, de 14.5.2024, cit., artigos 1.º, 2.º, 1) e 3.º, n.º 1.

¹⁴ Directiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento (JO L 212 de 7.8.2001, p. 12 e ss.) – cf. artigos 1.º e 2.º, alíneas a) e c); e Decisão de Execução (UE) 2022/382 do Conselho de 4 de Março de 2022 que declara a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas da Ucrânia na acepção do artigo 5.º da Directiva 2001/55/CE, e que tem por efeito aplicar uma protecção temporária (JO L 71 de 4.3.2022, p. 1 e ss.) – que aplicou, pela primeira vez, o regime de protecção temporária previsto na Directiva.

¹⁵ Regulamento (UE) 2024/1350 do PE e do Conselho, de 14 de Maio de 2024, que institui o Regime da União de reinstalação e de admissão por motivos Humanitários e altera o Regulamento (UE) 2021/1147 (JO L 2024/1350, de 22.5.2024) – cf. artigos 1.º, alíneas a), ii), e b) e 2.º, 3).

¹⁶ Considerando um outro critério – o da relação do estrangeiro com o território português – podem descortinar-se igualmente duas categorias principais à luz da titularidade de um direito de residência: estrangeiros *residentes* e *não residentes*. No primeiro caso, de estrangeiros *residentes*, a *diferente fonte da titularidade* do direito de residência (DI, Direito da União Europeia ou direito nacional ou várias destas fontes, v.g. DI e DUE, quanto ao direito de asilo) origina *diversos sub-estatutos jurídicos* e correspondentes direitos e deveres; no segundo caso, de estrangeiros *não residentes* há que distinguir

estatutos jurídicos, resultantes da conjugação entre a Constituição e a lei¹⁷ –, acolhendo cidadanias *derivadas* – expressamente a europeia, implicitamente a cidadania lusófona.

2.3.1 As três categorias principais de estrangeiros que a Constituição expressamente consagra são, em primeiro lugar, a categoria de estrangeiros *cidadãos europeus*, i.e., de estrangeiros que têm a nacionalidade de um Estado Membro da União (artigo 15.º, n.ºs 5 e 4, da CRP); em segundo lugar, a categoria de estrangeiros *cidadãos de Estados de língua oficial portuguesa* (artigo 15.º, n.ºs 3 e 4)^{18 19}; e, em terceiro lugar, os *demais estrangeiros* – que, tal como os da categoria anterior, são nacionais de países terceiros em relação à União Europeia ou apátridas.

O tema da integração e da inclusão convoca especialmente os não nacionais que integram as últimas as duas categorias mencionadas – sendo o princípio da equiparação condição relevante das mesmas. Neste universo se colocará, em princípio a questão da qualificação e do acolhimento para obtenção de estatutos de DI – asilo e refúgio – ou de DUE – *protecção internacional*, nas vertentes de asilo e protecção subsidiária, *protecção temporária* e reinstalação e admissão por motivos humanitários – ou de migrantes em geral.

2.3.2 Importa ter presente a dimensão aproximada de cada uma das três categorias de estrangeiros enunciadas e respectivos universos no quadro da ordem jurídica portuguesa. Atendendo aos dados constantes do Relatório da Agência para a Integração, Migrações e Asilo (AIMA) relativo ao ano de 2023, no que respeita à população estrangeira residente (num total de 1.044.606 estrangeiros): i) o sub-círculo dos estrangeiros nacionais do Brasil, que podem beneficiar do *estatuto de igualdade* nos termos da CRP e do DI aplicável, corresponde a 35,3% do total; ii) o sub-círculo de estrangeiros nacionais de outros Estados de língua oficial portuguesa membros da CPLP corresponde a 15,6% (Angola: 5,3%; Cabo Verde: 4,7%; Guiné-Bissau: 3,1%; e São Tomé e Príncipe: 2,5%) – representando o total do círculo dos estrangeiros nacionais de países de língua portuguesa cerca de 50% do total; iii) o círculo dos nacionais de Estados membros da UE corresponde a cerca de 6% (em

especialmente entre os que se encontram regularmente em território nacional (v.g. requerentes de asilo e de protecção subsidiária [estatuto de DUE de protecção internacional]; ou beneficiários de protecção temporária) e os que aí não se encontram regularmente, gerando estatutos diferenciados que, por razões de economia de tempo, não se explanou na Conferência.

¹⁷ Num total de sete estatutos jurídicos principais – desenvolvidamente, M.J. RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: Uma Perspetiva Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 137 e ss.

¹⁸ Vide, quanto aos nacionais do Brasil, o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, assinado em Porto Seguro em 22 de Abril de 2000, que prevê o *estatuto de igualdade* entre portugueses e brasileiros (artigo 12.º e ss.), aprovado para ratificação pela Resolução da AR n.º 83/2000 (DR, I Série-A, N.º 287 de 14 de Dezembro de 2000, p. 7172 e ss.) – regulamentado pelo DL n.º 154/2003, de 15 de Julho (alterado pelos artigos 21.º e 22.º do DL n.º 41/2023, de 2 de Junho).

¹⁹ Vide, quanto aos nacionais de Estados membros da Comunidade dos Países de Língua portuguesa (CPLP) o *Acordo sobre a Mobilidade entre os Estados-Membros da CPLP*, aprovado por Resolução de 16 de Julho de 2021 na XXVI reunião ordinária do Conselho de Ministros da CPLP (cf. Resolução, n.º 1), assinado em Luanda em 17 de Julho de 2021 e aprovado pela Resolução da AR n.º 313/2021, de 9 de Dezembro de 2021 (DR n.º 237/2021, Série I de 9.12.2021, p. 4 e ss.) – o qual prevê, entre outros instrumentos no quadro da mobilidade CPLP, o *Visto de Residência CPLP* e a *Autorização de Residência CPLP* (cf. art. 3.º, alíneas d) e e), do Acordo). Segundo o artigo 25.º do Acordo (Efeitos da autorização de residência CPLP), ao titular da autorização de residência CPLP “são reconhecidos os mesmos direitos, liberdades e garantias que aos cidadãos da Parte de acolhimento e o gozo de igualdade de tratamento relativamente aos direitos económicos, sociais e culturais (...) com ressalva dos direitos que o direito interno das Partes reserve aos seus cidadãos”. Os compromissos internacionais do Estado português decorrentes do Acordo foram vertidos na Lei n.º 18/2022, de 25 de Agosto, que alterou a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, cit. e, em conformidade com o novo artigo 87.º-A da LETP, na Portaria n.º 97/2023, de 28 de Fevereiro, que aprova o modelo de título administrativo de residência no âmbito do Acordo.

especial nacionais da Itália e da França); iv) o sub-círculo dos estrangeiros, nacionais do Reino Unido (ex-Estado membro da União), corresponde a 4,5%; v) e, por fim, o sub-círculo correspondente aos demais estrangeiros representa 9,8% (Índia: 4,2%; Nepal: 2,9%; e China: 2,7%)²⁰.

Note-se que o número total de estrangeiros indicado no Relatório relativo a 2023 foi revisto em alta no posterior Relatório Intercalar da AIMA, de 1.044.606 para um total de 1.293.463 (representando um aumento de 248.857 face ao número apresentado no Relatório de 2023, correspondendo a um acréscimo de 23,82%) – e estimando-se como número preliminar para 2024 um total de 1.546.521 cidadãos estrangeiros em Portugal²¹.

Ainda no Relatório de 2023, de um total de 328.978 títulos de residência emitidos em 2023: i) 211.083 correspondem a cidadãos nacionais de países de língua portuguesa (64,16 %) – dos quais 149.174 emitidos ao abrigo do referido Acordo da CPLP (artigo 87.º-A da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho), i.e., representando 45,3% dos novos títulos de residência, dos quais 147.262 relativos a nacionais do Brasil (44,7%)²².

No que respeita ao universo dos estatutos jurídicos dos estrangeiros em 2023: i) os pedidos de concessão de *estatutos de igualdade* cifraram-se em 9.826 (igualdade de direitos e deveres: 9.751; igualdade de direitos políticos: 13; igualdade de direitos e deveres e direitos políticos: 62²³); ii) foram formulados 2693 pedidos de *protecção internacional*, tendo sido 293 os beneficiários do estatuto de *refugiado* (asilo) e 21 os beneficiários do estatuto de *protecção subsidiária*^{24 25}; foram concedidos 54.342 pedidos de *protecção temporária*, a maioria dos quais respeitantes a nacionais da Ucrânia (46.823)^{26 27}.

Ora, a medida das dificuldades no acolhimento, na integração e inclusão de estrangeiros é tanto maior quanto a dimensão do universo dos círculos concêntricos de estrangeiros e respectivos estatutos jurídicos – e inerentes direitos. E Portugal, segundo os dados estatísticos da AIMA e da Agência da União Europeia para o Asilo mencionados, não é certamente, pese embora a sua dimensão geográfica e populacional, um dos Estados membros da União Europeia mais pressionado em termos de pedidos de concessão de estatutos jurídicos de direito da União Europeia.

²⁰ Cf. AIMA, Relatório de Migrações e Asilo (2023), 2.1.1

²¹ Relatório Intercalar – Recuperação de processos pendentes na AIMA – População estrangeira em Portugal, Relatório da Direcção de Planeamento, Estudos e Estatística – DPEE, da AIMA (sem data), disponível em <https://aima.gov.pt/pt/a-aima/relatorios-intercalares/recuperacao-de-processos-pendentes-na-aima>, consulta em 26.5.2025, Sumário Executivo, 3. e 1. Correção ao número de cidadãos estrangeiros em Portugal. Segundo este Relatório Intercalar, o número de estrangeiros em 2024 deverá ainda ser revisto em alta, com contabilização das autorizações de residência por via do regime transitório criado pela AR ao abrigo da Lei n.º 40/2024, de 7.11 (cf. n.º 1), pelo que o número total em 2024 deverá ser de cerca de 1.600.000 (cf. n.º 2.3, último parágrafo).

²² Cf. AIMA, Relatório de Migrações e Asilo (2023), 2.1.2.

²³ *Idem*, 2.4.

²⁴ *Ibidem*, 4.1.

²⁵ Segundo o Relatório sobre o Asilo 2024 – Relatório Anual sobre a Situação do Asilo na União Europeia – Síntese, Junho de 2024, da Agência da União Europeia para o Asilo, em 2023 foram apresentados mais de 1,1 milhões de pedidos de protecção internacional (dos quais, na Alemanha: 30% do total; e na França, Espanha e Itália, em conjunto: 40% – i.e., nestes quatro Estados membros foram apresentados 70% dos pedidos), tendo sido 883.000 os processos pendentes em primeira instância nos países da União Europeia no final do ano, 2015-2023 (cf. 3.1 e 3.4).

²⁶ *Idem*, 5.

²⁷ Nos termos do Relatório Intercalar, cit. foram registados adicionalmente 61.648 cidadãos estrangeiros residentes ao abrigo do regime de protecção temporária a pessoas deslocadas da Ucrânia, as quais entraram essencialmente em 2022 e 2023 (cf. n.º 1 e 2.3)

2.3.3 Especificamente quanto ao universo dos nacionais de Estados membros da CPLP, em relação ao qual foi emitido em 2023 um muito elevado número de títulos de residência ao abrigo do Acordo CPLP, é de notar que, em 28.9.2023, a Comissão da UE deu início a um processo por incumprimento estadual ao abrigo do artigo 258.º do TFUE, no domínio do ELSJ, por alegada incorrecta aplicação do Regulamento (CE) n.º 1030/2002 do Conselho, de 13 de Junho de 2002, que estabelece um modelo uniforme de título de residência para os nacionais de países terceiros^{28 29} – prendendo-se a alegada infracção imputada ao Estado português, precisamente, com a emissão de vistos ao abrigo do Acordo da CPLP sem observância do modelo aprovado pelo direito da União aplicável. Com efeito, na sequência da aprovação do Acordo sobre a Mobilidade entre Estados-Membros da CPLP, a Lei n.º 18/2022, de 25 de Agosto, procedeu à alteração do Regime aprovado pela Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, aditando o artigo 87.º-A, relativo à atribuição de uma Autorização de Residência em território nacional para cidadãos nacionais da CPLP com a duração inicial de um ano. Ora, após a entrada em vigor da Lei n.º 18/2022, de 25 de Agosto, as autorizações de residência dos cidadãos da CPLP eram emitidas ao abrigo da Portaria n.º 97/2023, de 28 de Fevereiro, que aprovou o (específico) modelo de título administrativo de residência no âmbito do Acordo da CPLP.

Admite-se que em decorrência (ou também em decorrência) da abertura do referido processo por incumprimento, a Lei n.º 9/2025, de 13 de Fevereiro, que, além do mais, introduziu alterações na Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (e procedeu à execução do Regulamento (UE) 2017/2226, do PE e do Conselho de 30.11.2017), modificou a validade temporal das autorizações de residência a cidadãos dos Estados-Membros da CPLP. Esta Lei veio prever, no n.º 2 do seu artigo 2.º que “A presente lei altera ainda as condições de concessão de autorizações de residência a cidadãos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua portuguesa (CPLP)³⁰, passando a ter a mesma validade temporal das autorizações de residência concedidas aos nacionais de outros países”; e alterou a redacção do n.º 2 do artigo 75.º (Autorização de residência temporária), que passou a prever que “Quando o requerente estiver abrangido pelo Acordo CPLP e for titular de um visto de curta duração ou tenha uma entrada legal em território nacional, pode solicitar uma autorização de residência temporária”^{31 32} (pese embora não ter alterado o disposto no artigo 87.º-A da Lei n.º 23/2007). Assim, até à entrada em vigor da referida Lei n.º 9/2025, os títulos de residência de nacionais de Estados partes no Acordo da CPLP eram emitidos ao abrigo da Portaria n.º 97/2023, de 28 de Fevereiro – que, na

²⁸ Processo INFR(2023)4012 (o Regulamento em causa foi publicado no JO L 157 de 15.6.2002, p. 1 e ss. – última versão consolidada de 21.11.2017).

²⁹ Vide a Pergunta parlamentar – E-003243/2023 “«Procedimento de infracção» contra Portugal por causa do Acordo de Mobilidade CPLP” (Pergunta com pedido de resposta escrita E-003243/2023 à Comissão, artigo 138.º do Regimento, Sandra Pereira [The Left], 2.11.2023) e a Resposta escrita dada por Ylva Johansson em nome da Comissão Europeia, de 2.2.2024. Nesta resposta, a Comissão esclarece, desde logo, que considera que a legislação portuguesa relativa à emissão de títulos de residência ao abrigo do Acordo de Mobilidade da CPLP não é conforme com o modelo uniforme da UE previsto no Regulamento (CE) n.º 1030/2002 – e, ainda que tais títulos (como os vistos de longa duração para efeitos de procura de emprego) “impedem os seus titulares de circular livremente por um período com uma duração total não superior a 90 dias num período de 180 dias no território dos outros Estados membros de Schengen”, desde que preencham as condições de entrada a que se refere o artigo 5.º, n.º 1, alíneas a), c) e e), do Código das Fronteiras Schengen e não constem da lista nacional de indicações do Estado membro em causa.

³⁰ Cf. artigo 22.º, n.º 1, do Acordo da CPLP, segundo o qual o título de residência é emitido pelo prazo inicial de um ano e renovável por períodos sucessivos de dois anos.

³¹ Na redacção anterior do preceito, o nacional de Estado da CPLP podia, nas mesmas condições, solicitar uma autorização de residência temporária superior a 90 dias e inferior a 1 ano, renovável por igual período (redacção do n.º 2 do artigo 75.º introduzida pelo artigo 2.º da Lei n.º 18/2022, de 25.8).

³² Autorização de residência temporária com a validade de dois anos a contar da data da emissão do título e renovável por períodos sucessivos de três anos, nos termos do n.º 1 do artigo 75.º (versão vigente).

sequência do Acordo e da Lei n.º 18/2022, de 25.8, aprovou o modelo de título administrativo de residência, no âmbito do Acordo sobre a Mobilidade entre os Estados-Membros da CPLP (artigos 1.º, alínea a), 2.º e Anexo). Com a entrada em vigor da Lei n.º 9/2025, de 13 de Fevereiro, entrou igualmente em vigor a Portaria n.º 36-B/2025/1, de 13 de Fevereiro – que revogou a Portaria n.º 97/2003, de 28.2³³.

Em razão das referidas alterações legislativa e regulamentar, a Estrutura de Missão para a Recuperação dos processos pendentes na AIMA (EMAIMA)³⁴ começou a notificar nessa data os titulares de autorização de residência CPLP ao abrigo da Portaria n.º 97/2023, de 28 de Fevereiro, com instruções tendo em vista “a sua renovação e substituição pelo modelo uniforme de título de residência, previstas na (nova) Portaria n.º 36-B/2025/1, de 13 de fevereiro³⁵ – assim ultrapassando, a partir dessa efectiva renovação e substituição, a questão da inobservância do direito da União imputada ao Estado português. Deste modo, após a entrada em vigor da Lei n.º 9/2025 e da Portaria n.º 36-B/2025/1, o título de residência que vai ser emitido quando da renovação da autorização de residência CPLP “será o mesmo que qualquer outra autorização de residência temporária, isto é, o *modelo uniforme utilizado na União Europeia*”^{36 37}.

2.4 A cada uma destas três grandes categorias de estrangeiros *supra* indicadas corresponde (ou pode corresponder) um *conteúdo diverso do princípio da equiparação*, por via das excepções e, bem assim, das limitações às excepções ao princípio da equiparação consagradas no artigo 15.º, n.º 2, da CRP e a aplicação de específicas normas respeitantes à integração e inclusão.

E dessa distinção entre categorias de não nacionais – e entre estes e os nacionais portugueses – derivam, por isso, *diversos estatutos* em matéria de direitos fundamentais, incluindo na sua vertente substantiva, acolhendo a Constituição: direitos fundamentais *exclusivos dos nacionais portugueses* (reserva absoluta de direitos consagrada no n.º 2 do artigo 15.º da CRP); direitos fundamentais *exclusivos dos estrangeiros* (artigos 33.º, n.º 8, e n.ºs 2 e 4 a 6 da CRP); e alguma diferenciação entre os direitos fundamentais reconhecidos a cada uma dessas categorias, com fundamento racional e no respeito do DI e do DUE vinculativo para o Estado português.

³³ Cf. artigos 1.º, alínea a) e 2.º da Portaria n.º 36-B/2025/1 – esta nova Portaria manteve a validade dos documentos emitidos ao abrigo da Portaria revogada até ao término da sua validade (cf. artigo 3.º).

³⁴ Conforme notícia publicada na página da AIMA em 14.2.2025. Vide a Resolução do Conselho de Ministros n.º 87/2024, de 10 de Julho, que criou a Estrutura de Missão da AIMA, I.P., que entrou em funcionamento em Setembro do mesmo ano e se dedicou à resolução de processos pendentes de pedidos de autorização de residência apresentados até 3.6.2024.

³⁵ Notícia disponível em <https://aima.gov.pt/pt/noticias/veja-conhecer-as-regras-para-renovacao-do-titulo-de-residencia-cplp> (consulta em 19.5.2025). No mesmo sentido, as FAQs “Renovação de Título de Residência CPLP”, n.º 3 (disponível em https://aima.gov.pt/media/pages/documents/339780cde4-1739800697/faq-ar-cplp-renovacao_v2.pdf, consulta em 19.5.2025).

³⁶ Cf. ponto 3, primeiro período, das FAQs, “Renovação de Título de Residência CPLP”, cit. (itálicos acrescentados) – conforme o segundo período deste ponto 3, “O título renovado terá a validade de 3 ou 2 anos, consoante o prazo de validade do título atual tenha ou não decorrido na sua totalidade”. Note-se, em qualquer caso, que o n.º 1 do artigo 75.º da Lei n.º 23/2007, de 4.7, prevê que o período de validade da autorização de residência temporária é de dois anos, renovável por períodos sucessivos de três anos.

³⁷ Modelo aprovado pela Portaria n.º 1432/2008, de 10 de Dezembro (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.º 225/2020, de 29 de Setembro e n.º 105-A/2022, de 1 de Março) – cf. em especial artigo 4.º da Portaria n.º 225/2020, de 29 de Setembro, que alterou o modelo uniforme de título de residência aprovado pelo n.º 1 da Portaria n.º 1432/2008, de 10.12 e publicado em anexo à mesma).

2.5 O princípio geral de equiparação entre nacionais portugueses e estrangeiros e essa abertura constitucional ao não nacional – e o correspondente estatuto jurídico e seu conteúdo em termos de direitos fundamentais/humanos, densificado na legislação infra-constitucional – foi objeto não só de apreciação pela *jurisprudência constitucional*, sob várias vertentes, no quadro da sua competência de fiscalização da constitucionalidade de normas; mas igualmente de uma certa *conformação externa* ou heterónoma – decorrente das obrigações que para o Estado advêm do DI, em especial do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, em particular, do Direito da União Europeia, por força da decisão europeia ínsita no artigo 7.º, n.º 7 da CRP e com o alcance previsto no artigo 8.º, em especial n.ºs 2 e 4, e 16.º da CRP, por via da adopção, ao nível europeu, de regimes comuns em matéria de migração e asilo, no quadro do ELSJ. A ambas as vertentes se alude em seguida (*infra*, 3 e 4).

3. Jurisprudência constitucional, estatuto dos estrangeiros e nacionalidade

As decisões da Jurisdição constitucional – a salientar na medida do seu contributo para a protecção dos direitos dos estrangeiros na óptica da integração e inclusão – podem *agrupar-se tematicamente*, tendo como ponto de partida e pano de fundo, nomeadamente, a análise de jurisprudência vertida no Relatório “A jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro”³⁸. Isto, apesar de, como se já se reconheceu no Acórdão n.º 423/2001 e, depois, no Acórdão n.º 72/2003, essa jurisprudência ser “exíqua”.

Tal jurisprudência – que tem um sentido geral de interpretação constitucional consentânea com o princípio do tratamento nacional e de reforço desse imperativo constitucional – tem versado sobre:

- i) o *sentido e o alcance do princípio da equiparação* (*infra*, 3.1), em 4 vertentes (*infra*, 3.1.1 a 3.1.4);
- ii) o *alcance das excepções ao princípio da equiparação e a reserva de direitos aos nacionais, ou seja*, os direitos exclusivos dos nacionais (*infra*, 3.2);
- iii) a *concretização do conteúdo do princípio da equiparação* por via da afirmação de certos direitos fundamentais em relação aos estrangeiros – e a *todos* os estrangeiros (*infra*, 3.3).

E, a jurisprudência mais recente, seja no quadro estrito do controlo de constitucionalidade de normas – respeitantes a limites às excepções e direitos reconhecidos aos estrangeiros –, seja no quadro do controlo exercido pelo Tribunal Constitucional (TC) em relação aos Partidos Políticos³⁹, tem versado ainda sobre (*infra*, 3.5):

- iv) acrescidamente, sobre o alcance do princípio da equiparação, as *excepções ao princípio da equiparação e a reserva de direitos aos nacionais* pelo legislador (*infra*, 3.5.1);
- v) sobre os *fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito de vontade e de não concessão da nacionalidade portuguesa por naturalização* e, assim, o *acesso à nacionalidade portuguesa por estrangeiros* (*infra*, 3.5.2)

³⁸ Relatório apresentado na 10.ª Conferência Trilateral de Tribunais Constitucionais (2008), elaborado pelo Juiz Conselheiro Pamplona de Oliveira (disponível em www.tribconstitucional.pt).

³⁹ Nos termos da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada, em último lugar, pela Lei orgânica n.º 5/2015, de 10 de Abril (Vide os artigos 9.º e 103.º a 103.º-F) e da Lei n.º 2/2003, de 22 de Agosto (Lei dos Partidos Políticos), alterada em último lugar pela Lei Orgânica n.º 1/2018, de 19 de Abril (Vide, em especial, os artigos 14.º e 16.º).

vi) sobre a *inscrição de não nacionais* (estrangeiros e apátridas) em Partidos Políticos (PP), no quadro da inscrição de partidos políticos no registo existente no Tribunal Constitucional e da apreciação da conformidade constitucional e da legalidade de alterações estatutárias de PP (*infra*, 3.5.3).

3.1 No que respeita, primeiramente, à jurisprudência constitucional sobre o *sentido e o alcance do princípio da equiparação* (ou do princípio da igualdade ou do tratamento nacional ou de extensão aos estrangeiros dos direitos fundamentais e outros conferidos aos nacionais portugueses), enquanto *princípio geral imperativo* específico em matéria de estatuto dos estrangeiros, vigente na ordem jusconstitucional portuguesa desde a Constituição de 1911 que o consagrou – e que se manteve nas constituições subsequentes, incluindo a Constituição de 1976 –, da mesma decorrem quatro vertentes.

3.1.1 A primeira vertente respeita à *afirmação da identidade de direitos* entre cidadãos portugueses e estrangeiros e apátridas, com fundamento no *substracto universalista* da CRP de 1976, de que o *princípio da equiparação* entre nacionais e estrangeiros é corolário: “o substracto universalista subjacente ao texto constitucional, aliado ao princípio da equiparação, aponta, sem prejuízo dos desvios logo previstos na mesma sede [artigo 15.º, n.º 1], para uma identidade de direitos entre cidadãos portugueses e estrangeiros e apátridas” (Acórdão n.º 365/2000, II, 3.1); e, “do substracto universalista inerente ao texto constitucional e ao princípio da equiparação, seu corolário, resulta que os estrangeiros gozam dos mesmos direitos consignados no texto constitucional aos cidadãos nacionais” (Acórdão n.º 345/02, II, 2.1 e síntese da jurisprudência sobre a temática dos estrangeiros aí referida).

3.1.2 A segunda vertente respeita ao *âmbito alargado do princípio da equiparação*. No Acórdão n.º 423/01 o TC conclui, recorrendo ao elemento histórico, sistemático e literal, que o artigo 15.º da CRP se aplica, em princípio, a todos e quaisquer direitos (e deveres), perfilhando um “âmbito alargado quanto ao princípio da equiparação (...) justificado pela ideia essencial de um universalismo de direitos característico da igualdade do Estado de direito” (Acórdão n.º 423/01, II, 8. Âmbito do princípio da equiparação, último par.) – conclusão que o TC corrobora com a doutrina e o Parecer n.º 23/81 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (*idem*, antepenúltimo parágrafo). Tal âmbito alargado do princípio significando que se trata de direitos fundamentais (nomeadamente Direitos, Liberdades e Garantias e Direitos Económicos, Sociais e Culturais), de fonte constitucional, internacional e legal; valendo esse âmbito alargado para liberdades fundamentais ou direitos prestacionais, sociais e existenciais, incluindo os que garantem um “standard mínimo de existência”, bem como para direitos de fonte internacional (artigo 16.º, n.º 1, da CRP).

Do Acórdão n.º 72/02 resulta ainda que “os direitos referidos no artigo 15.º, n.º 1, da Constituição, não são apenas os direitos fundamentais, os direitos, liberdades e garantias ou os direitos constitucionalmente garantidos, mas também os consignados aos cidadãos portugueses na *lei ordinária*” (Acórdão n.º 72/02, n.º 3, *itálicos acrescentados* – e síntese de jurisprudência aí mencionada).

3.1.3 A terceira vertente prende-se com o *critério da exigência de ligação* ao território e comunidade nacionais enquanto *condição subjacente ao princípio equiparação*.

Do Acórdão n.º 365/2000 resulta que o texto da Constituição, ao consagrar o princípio da equiparação, subentende que em relação aos estrangeiros e apátridas que se encontrem em Portugal ou residam no país, para obterem o tratamento nacional, “se exige uma ligação, que não seja meramente esporádica ou fortuita, com o território e a comunidade nacionais” ou “mínimo de conexão”

entre o estrangeiro e o ordenamento jurídico nacional (II, 4.2) – no caso, entendeu o TC existir tal conexão por se tratar de cidadão angolano não residente que pretendia obter o estatuto de aposentado da Administração Pública (AP) e que foi titular da nacionalidade portuguesa e agente funcionário da AP ultramarina⁴⁰.

3.1.4 A quarta vertente diz respeito ao acolhimento de um *núcleo irredutível do princípio da equiparação* de tratamento entre nacionais e estrangeiros, em que o Tribunal Constitucional enquadrou o direito de *acesso ao tribunal*. No Acórdão n.º 962/96 (cf. II) afirma-se que ainda que o princípio da equiparação seja “susceptível de exceções a ditar pelo legislador (artigo 15.º, n.º 2), não pode ser limitado ao ponto de desvirtuar o estatuto dos estrangeiros constitucionalmente fixado (artigo 15.º)”, ditando a semântica do artigo 15.º “os limites heterónomos da actuação legislativa”: “O direito à tutela judicial fixa, indubitavelmente, esses limites” (estando então em causa o apoio judiciário, sob a forma de patrocínio judiciário, para impugnar contenciosamente o acto administrativo que denegou o direito de asilo).

3.2 No que respeita, em seguida, ao *alcance das exceções ao princípio da equiparação* e à *reserva de direitos aos nacionais*, ou seja, aos direitos *exclusivos* dos nacionais portugueses, segundo a jurisprudência constitucional “embora a Constituição consinta que a lei reserve certos direitos exclusivamente aos cidadãos portugueses (CRP, art.º 15.º-2, *in fine*), não pode obviamente fazê-lo de forma *arbitrária, desnecessária ou desproporcionada, sob pena de inutilização* do próprio princípio da equiparação dos estrangeiros e apátridas aos portugueses” – assim decorre do Acórdão n.º 58/87 (cf. 2.4. Garantias constitucionais e direitos dos estrangeiros – *itálicos acrescentados*), estando em causa as garantias de defesa em processo de extradição.

3.3 Quanto à *concretização do princípio da equiparação* por via da *afirmação de certos direitos fundamentais em relação aos* – e *todos* [os] – *estrangeiros*, já no Relatório *supra* referido de 2008 se identificavam *cinco* grandes áreas da Jurisprudência constitucional portuguesa: *expulsão, extradição, apoio judiciário, direitos e garantias processuais* e, ainda, *exercício de funções públicas* – versando a Jurisprudência sobre a titularidade de certos direitos por estrangeiros no âmbito de aplicação do princípio da equiparação e *confirmando a sua aplicação onde não existem exceções ao princípio* (direitos reservados aos nacionais), sobretudo referindo-se a Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) *personais*, a direito análogo aos DLG (direito de acesso ao direito) e a direito social (direito à segurança social)⁴¹.

3.4 Dessa evolução dessa Jurisprudência mais antiga do TC é possível retirar, desde logo, algumas “*ideias centrais*”: *i*) o artigo 15.º, n.º 1, da CRP consagra o princípio do tratamento nacional aos estrangeiros e apátridas que se encontrem em Portugal; *ii*) os direitos referidos no artigo 15.º, n.º

⁴⁰ Não estabelecendo o artigo 15.º, n.º 1, da CRP, distinção quanto ao critério da presença ou residência, regular ou legal ou irregular ou ilegal, é questionado se o mesmo condiciona o princípio de equiparação – mas, ainda que condicione a aplicação do princípio da equiparação, não afasta certamente o reconhecimento de um conjunto nuclear de direitos de fonte constitucional, nomeadamente os direitos inderrogáveis CRP (cf. artigo 19.º, n.º 6 da CRP), como o direito à vida ou à integridade pessoal, ou de fonte internacional e europeia.

⁴¹ A Jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro, 2008, cit., II. A Jurisprudência Constitucional, n.ºs 6 a 10. *Vide*, designadamente, os arestos respeitantes a normas que prevêm o direito a assistência judiciária enquanto modalidade do direito à protecção jurídica que se insere no direito de acesso aos tribunais previsto no artigo 20.º da CRP, seja quanto aos estrangeiros em geral, seja quanto aos estrangeiros e apátridas no contexto do direito de asilo (Acórdãos n.ºs 365/2000, 962/96 ou 433/03); a direitos e garantias processuais de defesa em processo penal consagrados no artigo 32.º da CRP (Acórdãos n.ºs 54/87, 347/02 ou 599/05); ou a garantias em matéria de expulsão e extradição previstas no artigo 33.º da CRP (Acórdãos n.º 577/94 ou n.º 474/95).

1, da CRP não são apenas os direitos fundamentais, em especial os qualificados como os DLG ou os direitos constitucionalmente consagrados, mas são *todos* os direitos reconhecidos aos nacionais, qualquer que seja a sua fonte – direito Internacional, direito da União Europeia ou infra-constitucional; *iii*) a reserva de direitos aos nacionais pelo legislador não pode ser feita de modo arbitrário, desnecessário ou desproporcionado, sob pena de inutilização do princípio constitucionalmente consagrado.

3.5 Em *jurisprudência* mais recente do Tribunal Constitucional, foram também versadas questões relacionadas com o princípio da equiparação e o estatuto jusconstitucional dos estrangeiros, seja em sede de recursos em fiscalização concreta, seja em sede de fiscalização abstracta sucessiva e de outros processos da competência do TC relativos a partidos políticos.

3.5.1 A matéria do princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros foi versada no Acórdão n.º 96/2013, prolatado em processo de fiscalização sucessiva da iniciativa do Provedor de Justiça, no quadro de apreciação da constitucionalidade de normas reguladoras da atividade profissional dos marítimos, em especial as relativas à sua inscrição marítima, enquanto condição necessária do exercício dessa actividade profissional (cf. II, C), 8 e ss.). Neste aresto, o Plenário do TC, desde logo retomando o Acórdão n.º 345/2002, afirma o princípio da igualdade e sua consideração e concretização próprias no artigo 15.º da CRP, no tocante ao *critério diferenciador* baseado na *nacionalidade*, reiterando o princípio do tratamento nacional e seu alcance, i.e., quanto à definição do *âmbito objectivo* da equiparação; e, quanto às *excepções admitidas pela CRP que o legislador pode estabelecer* (direitos que a CRP consente sejam colocados pelo legislador sob reserva de nacionalidade), considera que as mesmas estão sujeitas a *parâmetros condicionadores*, em especial a sujeição ao *regime* do artigo 18.º, n.º 2, da CRP quanto ao regime das restrições a direitos fundamentais (retomando o Acórdão n.º 345/2002) e ao princípio da *proibição do excesso*, sob pena de inutilização do princípio (Acórdãos n.ºs 54/87, 423/2001, 72/2002 e 345/2002). A esta luz analisou se a reserva do acesso à actividade, por via da limitação da possibilidade de inscrição marítima aos cidadãos nacionais de países integrados na UE ou residualmente abrangidos por convenção que expressamente a preveja, consignada no artigo 4.º, n.º 2, do DL n.º 280/2001, de 23.10, excepciona, em termos materialmente legítimos, o princípio da equiparação que o artigo 15.º, n.º 1, da CRP consagra e, assim, os termos da “vinculação constitucional da lei ampliadora da reserva”. *In casu*, conclui o TC pela existência de violação do parâmetro do artigo 15.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, decidindo “*declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma contida no n.º 2 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 280/2001, de 23 de outubro, na parte em que reserva aos indivíduos de nacionalidade portuguesa ou de um país membro da União Europeia, sem prejuízo do disposto em convenções ou em outros instrumentos internacionais em vigor no ordenamento jurídico nacional, a faculdade de requerer a inscrição marítima, por violação do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 15.º da Constituição.*”

A jurisdição constitucional foi também chamada a apreciar a constitucionalidade de normas que prevêem *condições de acesso ao Rendimento Social de Inserção (RSI)*, primeiro, por parte de cidadãos nacionais – e, em termos idênticos, de estrangeiros nacionais de Estados membros da UE, de Estado parte do Acordo que institui o EEE ou de Estado que tenha celebrado acordo de livre circulação de

peçoas com a UE – e, posteriormente, por parte de *cidadãos nacionais de outros Estados* (que não aqueles antes referidos)⁴².

Primeiro, no Acórdão 141/2015, em processo de fiscalização sucessiva abstracta, foi apreciada norma que estipulava as condições de acesso ao RSI por nacionais portugueses e, em concreto, que exigia um ano de residência em território nacional Portugal – a alínea a), do n.º 1, e o n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo DL n.º 133/2012, de 27 de junho, na parte em que exige a cidadãos portugueses, bem como aos membros do seu agregado familiar, o preenchimento de um período mínimo de um ano de residência legal em território nacional para poderem aceder ao rendimento RSI⁴³. Neste aresto, o TC, em Plenário, decidiu: “a) Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante da alínea a), do n.º 1, do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, na parte em que exige a cidadãos portugueses um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para poder aceder ao rendimento social de inserção, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º, n.º 1 da CRP”; b) Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 4 do artigo 6.º da mesma Lei e redacção, “na parte em que estende o requisito de um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal, previsto na alínea a) do n.º 1 desse preceito legal, aos membros do agregado familiar do requerente de rendimento social de inserção”, por violação do mesmo parâmetro constitucional.

Ora, na óptica do princípio da equiparação e dos direitos dos estrangeiros, tendo em conta a norma declarada inconstitucional – segmento da alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei respeitante aos cidadãos nacionais – é de notar que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dessa norma gerou – até à alteração introduzida pela Lei n.º 90/2017, de 28 de Julho, que passou a prever como condição positiva, entre outras, de atribuição do RSI a “residência legal em Portugal” – uma situação de desconformidade entre o direito nacional e o direito da União e, em concreto, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade (ou da igualdade de tratamento entre nacionais e nacionais de outros Estados membros da União), a que sempre seria aplicável, na resolução de eventuais casos concretos, a sanção de violação do primado, sob a forma de inaplicabilidade da norma desconforme com o direito da União. Com efeito, o princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros que sejam cidadãos da União (i.e., nacionais de um Estado membro da União) – e da não discriminação em razão da nacionalidade – encontra respaldo não apenas nos termos do artigo 15.º da CRP, mas também no próprio direito originário da União⁴⁴.

Posteriormente, no Acórdão n.º 296/2015, o Plenário foi chamado a apreciar norma respeitante às condições de acesso ao RSI por *não portugueses nacionais de Estados terceiros* não abrangidos pela alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º da mesma Lei, na redacção do preceito à data – nacionais que não fossem nacionais de Estado membro da UE, de Estado que integra o EEE ou de Estado que tenha celebrado acordo de livre circulação de pessoas com a União –, a qual consagrava a exigência de três anos de residência legal em Portugal (normas do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003,

⁴² Na redacção então vigente do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, aos primeiros era exigida, além do mais, a condição de possuírem “residência legal em Portugal há, pelo menos, um ano” (alínea a) do n.º 1, do artigo 6.º); aos segundo era exigida a condição de possuírem “residência legal em Portugal nos últimos 3 anos” (alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º).

⁴³ Cf., em especial, o n.º 10 do aresto, quanto ao regime de DUE e a tolerância à diferença de regimes aplicáveis a nacionais portugueses e a nacionais de outros Estados membros da UE.

⁴⁴ Vide os artigos 18.º, primeiro parágrafo, do TFUE e 21.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

de 21 de maio, na redação que, por último, lhes foi conferida pelo artigo 5.º do DL n.º 133/2012, de 27 de junho), tendo decidido declarar a sua inconstitucionalidade, ainda que por violação de diverso parâmetro – o princípio da proporcionalidade. A Lei n.º 90/2017, de 28 de Julho, revogaria aquela alínea b) do n.º 1 e o n.º 4, do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio,

3.5.2 A jurisprudência constitucional ocupou-se ainda de outros casos respeitantes a normas atinentes à aquisição da nacionalidade portuguesa – normas que consagram *fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito de vontade* e *fundamento de não concessão da nacionalidade portuguesa por naturalização* (processos de fiscalização concreta da constitucionalidade) e, ainda, a normas constantes de decreto (processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade) respeitantes à concessão da nacionalidade por naturalização aos descendentes e judeus sefarditas portugueses.

3.5.2.1 No que respeita à apreciação de normas respeitantes aos *fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito de vontade* ou à *aquisição de nacionalidade por naturalização* nos termos da Lei da Nacionalidade e do Regulamento da Nacionalidade portuguesa – respectivamente, artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da LN (*fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito de vontade*) e artigo 6.º, n.º 1, alínea d) da mesma lei (*fundamento de não concessão da nacionalidade portuguesa por naturalização*) e correspondentes artigos 56.º, n.º 2, alínea b) e 19.º, n.º 1, alínea d), do RN – as decisões do TC, prolatadas em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, consubstanciaram um *resultado* de aplicação de norma conforme à Constituição (Acórdão n.º 106/2016) ou de não aplicação de norma por inconstitucionalidade, em ambos com um sentido ‘amigo’ da aquisição da nacionalidade portuguesa (demais Acórdãos adiante citados).

No que respeita a normas atinentes aos *fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito de vontade*, primeiro, no Acórdão n.º 106/2016 (3.ª Secção), estando em *apreciação questão constitucionalidade reportada ao fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa previsto na alínea b) do artigo 9.º da LN e na alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º do RN – a condenação, por sentença transitada em julgado, por crime punível com a pena máxima igual ou superior a três anos, segundo a lei portuguesa* (critério da pena abstractamente aplicável ao crime) – o TC recorreu ao instituto da *interpretação conforme* à Constituição⁴⁵, sustentando uma interpretação mais favorável à aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito de vontade. Nesse aresto, interpretou as referidas normas (alínea b) do artigo 9.º da LN e alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º do RN) “no sentido de que o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa, nelas previsto, decorrente da condenação em pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos, *deve ter em conta a ponderação do legislador efectuada em sede de cessação da vigência da condenação penal inscrita no registo criminal e seu cancelamento e correspondente reabilitação legal*” (itálicos acrescentados) – não se tendo, face à interpretação conforme à CRP efectuada, considerado violado o invocado parâmetro do artigo 30.º, n.º 4, da CRP.

A jurisprudência posterior apreciou normas similares extraídas dos mesmos preceitos da LN (alínea b) do artigo 9.º), e do RN (alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º) – ainda que as dimensões normativas apresentem alguns elementos de variação no seu enunciado.

No Acórdão n.º 331/2016 (2.ª Secção) foi decidido julgar inconstitucional a norma que se extrai da alínea b) do artigo 9.º da LN (na redação dada pela LO n.º 2/2006, de 17.4), e da alínea b) do

⁴⁵ Ao abrigo da competência prevista no n.º 3 do artigo 80.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro.

n.º 2 do artigo 56.º do RN, “segundo a qual constitui fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa, quando foi aplicado o mecanismo da dispensa de pena, por violação do artigo 30.º, n.º 4 da CRP.” (itálicos acrescentados) – integrando a dimensão normativa apreciada e julgada contrária à CRP a aplicação do mecanismo da dispensa da pena (e não, como no caso anterior, o cancelamento da inscrição da condenação penal no registo criminal e a reabilitação legal)⁴⁶.

Já no subsequente Acórdão n.º 534/2021 o TC decidiu, quanto a norma similar – em que a dimensão normativa integrava elemento respeitante à *aplicação do mecanismo da substituição da pena de prisão pela pena de multa* – julgar inconstitucional a norma contida no mesmo artigo 9.º, alínea b), da LN (na redação relevante emergente da LO n.º 2/2006, de 17.4) “segundo a qual constitui fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa, *quando foi aplicado o mecanismo da substituição da pena de prisão pela pena de multa* nos termos do artigo 43.º do Código Penal, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, 26.º, n.º 1, e 30.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa”, remetendo, no essencial, para os fundamentos do Acórdão n.º 497/2019 (3.ª Secção)⁴⁷. Por fim, o Acórdão n.º 127/2023 (1.ª Secção) – que retoma os três arestos anteriores respeitantes à mesma norma decorrente do artigo 9.º, alínea b), da LN e correspondente norma do RN (acórdãos n.ºs 331/2016, 497/2019 e 534/2021) – reitera o julgamento de inconstitucionalidade da mesma norma contida no artigo 9.º, alínea b), da LN (na redação introduzida pela LO n.º 2/2006, de 17.4) e 56.º, n.º 2, alínea b), do RN (na sua redação originária) “segundo a qual *constitui fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa*” (itálicos acrescentados) por violação de todos os parâmetros de constitucionalidade considerados no Acórdão n.º 534/2021 – artigos 18.º, n.º 2, 26.º, n.º 1, e 30.º, n.º 4, da CRP (cf. Acórdão n.º 127/2023, II, 2.1 e 3.).

Já quanto a normas respeitantes a *fundamento de não concessão da nacionalidade portuguesa por naturalização*, idêntico ao que estava em causa nos arestos antes mencionados – fundamento relativo à *não condenação, com trânsito em julgado da sentença, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos, por crime punível segundo a lei portuguesa* –, no Acórdão n.º 497/2019 (rectificado pelo Acórdão n.º 589/2019) e na Decisão Sumária n.º 100/2023 (que aplicou o sentido decisório daquele), as mesmas foram julgadas inconstitucionais, integrando a *dimensão normativa* aí sindicada *elemento* respeitante à *suspensão da pena concretamente aplicada na sua execução* e, ainda, à *decisão judicial de não transcrição da decisão condenatória nos certificados de registo criminal* (para fins de emprego ou de exercício de actividade ou para outros fins)⁴⁸. Apesar de os preceitos que suportam a norma

⁴⁶ Vide a Declaração de Voto de Vencido do Conselheiro Pedro Machete, acolhendo a fundamentação do Acórdão n.º 106/2016.

⁴⁷ No que respeita sobretudo ao parâmetro constitucional violado, já que o Acórdão n.º 497/2019 apreciou norma decorrente do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da LN e do artigo 19.º, n.º 1, alínea d) do RN – atinentes aos fundamentos de oposição à concessão da nacionalidade por naturalização.

⁴⁸ Conforme faculdade dos tribunais, no caso de condenação de pessoa singular em pena de prisão até um ano ou em pena não privativa da liberdade, a exercer na sentença ou em despacho posterior, quando “das circunstâncias que acompanharam o crime não se puder induzir perigo de prática de novos crimes” – a faculdade então prevista no n.º 1 do artigo 17.º (decisões não transcritas) da Lei n.º 57/98, de 18 de Agosto, entretanto revogada pela Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio. O referido artigo 17.º, n.º 1, corresponde hoje ao artigo 13.º, n.º 1, da nova Lei – embora prevendo esta agora um novo pressuposto negativo cumulativo (o arguido não ter sofrido condenação anterior por crime da mesma natureza).

sindicada e apreciada naquele aresto e Decisão Sumária) — artigos 6.º, n.º 1, alínea d), da LN, na redação introduzida pela LO n.º 2/2006, e 19.º, n.º 1, alínea d), do RN, na redação aprovada pelo DL n.º 237-A/2006 — terem sido alterados — respetivamente, pela LO n.º 2/2018, de 5 de julho, e pelo DL n.º 26/2022, de 18 de março — e essa alteração ter consistido na substituição do critério dado pela pena abstratamente aplicável ao crime cometido pelo critério correspondente à pena concretamente aplicada pela prática do mesmo, considerou o TC, no Acórdão n.º 497/2019 – face à alteração introduzida pela LO n.º 2/2018, de 5 de julho –, que se mantinha a utilidade no conhecimento do objeto do presente recurso (cf. II, n.ºs 4 e 5).

Assim, no Acórdão n.º 497/2019 (3.ª Secção), decidiu-se julgar inconstitucional a “[...] a norma decorrente do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro (Lei da Nacionalidade), na redação dada pela Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho, e do artigo 19.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro (Regulamento da Nacionalidade), nos termos da qual não pode ser concedida a nacionalidade portuguesa por naturalização a um indivíduo que tenha cometido crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa, quando a pena concretamente aplicada foi suspensa na sua execução ao abrigo do artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal, e foi decidida a não transcrição da decisão condenatória ao abrigo do artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 57/98, na redação dada pela Lei n.º 144/2009, de 22 de setembro, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, e 30.º, n.º 4, da Constituição” (cf. II, 13. e III). Na posterior Decisão Sumária n.º 100/2023, quanto a questão de constitucionalidade que integrou o objeto do presente recurso *similar* àquela que foi apreciada no Acórdão n.º 497/2019 decidiu-se também (cf. II, 5.), julgar inconstitucional, “a norma decorrente do artigo 6.º, n.º 1, alínea d), da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro (Lei da Nacionalidade), na redação da Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho, e do artigo 19.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro (Regulamento da Nacionalidade), nos termos da qual não pode ser concedida a nacionalidade portuguesa por naturalização a um indivíduo que tenha cometido crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa, quando a pena concretamente aplicada foi suspensa na sua execução ao abrigo do artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal, e foi decidida a não transcrição da decisão condenatória ao abrigo do artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 57/98, na redação dada pela Lei n.º 144/2009, de 22 de setembro, por violação dos artigos 18.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, e 30.º, n.º 4, da Constituição».

3.5.2.2 No outro caso relativo ao acesso à nacionalidade portuguesa, em concreto a aquisição de nacionalidade por naturalização dos descendentes de judeus sefarditas portugueses (artigo 6.º, n.º 7, alíneas a) e b), da LN, na redacção da LO n.º 2/2020, 10 de Novembro^{49 50}), foi apreciada, em sede

⁴⁹ Segundo o qual: “O Governo pode conceder a nacionalidade por naturalização, com dispensa dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 [“b) residência legal em território português há pelo menos 5 anos” e “c) conhecimento suficiente da língua portuguesa”], aos descendentes de judeus sefarditas portugueses, através da demonstração da tradição de pertença a uma comunidade sefardita de origem portuguesa, com base em requisitos objetivos comprovados de ligação a Portugal, designadamente apelidos, idioma familiar, descendência directa ou colateral”. O n.º 7 do artigo 6.º da LN seria depois, na sequência da prolação do Acórdão n.º 128/2024 do Plenário do TC, alterado pela LO n.º 1/2024, de 5 de Março, no sentido de essa concessão depender do preenchimento de requisitos cumulativos consagrados nas novas alíneas a) e b) do preceito: “a) Demonstrem a tradição de pertença a uma comunidade sefardita de origem portuguesa, com base em requisitos objectivos comprovados de ligação a Portugal, designadamente apelidos, idioma familiar, descendência directa ou colateral; b) Tenham residido legalmente em território português pelo período de pelo menos três anos, seguidos ou interpolados.”

⁵⁰ Sobre a matéria, após a publicação do DL n.º 26/2022, de 18 de Março, Rui MOURA RAMOS, “A naturalização dos descendentes de judeus sefarditas após a publicação do Decreto-Lei n.º 26/2022, de 18 de Março, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, Ano 151, n.º 4034, p. 292 e ss.

de fiscalização preventiva de norma constante de decreto da AR, despoletada pelo Presidente da República, a inconstitucionalidade da norma do Artigo 6.º do Decreto 134/XV da AR – segundo a qual

“Sem prejuízo do regime vigente até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 26/2022, de 18 de março [regula o RN, cf. art. 24-A, 1 d)], em relação aos requerimentos apresentados entre 1 de setembro de 2022 e a entrada em vigor da presente lei, o Governo pode conceder a nacionalidade por naturalização, *com dispensa dos requisitos previstos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 6.º da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro, aos descendentes de judeus sefarditas portugueses, através da demonstração da tradição de pertença a uma comunidade sefardita de origem portuguesa, com base em requisitos objetivos comprovados de ligação a Portugal, designadamente apelidos, idioma familiar, descendência direta ou colateral, bem como:* a) Da titularidade, transmitida mortis causa, de direitos reais sobre imóveis sitos em Portugal, de outros direitos pessoais de gozo ou de participações sociais em sociedades comerciais ou cooperativas sediadas em Portugal; ou b) Da realização de deslocações regulares ao longo da vida do requerente a Portugal que atestem uma ligação efetiva e duradoura a Portugal; ou c) Da titularidade de autorização de residência há mais de um ano” (as alíneas a) e b) do artigo 6.º em apreciação correspondem aos pontos i) e ii) do n.º 3 do artigo 24.º-A do RN então em vigor).

No Acórdão n.º 128/2024, tirado em Plenário, o TC não se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma objecto do recurso – artigo 6.º do Decreto 134/XV da AR, reguladora do acesso à nacionalidade portuguesa⁵¹. Note-se que, na óptica da maioria, a disposição transitória do artigo 6.º do Decreto não deixa de representar, “em parte, um agravamento do regime jurídico de aquisição da nacionalidade por naturalização dos descendentes dos judeus sefarditas portugueses” com aplicação, em parte, retrospectiva – mas que se inscreve numa “trajectória de continuidade” com vista “a uma aproximação com os restantes regimes de aquisição da nacionalidade por naturalização” “que se dirige ao princípio da efectividade” (cf. 10.2, penúltimo parágrafo).

3.5.3 Por fim, há que mencionar o relevo, para o princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros no domínio dos direitos de participação política, da jurisprudência constitucional respeitante à inscrição de Partidos Políticos no registo próprio do TC e de alterações estatutárias daqueles. Num conjunto de arestos mais recentes, prolatados entre 2023 e 2024, o Tribunal Constitucional, no quadro da inscrição de PP no registo próprio existente no TC e de controlo exercido quanto aos mesmos para anotação de alteração de estatutos de PP, debruçou-se sobre a análise de normas estatutárias relevantes para os estrangeiros, nacionais de outros Estados e apátridas.

No Acórdão n.º 864/2023, tirado em Plenário (cf. II, 23, segundo par.), por referência a norma estatutária que prevê a inscrição de estrangeiros (mas não de apátridas), encontra-se uma menção à necessidade de adequação do preceito do projecto de estatutos (artigo 4.º, b) do Projecto) ao disposto na LPP no ponto em que esta prevê, no seu artigo 19.º, n.º 4, que “os estrangeiros e os apátridas legalmente residentes em Portugal e que se filiem em partidos políticos gozam dos direitos de participação *compatíveis com o estatuto de direitos políticos que lhe estiver reconhecido*” (itálicos acrescentados) – sendo aí assinalada a falta de menção [nos Estatutos] aos *apátridas*. No posterior

⁵¹ Não sem (quatro) declarações de voto de vencido, no sentido da *inconstitucionalidade* da norma do decreto, por violação, consoante o caso, do princípio da confiança ínsito no artigo 2.º da CRP, da segurança jurídica na sua vertente objectiva, ínsita no mesmo preceito, do princípio da protecção da confiança e do princípio da dignidade humana ínsito no artigo 1.º da CRP.

Acórdão n.º 183/2024 a referência pertinente encontra-se a propósito de alteração estatutária que não satisfaz o artigo 19.º, n.º 4, da LPP, quanto aos estrangeiros e aos apátridas (cf. II, 8.2.1) – retomando-se o precedente Acórdão n.º 864/2023 (apesar de neste caso a omissão só respeitar aos apátridas)⁵².

A linha jurisprudencial do Acórdão n.º 864/2023 foi reiterada, sucessivamente, no Acórdão n.º 264/2024, que reitera a necessidade de menção aos apátridas quando os estatutos prevêm a filiação de estrangeiros (cf. II, 9, segundo par.); no Acórdão n.º 379/2024, quanto à omissão de referência aos apátridas (II, 9.4); e no Acórdão n.º 578/2024, reiterando o aresto n.º 864/2023 (cf. II, 10.3). Na formulação deste último:

“10.3. Nos termos do n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos, apenas podem – além dos «*cidadãos portugueses, no pleno gozo dos seus direitos políticos que adiram ao Programa e aos Estatutos*», previstos no n.º 1 do artigo 5.º, dos Estatutos – ser membros do Partido os «*cidadãos estrangeiros residentes em território nacional a quem tenha sido reconhecido, por lei, o direito de voto*».

Nessa medida, importa recordar que, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, se verifica uma exclusão de cidadãos apátridas que não é constitucionalmente admissível: como se concluiu no Acórdão n.º 864/2023, «*o artigo 19.º, n.º 4 da LPP dispõe que “[o]s estrangeiros e os apátridas legalmente residentes em Portugal e que se filiem em partido político gozam dos direitos de participação compatíveis com o estatuto de direitos políticos que lhe estiver reconhecido*».

Deste modo, e nos mesmos exatos termos em que se concluiu nos Acórdãos n.ºs 864/2023, 183/2024, 264/2024 e 379/2024, o n.º 2 do artigo 5.º dos Estatutos deve ser completado com referência expressa aos apátridas ao lado dos «*cidadãos estrangeiros*».

3.6 Em termos conclusivos e sucintos, pode afirmar-se que a jurisprudência constitucional apresenta, em regra, uma linha decisória *amiga* dos estrangeiros/imigrantes numa óptica consonante com o substrato universalista da CRP, a abertura ao DI e à protecção de direitos humanos nessa sede consagrados e, assim, aos direitos fundamentais em sentido material, qualquer que seja a sua fonte. Isto, na óptica: i) da *densificação do sentido e alcance amplo do princípio da equiparação*; ii) do sentido das *excepções consentidas* pela CRP, em concreto dos *limites à reserva de direitos aos nacionais* pelo legislador que o artigo 15.º, n.º 2, da CRP consente; iii) do reconhecimento de concretos direitos fundamentais aos estrangeiros, detentores de vários estatutos jusconstitucionais (e densificados pela lei), especialmente DLG, incluindo direitos de participação política, e direitos sociais a prestações sociais; iv) das condições de aquisição (e de fundamentos de oposição à aquisição ou de não atribuição) da nacionalidade portuguesa, por efeito da vontade ou por naturalização – que corresponderá, no limite, a uma integração plena do estrangeiro na comunidade nacional; v) direitos de participação política no que respeita a partidos políticos.

4. A medida da conformação do ordenamento jurídico nacional pelo processo de integração europeia e pelo Direito Internacional

Finalmente, quanto à temática da medida em que a decisão europeia e a participação de Portugal no processo de integração europeia têm conformado e continuam a conformar os moldes em que a ordem jurídica portuguesa se abre aos estrangeiros – que não sejam nacionais de Estados membros da UE ou de Estados que integram o EEE –, são de sublinhar algumas breves ideias-chave.

⁵² Vide também a Declaração de Voto do Conselheiro João Loureiro, pontos 2.1 e 2.4.

Não sem notar previamente que, mesmo antes da participação de Portugal no processo de integração europeia, o Direito Internacional Público, universal e regional, a que Portugal se encontra vinculado, já conformava igualmente o direito nacional – com respaldo no disposto nos artigos 7.º, 8.º, n.ºs 1 a 3, e 16.º da Constituição.

4.1 Sem preocupação de exaustão, as obrigações internacionais do Estado português advêm de um conjunto alargado de convenções internacionais, gerais ou específicas em relação ao objecto, com especial destaque, no DI universal⁵³, para: *i) o princípio do tratamento* (dos apátridas) *idêntico* ao decorrente do regime dos estrangeiros em geral e dos nacionais quanto a certos direitos (como é o caso do direito à liberdade religiosa)⁵⁴; *ii) a atribuição da nacionalidade* a pessoa que de outro modo seria apátrida e *não privação da nacionalidade* se tal transformar a pessoa em apátrida⁵⁵; *iii) os princípios da não discriminação*, incluindo quanto ao país de origem e do tratamento idêntico ao dos nacionais e o reconhecimento de direitos específicos em matéria de expulsão e *não repulsão*⁵⁶; *iv) o princípio da não discriminação, incluindo em razão da origem nacional e da nacionalidade*, o princípio do tratamento igual aos trabalhadores nacionais ou a previsão como *standards mínimos* de dois catálogos de Direitos Humanos em razão do carácter documentado, ou não, no país acolhimento⁵⁷.

Por seu lado, no que respeita ao Direito Internacional regional especializado em matéria de direitos humanos, assume particular relevo para o princípio da equiparação dos estrangeiros aos nacionais portugueses, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e os seus Protocolos Adicionais, bem como a Carta Social Europeia (CSE) revista de 1996 e várias Convenções celebradas entre Estados no quadro do Conselho da Europa (CdE), fontes de que decorrem, nomeadamente: *i) a obrigação jusinternacional de reconhecimento*, pelos Estados parte na CEDH, “a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição” (i.e., sejam estrangeiros, nacionais de outros Estados ou apátridas) os direitos e as liberdades consagrados no Título I da CEDH (cf. artigo 1.º da CEDH)⁵⁸; *ii) o direito humano à não discriminação em razão da origem nacional* (artigo 14.º da CEDH); *iii) a proibição de expulsão colectiva de estrangeiros* (artigo 4.º do Protocolo N.º 4 à CEDH) e as garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros (artigo 1.º do Protocolo N.º 7 à CEDH); *iv) o direito dos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias à protecção e assistência no território de outra parte contratante* (artigo 19.º da CSE revista de 1996).

Algumas outras convenções internacionais regionais celebradas no quadro do CdE são igualmente de destacar pelo relevo para a protecção do estatuto do estrangeiro e seus direitos humanos, como é o caso da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade (1997), da Convenção do

⁵³ Desenvolvidamente, M. J. RANGEL DE MESQUITA, Os Direitos Fundamentais..., cit., pp. 98-106.

⁵⁴ Cf. a Convenção (de Nova Iorque) relativa ao Estatuto dos Apátridas de 28 de Setembro de 1954.

⁵⁵ Cf. a Convenção sobre a redução dos casos de Apátrida de 30 de Agosto de 1961

⁵⁶ Cf. a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 28 de Julho de 1951.

⁵⁷ Cf. a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 18 de Dezembro de 1990.

⁵⁸ A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que interpreta e aplica a CEDH e seus Protocolos adicionais, bem ilustra o relevo do princípio do reconhecimento de direitos humanos aos estrangeiros que se encontrem sob a jurisdição dos Estados partes na CEDH – é o caso dos acórdãos do TEDH de 23.2.2012 (Grande Câmara), *Hirsi Jamaa e o. v. Itália*, 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509 ou de 21.1.2011, *M.S.S. v. Bélgica e Grécia*, 30696/09, CE:ECHR:2011:0121JUD003069609 (violação da CEDH no caso de aplicação das regras comuns da UE em matéria de asilo) – Vide também o acórdão do Tribunal de Justiça da UE de 21.12.2011, *N.S. and o., C-411/10*, ECLI:EU:C:2011:865; ou, no caso de condenação do Estado português, de 3.12.2019 (3.ª Secção), *Petrescu v. Portugal*, 23190/17 (condições de detenção [in casu de estrangeiro] em estabelecimento prisional português), ECLI:CE:ECHR:2019:1203JUD002319017.

Conselho da Europa sobre a Prevenção dos Casos de Apatridia em relação à Sucessão de Estados (2006), da Convenção Europeia sobre a Abolição de Vistos para Refugiados (1959), da Convenção Europeia sobre a Transferência da Responsabilidade pelos Refugiados (1980) ou da Convenção Europeia sobre o Estatuto legal dos Trabalhadores Migrantes (1977)⁵⁹.

As exigências de protecção dos estrangeiros decorrentes do DI, universal e regional, assumem relevo enquanto padrão de protecção que o Estado deve observar não só na sua actuação em geral, mas também na aplicação de fontes de Direito da União (como ilustram os casos da jurisprudência do TEDH mencionados).

Esse padrão geral – e concretos padrões de protecção de direitos humanos quanto a cada um dos direitos protegidos – contribuem, por se referirem também ao padrão de tratamento dos não nacionais, para uma concretização do princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros.

4.2 Além das obrigações decorrentes da vinculação internacional do Estado mediante tratado, foi a participação de Portugal na integração europeia – com respaldo em normas da Constituição, nomeadamente nos artigos 15.º, n.º 5, ou 33.º, n.º 5, da CRP –, em especial após o Tratado de Maastricht, que originou uma maior conformação do direito nacional densificador das normas constitucionais – por força do regime do ELSJ, domínio material de atribuições da União partilhadas com os Estados membros, em que o nível de harmonização (através de directivas) e de unificação (através de regulamentos) do direito nacional é já significativo e assenta, no essencial, nos *princípio do reconhecimento mútuo* e da confiança mútua entre Estados membros. Também a natureza vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais da União, consagrada pelo Tratado de Lisboa, assume relevo significativo para os direitos fundamentais dos não nacionais quando os Estados membros apliquem o direito da União.

Essa *conformação* do regime jurídico nacional – que, no respeito do quadro jus-constitucional, regula a matéria da entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional⁶⁰ – resulta essencialmente dos traços de regime harmonizado e/ou unificado e dos estatutos específicos de DUE consagrados, que se podem agrupar em *quatro vertentes* principais, abrangendo uma pluralidade de fontes significativa:

- i) o regime jurídico constante da CDFUE, em especial os artigos 18.º e 19.º, quanto ao direito de asilo, proibição de expulsões colectivas e não repulsão;
- ii) o regime jurídico da cidadania europeia e os direitos dos nacionais de outros Estados membros da UE;
- iii) o regime jurídico dos estrangeiros nacionais de Estados terceiros em relação à União Europeia, no que respeita à *política comum de asilo, de protecção subsidiária (estas integrando a protecção internacional) e de protecção temporária*;

⁵⁹ Respectivamente, European Treaty Series (ETS) N.º 166 de 6.11.1997, ETS N.º 200 de 19.5.2006, ETS N.º 031, de 20.4.1959, ETS N.º 107 de 16.10.1980 e ETS N.º 092 de 24.11.1977 (todas disponíveis em www.coe.int).

⁶⁰ Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho e Decreto Regulamentar (DR) n.º 84/2007, de 5 de Novembro, que a regulamenta, alterado em último lugar pelo DR n.º 1/2024, de 17 de Janeiro.

iv) o *regime jurídico em matéria de política (comum) de imigração e direitos dos nacionais de Estados terceiros* em relação à União – regime de entrada, permanência, saída e afastamento e estatutos especiais.

4.2.1 Decorre da pluralidade de fontes normativas de direito da União Europeia vigentes que se aplicam na ordem jurídica interna que esta consagra uma *pluralidade* de estatutos jurídicos – pelo menos, reitera-se, sete estatutos diferenciados, com um âmbito de protecção mais ou menos alargado, a partir de um núcleo básico de direitos (fundamentais) universais e do princípio geral da equiparação – de fonte europeia.

A conformação do direito nacional – ancorada no princípio do primado reconhecido pela Constituição no n.º 4 do artigo 8.º e com o alcance que o TC, em Plenário, traçou no Acórdão n.º 422/20 – por esses regimes de direito da União, a qual opera por via da instituição de *estatutos jurídicos uniformes* e de *sistemas* comuns (de procedimentos e normas comuns), implica a *modelação* do teor do direito nacional em matéria de estatuto jurídico dos estrangeiros (e de nacionalidade) – e também em matéria de integração e inclusão –, seja numa óptica procedimental, seja igualmente numa óptica substantiva. Nesta última óptica substantiva releva especialmente o *conteúdo* dos *estatutos jurídicos de Direito da União* – em parte coincidentes com estatutos de fonte convencional internacional, em parte distintos – em matéria de direitos fundamentais que lhe devem ser reconhecidos a cada passo dos respectivos procedimentos de acolhimento, decisão administrativa e reconhecimento do estatuto.

4.2.2 A conformação do direito nacional pelo DUE resulta igualmente do sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia na interpretação e aplicação de normas de direito da União em matéria de ELSJ – que se projectam no estatuto jurídico dos não nacionais –, em especial em acções por incumprimento estadual ou processos de questões prejudiciais. A título meramente ilustrativo, os casos *Comissão c. Hungria* (acolhimento dos requerentes de protecção internacional)⁶¹, ou *Bundesrepublik Deutschland* (Efeito de uma decisão de concessão do estatuto de refugiado)^{62 63}.

4.2.3 A conformação do direito nacional pelo DUE sofrerá certamente algumas alterações com a entrada em vigor do chamado novo *Pacto Europeu sobre Migração e Asilo* ([PEMA], sobre o qual foi alcançado acordo político em Dezembro de 2023, tendo o mesmo sido adoptado pelo PE em Abril de 2024 e, pelo Conselho, em 14 de Maio de 2024⁶⁴, assente em 4 pilares essenciais: i) Fronteiras

⁶¹ TJ, 17.12.2020, *Comissão c. Hungria*, C-808/18 (Acolhimento de requerentes de protecção internacional), ECLI:EU:C:2020:1029 e TJ, 13.6.2024, C-123/22 (Acolhimento de requerentes de protecção internacional II), ECLI:EU:C:2024:493 – neste último, o TJ aplicou ao Estado membro em causa uma sanção pecuniária de quantia fixa de 200.000.000 Euros, bem como duas sanções pecuniárias de quantia progressiva, uma de 900.000 por dia e outra de 100.000 Euros por dia, até à data de execução do primeiro acórdão por incumprimento proferido em 17.12.2020, o mesmo é dizer, aplique as normas da União subjacentes em matéria de acolhimento de requerentes de protecção internacional.

⁶² TJ, 18.6.2024, *Bundesrepublik Deutschland*, C-753/22 (Efeito de uma decisão de concessão do estatuto de refugiado), ECLI:EU:C:2024:524 – interpretando o direito da União em matéria de procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de protecção internacional no sentido de que, quando a autoridade competente de um Estado membro não possa usar a faculdade de considerar inadmissível um pedido de protecção internacional, ao qual outro Estado membro já concedeu essa protecção, em razão de um risco sério de o requerente ser sujeito, neste outro Estado membro, a tratamento desumano ou degradante, essa autoridade tem de proceder a uma nova apreciação individual, completa e actualizada do pedido por ocasião de um novo procedimento de protecção internacional, mas tendo plenamente em conta a decisão do referido outro Estado membro de conceder essa protecção e os elementos que sustentam essa decisão.

⁶³ Vide também as Conclusões do Advogado-Geral R. Norkus de 10.4.2025, C-136/24P (ECLI:EU:C:2025:257).

⁶⁴ A Comissão traçou já, em Junho de 2024, o *Plano Comum de implementação* para tornar o PMA numa realidade (COM 2024/251 final de 12.6.2024).

externas seguras; ii) Procedimentos rápidos e eficientes; iii) Sistema eficaz assente na solidariedade e responsabilidade; iv) Integrar a migração nas parcerias internacionais. O PEMA, que abrange um conjunto de regulamentos e de directivas⁶⁵, implica alteração de vários dos regimes de direito da União vigentes e introduz novos traços de regime a observar pelos Estados membros. Não se compadecendo com o tema uma abordagem de todos os pontos de impacto das alterações adoptadas pela União sobre o regime a dispensar aos estrangeiros – e as várias categorias de estrangeiros – salientam-se tão só alguns deles que se prendem com a *vertente substantiva* de protecção de direitos fundamentais (e controlo do respeito pelos mesmos) e com a densificação do *princípio de solidariedade* (este previsto, a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, no artigo 80.º do TFUE) e *de responsabilidade* obrigatórias.

Em primeiro lugar, os *critérios e mecanismos para a determinação do Estado membro responsável* pela apreciação de um pedido de protecção internacional – questão esta que gerou, aliás, violação de direitos humanos imputável a um Estado membro da UE apreciada pelo TEDH (caso *M.S.S v. Bélgica e Grécia*) – e a presença do requerente no Estado membro de primeira entrada até à determinação do Estado membro responsável ou no Estado membro responsável (nos termos do artigo 24.º e ss. do RGAM), sob pena de não beneficiar de condições de acolhimento previstas pelo DUE fora desse Estado, devendo ser informado disso (cf. artigos 18.º e 19.º do RGAM).

Em segundo lugar, o âmbito do *direito à informação e ao aconselhamento jurídico* (artigo 21.º do RGAM) e do *direito a uma via de recurso efectiva*, com fundamentos estritos, mas que incluiu expressamente a violação da proibição de tratamentos desumanos e degradantes previsto no artigo 4.º da Carta (artigo 43.º, n.º 1, alínea a), do RGAM) – que corresponde ao artigo 3.º da CEDH, fonte material e *standard* mínimo daquela.

Em terceiro lugar, a *criação do mecanismo de solidariedade permanente e de partilha equitativa de responsabilidades* (artigos 3.º e 6.º do RGAM), impondo um conjunto de obrigações de meios e de resultado aos Estados membros.

⁶⁵O PEMA abrange: i) o Regulamento Gestão do Asilo e da Migração (RGAM) - Regulamento (UE) 2024/1351 do PE e do Conselho de 14.5.2024, que revoga o Regulamento 604/2013 Dublin III); ii) o Regulamento Procedimento de Asilo - Regulamento (UE) 2024/1348 do PE e do Conselho de 14.5.2024, que institui um procedimento comum de protecção internacional e revoga a Directiva 2013/32/UE); iii) o Regulamento de Regresso na Fronteira - Regulamento (UE) 2024/1349 do PE e do Conselho de 14.5.2024, que estabelece um procedimento de regresso na fronteira e altera o Regulamento (UE) 2021/1148; iv) o Regulamento situações de crise e força maior (RSCFM) - Regulamento (UE) 2024/1359 do PE e do Conselho de 14.5.2024, relativo à resposta a situações de crise e de força maior no domínio da migração e do asilo e altera o Regulamento (UE) 2021/1147; v) Regulamento EURODAC (reformulação) - Regulamento (UE) 2024/1358 do PE e do Conselho de 14.5.2024, relativo à criação do sistema EURODAC de comparação de dados biométricos para efeitos de aplicação efectiva dos Regulamentos (UE) 2024/1351 e (UE) 2024/1350 do PE e do Conselho e da Directiva 2001/55/CE do Conselho, para identificação de nacionais de países terceiros e apátridas em situação irregular, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados membros e pela Europol para fins de aplicação da lei, que altera os Regulamentos (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/818 do PE e do Conselho e revoga o Regulamento (UE) 603/2013 do PE e do Conselho; vi) o Regulamento Triagem - Regulamento (UE) 2024/1356 do PE e do Conselho de 14.5.2024, que institui a triagem dos nacionais de países terceiros nas fronteiras externas e altera os Regulamentos (CE) 767/2008, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240 e (UE) 2019/817; vii) o Regulamento condições de asilo (RCA) - Regulamento (UE) 2024/1347 do PE e do Conselho de 14.5.2024, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de Protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou para pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida, que altera a Directiva 2003/109/CE e que revoga a Directiva 2011/95/UE do PE e do Conselho).

Em quarto lugar, a *celeridade dos procedimentos e as regras de contagem de prazos* (artigo 75.º do RGAM) e o encurtamento dos prazos dos procedimentos.

Em quinto lugar, o Regulamento de resposta situações de crise e força maior no domínio da migração e asilo, também com fundamento no princípio da solidariedade e responsabilidade (artigos 8.º e 9.º do RSCFM).

Em sexto lugar, o *relevo da protecção dos direitos fundamentais* no quadro da aplicação do Regulamento Triagem e a criação de *mecanismo de monitorização independente de direitos fundamentais* nesse âmbito com competência de recomendação ao Estado (cf. artigos 3.º e 10.º do Regulamento Triagem).

Em sétimo lugar, o regime do Regulamento Condições de Asilo e o conteúdo dos direitos e obrigações de protecção Internacional dos beneficiários de protecção internacional (artigo 20.º e ss. do RCA) – clarificando o novo Regulamento esses direitos e obrigações e o dever de informação sobre os mesmos (artigo 22.º e Anexo I do mesmo RCA).

O *Pacto de Migração e Asilo* e a reformulação do sistema comum europeu no quadro do ELSJ – a aplicar a partir de meados de 2026 – implica, primeiro, um esforço novo de adaptação do ordenamento jurídico português, dentro do quadro de referência jusconstitucional, e um esforço de organização e prestacional acrescido, por força de alguns dos novos traços de regime apontados, de entre os quais se destacam a matéria da protecção e do controlo do respeito pelos direitos fundamentais em certas fases dos procedimentos de direito da União e a solidariedade e a responsabilidade obrigatórias que agora constituem um traço estruturante do sistema. E implica, porventura, uma reflexão acrescida sobre as implicações de algumas das soluções aí consagradas: a uniformização de regras de contagem de prazos, os prazos de decisão, as exigências de necessidades especiais de certas pessoas abrangidas nos estatutos de direito da União que podem ser concedidos ou o esforço financeiro de algumas delas das soluções consagrada (acolhimento e direitos nucleares até à conclusão do procedimento).

5. Notas finais

5.1 Na óptica do princípio da equiparação e dos direitos fundamentais dos estrangeiros em geral, de cuja salvaguarda e protecção também depende a sua adequada e plena integração/inclusão, os padrões normativos decorrentes de fontes de direito internacional e, em especial, de direito da União Europeia afiguram-se relevantes não apenas como cânones de interpretação das normas constitucionais respeitantes ao estatuto dos estrangeiros, mas igualmente, como elementos de conformação do direito infra-constitucional que disciplina o estatuto dos estrangeiros e os respectivos direitos – valendo, no que respeita ao direito da União, reiterar-se, o princípio do primado, acolhido pelo n.º 4 do artigo 8.º da CRP. Com efeito, o quadro de protecção de direitos fundamentais daqueles que se encontram sujeitos à jurisdição do Estado, incluindo os não nacionais ou os apátridas, é hoje plural e multi-nível, resultando essa protecção do enunciado, interpretação e aplicação daquelas diversas fontes – não sem um substrato axiológico comum assente na dignidade da pessoa humana, acolhida no artigo 1.º da Constituição de 1976.

No quadro geral do princípio da equiparação e dos direitos conferidos (também) aos estrangeiros, assume lugar cimeiro o direito *fundamental* de acesso ao direito e aos tribunais – enquanto direito análogo aos DLG e instrumental da protecção dos demais. Esse direito, que abrange

o acesso a uma via de recurso efectiva, conjugado com o direito à informação jurídica e sobre o elenco de direitos (e obrigações) dos beneficiários do estatuto de protecção internacional (asilo e protecção subsidiária) e demais estatutos de protecção de estrangeiros nacionais de Estados terceiros em relação à UE, constitui um dos pontos de relevo do Pacto sobre Migração e Asilo.

A tutela dos direitos dos estrangeiros – de fonte constitucional, internacional, da União Europeia ou legal – não tem lugar necessariamente, em primeiro linha, por via da invocação da inconstitucionalidade de normas (ou suas dimensões normativas), mas certamente por via da *tutela judicial* no âmbito da jurisdição administrativa: não só pelo uso de meio processual específico que, na ordem jurídica interna, serve esse propósito – a *acção de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias*⁶⁶ (para protecção, v.g. do direito à reunificação familiar, decorrente de estatutos específicos de DUE, ou do direito fundamental ao não tratamento desumano e degradante, informado por parâmetros de protecção decorrentes da Carta e da CEDH) – mas também por via do uso, conjugadamente, de *outros meios judiciais*, como a acção de condenação do Estado-Administração na prática de certos actos, já que este está necessariamente envolvido, seja nos procedimentos inerentes à obtenção dos diversos estatutos de protecção de estrangeiros, seja na efectivação material de específicos direitos fundamentais e outros direitos que integram cada um desses estatutos de que um estrangeiro (ou apátrida) pode beneficiar. A tutela de direitos fundamentais/humanos dos estrangeiros pode também ter lugar, subsidiariamente, através de meios judiciais não nacionais, como sucede no âmbito do sistema de protecção da CEDH, com a possibilidade de apresentar petições individuais no TEDH, no respeito pelo princípio da subsidiariedade e dos pressupostos processuais de acesso a este tribunal internacional regional – e, sublinhe-se, mesmo que esteja em causa a aplicação do DUE na matéria pelos Estados membros da UE. Aliás, o sistema da CEDH e a protecção judicial conferida pelo TEDH, permitem hoje – na pendência da concretização da adesão da União à CEDH –, na prática, colmatar, ao menos em parte, a falta de legitimidade das vítimas, incluindo não nacionais ou apátridas, de violações de direitos humanos previstos na CEDH – e, correlativamente, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia –, para accionar os Estados membros no TJUE, ao abrigo do processo e acção por incumprimento estadual (artigos 258.º a 260.º do TFUE) quando estejam em causa obrigações de Direito da União e a aplicação deste pelos seus Estados membros, como sucede em matéria de protecção internacional (asilo e protecção subsidiária) e de protecção temporária de nacionais de Estados terceiros em relação à União Europeia.

5.2 No que respeita, especificamente, aos possíveis desafios decorrentes da evolução do quadro jurídico europeu (e internacional) para a justiça constitucional e a Constituição enquanto seu quadro paramétrico, afiguram-se pertinentes algumas considerações finais.

A tutela jusconstitucional, difusa e/ou concentrada – pese embora a inexistência de recurso de amparo no ordenamento jurídico nacional –, é também uma via de relevo na tutela jurisdicional do cidadão não nacional (ou apátrida) por referência ao quadro jusconstitucional aplicável ancorado no princípio da equiparação – como demonstra a jurisprudência constitucional mencionada de que se extrai uma linha de *defesa* do alcance alargado do princípio da equiparação e dos limites às excepções consentidas pela CRP. Seja por via do julgamento da inconstitucionalidade de normas (ou dimensões normativas) em sede de processos de fiscalização concreta, seja por via da pronúncia pela inconstitucionalidade de normas constantes de decreto (ou de acordo internacional) ou da declaração

⁶⁶ Artigos 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro (e sucessivas alterações, modificado em último lugar pelo DL n.º 87/2024, de 7 de Novembro).

da inconstitucionalidade de normas com força obrigatória geral, em sede de fiscalização abstracta, preventiva e sucessiva, da constitucionalidade de normas⁶⁷ – ou, mesmo, por via do controlo exercido relativamente aos partidos políticos e seus estatutos nos termos da LPP – as decisões da jurisdição constitucional projectam-se, directa ou indirectamente, sobre a esfera jurídica dos não nacionais e sobre o conteúdo do princípio da equiparação e, correlativamente, dos limites às excepções ao princípio consentidas pela Lei Fundamental.

O contexto complexo de tutela de direitos fundamentais/humanos caracterizado por um quadro referencial normativo não apenas de direito interno, mas também de direito internacional e de direito da União Europeia – que necessariamente respeita, também, à tutela de direitos fundamentais dos *não nacionais* (ou apátridas) – exige especialmente da jurisdição constitucional, no âmbito do exercício da sua específica competência de administração da justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional consagrada na Constituição: *primeiro*, a plena consideração desse amplo quadro referencial normativo e sua evolução – enquanto elemento de interpretação das normas constitucionais respeitantes aos estrangeiros – e às várias categorias de estrangeiros atrás identificadas; *segundo*, o respeito pelo princípio do primado do direito da União Europeia, seja em matéria de estatuto jurídico dos estrangeiros que sejam nacionais de outros Estados membros da União e, por isso, cidadãos da União (em especial o inerente direito fundamental à não discriminação em razão da nacionalidade), seja em matéria de estrangeiros que sejam nacionais de Estados terceiros em relação à União Europeia (e apátridas) de acordo com a evolução do direito da União – sempre com o limite previsto no segundo trecho do n.º 4 do artigo 8.º da Constituição, tal como interpretado pelo TC no Acórdão n.º 422/2020 e dos limites jusconstitucionais à participação de Portugal no processo de integração europeia que à jurisdição constitucional cumpre tutelar; *terceiro*, quando pertinente, o pleno exercício da sua função de *órgão jurisdicional nacional*, ancorada no direito primário da União, para efeitos de aplicação do meio processual previsto no artigo 267.º do TFUE – o processo das questões prejudiciais⁶⁸ – e no quadro referencial do *primeiro trecho* do n.º 4 do artigo 8.º da CRP, tal como interpretado no referido Acórdão n.º 422/2020; *quarto*, quando pertinente, o pleno exercício da sua função de ‘juiz’ da CEDH quando os direitos fundamentais consagrados em normas da CRP – enquanto parâmetros de constitucionalidade –, convoquem uma leitura à luz da Convenção e a consideração dos standards mínimos de progressiva, decorrentes da evolução da interpretação da Convenção pelo TEDH – no respeito do quadro jusconstitucional respeitante ao direito internacional decorrente, em especial, dos artigos 8.º, n.º 2, e 16.º, n.º 1, da Constituição⁶⁹.

⁶⁷ Vide os artigos 280.º, 278.º-279.º e 281.º da CRP e, respectivamente, os artigos 69.º e ss., 57.º e ss. e 62.º e ss. da Lei n.º 28/82 de 15 de Novembro (Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional [LTC]) – e, ainda, quanto ao controlo dos PP exercido pelo TC, o artigo 51.º da CRP e os artigos 9.º e 103.º da LTC e a LPP, cit.

⁶⁸ No que respeita à apreciação da constitucionalidade de normas respeitantes indirectamente também ao estatuto do estrangeiro (*supra*, 3.5.1), essa questão foi equacionada, aliás, na Declaração de voto de vencida da Conselheira Maria Lúcia Amaral e na Declaração de voto do Conselheiro João Caupers apostas ao Acórdão n.º 141/2015, cit.

⁶⁹ É de notar que posteriormente à entrega do texto registaram-se alterações normativas pertinentes, como é o caso da alteração da LETP pela Lei n.º 55-C/2025, de 22.7 e pela Lei n.º 61/2025, de 22.10, bem como a prévia prolação do Acórdão n.º 785/2025 do Tribunal Constitucional (Plenário) de 8.8.2025 (pedido de fiscalização preventiva do Presidente da República relativo ao Decreto n.º 6/XVII da Assembleia da República, que introduz diversas alterações ao regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, relativas ao regime do reagrupamento familiar) – com relevo, designadamente, no que respeita à conformação do estatuto dos estrangeiros pelo DUE.”



A. Sofia Pinto Oliveira

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

A. Sofia Pinto Oliveira licenciou-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Coimbra em 1997, doutorou-se em Direito na Universidade Nova de Lisboa em 2006, com uma tese sobre “O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental” e prestou provas de agregação em 12 e 13 de maio de 2020 na Universidade do Minho. Nos anos 2010 e 2011 foi consultora no Alto Comissariado das

Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR/UNHCR). Em 2024, foi consultora na Organização Internacional para as Migrações (OIM/IOM). É Investigadora no JusGov e Professora Associada com Agregação na Escola de Direito da Universidade do Minho, onde leciona Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. É Diretora do Mestrado em Direitos Humanos na mesma instituição.

1. Introdução

Sendo o objetivo desta Conferência a análise de domínios da nossa vida comum em que o Tribunal Constitucional teve um papel relevante na construção de 50 anos de democracia, neste painel, sobre integrações e inclusões, a questão de que parto é a seguinte: pode uma Constituição ser instrumento de integração? Podem as normas constitucionais e as interpretações que delas fazem os Tribunais Constitucionais contribuir para cimentar a coesão de uma comunidade?

Uma das funções que a Constituição desempenha é a de delimitar a “constituency”, definir quem pode exercer plenamente direitos de participação política. Como afirma o Rogério Soares, n^o “O conceito ocidental de Constituição, a primeira função que esta desempenha é “dar corpo” à comunidade, individualizando-a como ser autónomo. [A Constituição] cria imediatamente as representações de sócio e estrangeiro, de cidadão e bárbaro. Quaisquer que sejam as formas por que a consciência do grupo político se vai desenvolver (...) sempre há-de definir o nós e os outros”¹.

Ora, como pode a Constituição cumprir esta função identitária, diferenciadora, e, simultaneamente, uma função integradora, sobretudo em sociedades mais heterogéneas, como são as nossas?

Existe aqui – importa reconhecê-lo – uma tensão.

Ao longo de mais de 40 anos, o Tribunal tem sido chamado, várias vezes, a habitar esse lugar de tensão e a iluminar o sentido da Constituição de 1976, esclarecendo a medida e os limites da abertura da nossa Constituição, que é predisposta à “inclusão do outro”².

Esse traço perpassa o conjunto dos princípios constitucionais fundamentais – Dignidade da pessoa humana, Estado de Direito, Igualdade – e assume visibilidade particular em dois enunciados: os artigos 15^o e 33^o. No primeiro, reconhece-se uma declinação do princípio da igualdade, no que se refere ao tratamento do estatuto constitucional de estrangeiros e apátridas, que designámos por princípio da equiparação³. No segundo, garantem-se direitos de acesso e permanência no território às vítimas de perseguição, através da consagração constitucional do direito de asilo, e garantias especiais aos estrangeiros, em situação regular, no território nacional, face a decisões de expulsão ou de extradição.

2. Asilo

¹Rogério Soares, “O conceito ocidental de Constituição”, em *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n^o 3743, p. 36.

² Título de um estudo de Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen – Studies zur politischen Theorie*, publicado em 1999, pela Suhrkamp, e que haveria de inspirar o título de uma publicação de *Studia Iuridica*, número 66, onde se incluíram as intervenções de um Colóquio ocorrido em 21 de novembro de 1997 na Faculdade de Direito de Coimbra, um dos primeiros encontros de juristas dedicado ao tema. AAVV, *A Inclusão do Outro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002. No mesmo sentido, Rui Medeiros, refere “o compromisso com uma sociedade aberta ao mundo, plural e inclusiva do outro”, *Constituição e Identidade Nacional na Era dos Populismos*, Coimbra, Almedina, 2024, p. 36.

³ Cremos que por influência do Código Civil Português que, no artigo 14^o estabelece, quanto à “condição jurídica dos estrangeiros” que estes são “equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis”. No Código Civil Anotado de Pires de Lima e Antunes Varela, refere-se que este artigo 14^o consagra dois princípios: e da equiparação e o da reciprocidade. Dois princípios que transitaram para o artigo 15^o da Constituição, que assenta precisamente nesses dois pilares – o princípio da equiparação, no número 1, e o princípio da reciprocidade, nos números 3, 4 e 5 do artigo 15^o. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4^o edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 63.

No artigo 33º, a Constituição trata da expulsão e da extradição, prevendo, quanto à expulsão e à extradição, garantias diferenciadas para nacionais e não-nacionais, e, quanto ao asilo, a Constituição reconhece, numa fórmula original, um direito exclusivo a não-nacionais, “estrangeiros ou apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”, norma que obriga ao acolhimento de não-nacionais em território nacional.

Apesar desta norma, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, em matéria de asilo, surpreende, fundamentalmente, pela sua escassez⁴.

Em todos os Estados que conhecemos onde o direito de asilo tem previsão constitucional expressa e aplicabilidade direta, o seu âmbito e alcance são objeto de extensa disputa constitucional, havendo jurisprudência relevante sobre o tema⁵. Assim sucedeu – e sucede – em França⁶ e na Alemanha⁷.

Em Portugal, não temos tido igual oportunidade de ouvir o Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre aspetos nucleares deste direito – sobre o seu âmbito subjetivo e sobre as limitações à liberdade de conformação do legislador que decorrem da consagração constitucional deste direito.

O Acórdão que, neste contexto, nos parece ter maior importância foi aquele que, em 1996, considerou inconstitucional a norma do Decreto-Lei sobre o sistema de apoio judiciário que era reconhecido apenas aos estrangeiros e apátridas que residissem habitualmente em Portugal – excluindo do direito à proteção jurídica os requerentes de asilo. Mais do que o sentido final da deliberação (em si pouco surpreendente⁸), toca-nos a fundamentação da mesma, onde se afirmou que a solução legal era “inconstitucional (...), porque por ela se desconstrói a efetividade do direito de asilo, garantido aos estrangeiros e apátridas (...). A deseabilidade constitucional de realização do direito de asilo, que se radica nos valores da dignidade do homem, na ideia de uma República de ‘indivíduos’ e não apenas de ‘cidadãos’, e na proteção reflexa da democracia e da liberdade seria

⁴ Para além da jurisprudência relativa ao acesso ao apoio judiciário – que referiremos de seguida –, destaca-se um Acórdão de 2005, que considerou não inconstitucional a norma que estabelecia um prazo de oito dias para recorrer para o tribunal administrativo da decisão que negava proteção internacional (Acórdão 587/2005, de 2 de novembro) e um Acórdão de 2004, que versa sobre a articulação entre o procedimento de asilo e o processo de extradição (Acórdão 219/2004, de 30 de março). Ambos versavam questões de inconstitucionalidade da lei 15/98, de 26 de março, entretanto revogada.

⁵ Ver o nosso O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

⁶ No Preâmbulo da Constituição Francesa, que o Conselho Constitucional reconheceu como sendo parâmetro de controlo da constitucionalidade, lê-se “*Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d’asile sur les territoires de la République*”. Este reconhecimento deu origem, sobretudo a partir de 1993, a uma jurisprudência rica em matéria de asilo, que teve desenvolvimentos recentes. Veja-se a decisão n.º 2023-863, de 25 de janeiro de 2024. (<https://read-only.conseil-constitutionnel.fr/decision/2024/2023863DC.htm> - última consulta em 20.10.2024)

⁷ No artigo 16a da Lei Fundamental Alemã lê-se “*Politisch Verfolgte genießen Asylrecht*”. Ao Tribunal Constitucional Federal Alemão chegam frequentes queixas constitucionais relacionadas com os direitos dos requerentes de asilo. Assim sucedeu, por exemplo, ainda no Verão de 2024, numa decisão relativa ao acesso aos tribunais por requerentes de asilo. Veja-se o Acórdão de 13 de agosto de 2024. (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 13. August 2024 - 2 BvR 44/24 - Rn. (1 - 30), http://www.bverfg.de/e/rk20240813_2bvr004424.html (última consulta em 20 de outubro de 2024)).

⁸ Tendo em conta que houve oito Acórdãos anteriores a julgar inconstitucional a mesma norma, o artigo 7º, número 2 do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro. Vejam-se, entre outros, os Acórdãos do Tribunal Constitucional 338/95 e 339/95, de 22 de junho.

claramente inconseguida aí onde à proclamação do direito apenas correspondesse o poder de impetrar o asilo junto da Administração sem garantia de controlo judicial”⁹.

Esta afirmação é particularmente feliz e fecunda, sobretudo se tivermos presente que, à época, em 1996, o número de pedidos de asilo apresentado em Portugal era muito reduzido – e ainda é, em termos comparativos – e este não era um tema relevante, discutido entre nós. É provável que tenhamos de regressar em breve a este Acórdão e será necessário que ecoe entre nós nos próximos anos. Em 2026 entrará plenamente em vigor o novo Pacto Europeu em matéria de Asilo e Migração, que prevê novas regras para o reconhecimento do estatuto de proteção internacional. Uma das mudanças que nele se contém é a compressão das garantias de acesso aos tribunais e do efeito suspensivo automático da impugnação de (algumas) decisões desfavoráveis¹⁰.

3. Direitos de não-nacionais

A Constituição da República Portuguesa reconhece aos estrangeiros e apátridas os mesmos direitos e deveres reconhecidos aos nacionais, no número 1 do artigo 15º, mas exclui deste reconhecimento direitos políticos, exercício de funções públicas de autoridade (ou seja, que não são apenas de caráter técnico). A estas duas exclusões constitucionais claras e explícitas acrescentam-se ainda “os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”. Na parte em que admite que a lei possa circunscrever a titularidade de direitos aos nacionais, a Constituição parece dar ao legislador uma “licença para excluir”.

Não tem sido este, no entanto, o entendimento que prevalece na jurisprudência do Tribunal Constitucional que tem feito um escrutínio intenso sobre normas que prevêm limitações ao gozo de determinados direitos por estrangeiros.

Assim sucedeu, por exemplo, no Acórdão de 2002, relativo ao Estatuto da Aposentação¹¹, e também no Acórdão de 2015, relativo ao Rendimento Social de Inserção e à exigência específica para não-nacionais de três anos de residência legal em Portugal para poder beneficiar daquela prestação de natureza não contributiva¹².

Apesar da margem ampla de conformação normativa que a letra do artigo 15º, número 2, *in fine*, atribui ao legislador, o Tribunal entendeu aplicar a todas as diferenciações de tratamento entre nacionais e não-nacionais (mesmo as que se referem à “cidadania social”) os requisitos constantes do artigo 18º, número 2 da Constituição sobre restrições legais de direitos, liberdades e garantias. Este entendimento revelou-se, em 2015, não ser inteiramente consensual¹³, mas, ainda assim, maioritário.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional 962/96, de 11 de julho.

¹⁰ Veja-se o artigo 68º do Regulamento UE 2024/1348 e o artigo 43º do Regulamento UE 2024/1351.

¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional 72/02, de 20 de fevereiro, que declarou inconstitucional uma norma do estatuto da aposentação, que previa a extinção da “situação de aposentado” em caso de “perda da nacionalidade portuguesa, quando esta for exigida para o exercício do cargo pelo qual o interessado foi aposentado”.

¹² Acórdão do Tribunal Constitucional 296/2015, de 25 de maio.

¹³ Vejam-se as declarações de voto do Conselheiro Pedro Machete e, de modo ainda mais contundente, da Conselheira Maria Lúcia Amaral, apostos ao Acórdão do Tribunal Constitucional 296/2015, de 25 de maio.

A vocação inclusiva da nossa Constituição revela-se ainda na extensão do princípio da equiparação não só aos residentes em Portugal, mas também a todos os que se *encontram* em território nacional¹⁴.

Exemplo disso é um Acórdão de 2000, em que estava em causa a concessão de apoio judiciário a um cidadão angolano, que fora titular da nacionalidade portuguesa e servira o Estado português como funcionário da Administração Pública ultramarina e que pretendia o acesso ao sistema de apoio judiciário, por carência de meios económicos suficientes, de modo a poder suportar as despesas judiciais inerentes à efetivação da tutela jurisdicional do direito à aposentação¹⁵.

O caso está fora do campo de aplicação do princípio da equiparação (pelo menos, segundo a letra da Constituição), já que a Lei Fundamental explicita uma condição de territorialidade – de presença ou residência em Portugal – que não se verifica na situação concreta. Ainda assim, o Tribunal entendeu atribuir relevância à existência de um vínculo de nacionalidade que se tornou pretérito no quadro do processo de descolonização e do regime da nacionalidade adotado em 1975¹⁶. Fê-lo com recurso a uma formulação interessante: para a aplicação do princípio da equiparação importa que exista uma relação que “*não seja meramente esporádica ou fortuita com o território e a comunidade nacionais*”.

Com este Acórdão, abre-se uma fresta para a possível aplicação extraterritorial das normas de direitos fundamentais, que vem sendo questionada a diferentes propósitos em várias jurisdições¹⁷.

O artigo 15º estabelece como princípio a equiparação, no número 1, mas prevê exceções, no número 2, e exceções às exceções, nos números 3, 4 e 5. Nestas últimas, está sempre presente o princípio da reciprocidade – ou da “retaliação”¹⁸ – reconhecem-se aos estrangeiros residentes direitos que são também reconhecidos aos portugueses, nos Estados de origem dos estrangeiros. Os estrangeiros, em geral, não gozam de direitos fundamentais de participação política, mas os nacionais de Estados de língua portuguesa residentes em Portugal, “nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática”. Nas eleições locais, podem também eleger e ser eleitos “estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade”. Os nacionais de Estados-membros da União Europeia, nas eleições para o Parlamento Europeu, podem optar por votar no Estado da sua nacionalidade ou em Portugal, se este for o Estado da residência¹⁹.

¹⁴ Discute-se, a este propósito, se o artigo 15º abrange os estrangeiros que se encontram em situação irregular no território nacional. O entendimento maioritário – que partilhamos – é no sentido da inclusão, mas Jorge Pereira da Silva defende posição contrária. Jorge Pereira da Silva, “Anotação ao Artigo 15.º”, *cit.*, pp. 266 e seguintes, posição que reitera no livro *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, *cit.*, pp. 101-104. À matéria já nos referimos em *Migrações e Direitos Humanos – Relatório sobre o Programa, o Conteúdo e o Método de Ensino*, Braga, AEDUM, 2021, p. 136-140.

¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional 305/2000, de 5 de julho.

¹⁶ Decreto-Lei 308-A/75, de 24 de junho.

¹⁷ A. Sofia Pinto Oliveira, “A Eficácia Extraterritorial dos Direitos Fundamentais”, em *Liber Amicorum Benedita Mac Crorie*, Braga, UMinho Editora, 2022, p. 201-224.

¹⁸ Expressão usada por Mário Torres, em “Prefácio” ao livro de Ana Vargas e Joaquim Ruas, *Direito dos Estrangeiros*, Lisboa, Cosmos, 1995, p. 21.

¹⁹ Ver, sobre estas, Rui Moura Ramos, “Constituição e Estado aberto. Dimensão internacional e supranacional”, em João Carlos Loureiro (coord.), *Constituição Política e Direitos Fundamentais – Estudos em Homenagem ao Doutor Vieira de Andrade*, volume I, Coimbra, Almedina, 2023, p. 80-84.

O princípio da reciprocidade casa mal com a lógica da equiparação e é um obstáculo ao reconhecimento de direitos políticos (nomeadamente ao nível da democracia local) a não-nacionais residentes de longa duração em Portugal – que poderia ser uma opção de uma política de integração de estrangeiros²⁰. Além disso, favorece (pelo menos, em teoria) diferenciações de tratamento entre os estrangeiros residentes em Portugal, podendo contribuir para a fragmentação dos regimes jurídicos aplicáveis aos estrangeiros em Portugal²¹.

4. Nacionalidade

Este é o domínio em que a jurisprudência do Tribunal Constitucional parece ser mais abundante e é também aquele em que a tensão inicial a que aludíamos é mais visível. Sucede que o Tribunal Constitucional é chamado a apreciar normas em matéria de nacionalidade sem uma boa bússola, por ser a Constituição Portuguesa omissa no que se refere aos critérios materiais de atribuição da nacionalidade.

Apesar das referências feitas nos artigos 4º e 26º ao tema, em nenhum momento, a Constituição esclarece qual é o consenso comunitário quanto ao nexo que releva para o reconhecimento de um “outro” como “um de nós”. Havendo dois critérios clássicos o “ius soli” e o “ius sanguinis” e havendo igualmente um consenso quanto à relevância dos vínculos familiares para a transmissão da nacionalidade e da permanência no território de um certo número de anos para a “naturalização”, não há opções constitucionais claras que orientem a intervenção do Tribunal Constitucional sobre a matéria²².

Tal obriga o Tribunal a uma tarefa difícil: ser intérprete de um conceito de integração para o qual a Lei Fundamental não dá pistas.

Para superar essa dificuldade, a jurisprudência do Tribunal Constitucional procura aqui iluminação no Direito Internacional (artigo 15.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, adotada no quadro do Conselho da Europa, e orientações sobre a efetividade do vínculo nacional retiradas da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça²³) e, munida dos contributos deste, procura situar-se e formar juízo perante

²⁰ O princípio da reciprocidade tem, na Constituição Portuguesa, um relevo inquestionável. Não é assim em todos os Estados. Nos sistemas de matriz anglo-saxónica, este princípio não tem nenhuma relevância, nem nos países clássicos de imigração. É por influência francesa que alguns Estados, entre os quais, Portugal, baseiam o tratamento de estrangeiros neste princípio. Ver, sobre a matéria, Paul Weis (ed.), *The Refugee Convention*, 1951, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 57: “The relevance of reciprocity differs from country to country. In the Anglo-Saxon countries it plays no role regarding the treatment of aliens, nor in countries of immigration where immigrants have normally the same civil rights as nationals. In France and the countries whose law is based on the Code Napoleon, the treatment of aliens depends on diplomatic reciprocity; in certain continental European countries such as Austria and Germany, on *de facto* or legislative reciprocity”.

²¹ Refletindo criticamente sobre a “fragmentação do regime jurídico” aplicável em matéria de imigração, ver José de Melo Alexandrino, “A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros”, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 89-128.

²² Ao contrário do que sucede, por exemplo, com a Constituição dos Estados Unidos da América que, no Aditamento 14, prevê: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside” ou com a Lei Fundamental alemã, no seu artigo 116º.

²³ No caso *Nottebohm*, que opôs o Liechtenstein e a Guatemala, e em que estava em causa a proteção diplomática por parte do Liechtenstein ao sr. Nottebohm, o TIJ entendeu que, não obstante o Liechtenstein poder atribuir livremente a nacionalidade, o reconhecimento internacional da mesma dependia da sua conformidade com um vínculo sociológico subjacente: “A nacionalidade é um vínculo jurídico, que tem a sua base num facto social de ligação, numa solidariedade

leis cujo caráter excludente - pela imposição de condições para a aquisição da nacionalidade - suscita dúvidas e também, simetricamente, perante leis cujos critérios de inclusão suscitam dificuldades - como é o caso das alterações à lei da nacionalidade que admitem a naturalização por não-residentes em nome da reparação histórica dos descendentes de judeus sefarditas, expulsos por D. Manuel I, Rei de Portugal no final do século XV.

Quando chamado a controlar as normas legais atributivas da nacionalidade, o Tribunal Constitucional vinha-se orientando pela consideração de que a nacionalidade é um direito fundamental, é um direito, liberdade e garantia, e que, consequentemente, sempre que o legislador definia requisitos para esse acesso, estava a restringir o gozo de um direito fundamental, de um direito, liberdade e garantia, pelo que o legislador tinha de atuar dentro do espartilho que resulta da aplicação das exigências das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. Em particular, daqui resultava que quaisquer exigências legais que condicionem ou restrinjam o acesso à nacionalidade terão de *“passar o crivo da adequação, necessidade e proporcionalidade, tendo em vista precisamente a preservação do núcleo essencial de tal direito que, por natureza, há de corresponder à evidenciação de um específico vínculo de integração na comunidade portuguesa”*²⁴.

Perante uma exigência de prova de meios de subsistência para a aquisição da nacionalidade, o Tribunal considerou que tal requisito não ofendia a Constituição²⁵, perante a exigência, comum a vários Estados, de não comissão prévia de crimes graves, o Tribunal tem identificado, aqui e ali, inconstitucionalidades²⁶, com dúvidas evidenciadas quanto ao parâmetro relevante para aferir da conformidade constitucional de tais exigências²⁷.

No Acórdão do Tribunal Constitucional de janeiro de 2024 sobre alterações à lei da nacionalidade relacionadas com a naturalização dos judeus sefarditas reconhece-se amplos poderes de conformação do legislador em sede de regulação do acesso à nacionalidade portuguesa. Distanciando-se, aparentemente, de posições anteriores, afirma-se que *“a aquisição da nacionalidade é uma opção legal, não se podendo considerar que materialize uma forma de exercício de um qualquer direito, liberdade e garantia”*²⁸.

Também é interessante constatar que o Tribunal Constitucional já foi, no passado, sensível a um nexo de *ius sanguinis* inverso²⁹. Tratou-se de um Acórdão que não versou matéria de nacionalidade, mas sim relativo à aplicação de pena de expulsão a estrangeiros com filhos menores de nacionalidade

*efetiva de existência, de interesses, de sentimentos conciliados com uma reciprocidade de direitos e de deveres. Ela é, pode dizer-se, a expressão jurídica do facto de que o indivíduo a que ela é conferida, através da lei ou de ato de autoridade, se encontra mais estreitamente ligado à população desse Estado do que à de qualquer outro”. Nottebohm, em ICJ Reports, 1955, p. 23. Ver Louis Henkin, “‘Nationality’ at the Turn of the Century”, em *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung - Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer Verlag, 1995, p. 92.*

²⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional 599/2005, de 2 de novembro. Veja-se sobre este Acórdão a anotação de Jorge Pereira da Silva “Ac. TC nº 599/05 (cidadania e exigência de capacidade para assegurar subsistência)”, em *Jurisprudência Constitucional*, nº 11, Julho-Setembro 2006.

²⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional 599/2005, de 2 de novembro. Veja-se a anotação referida na nota anterior.

²⁶ Acórdãos do Tribunal Constitucional 331/2016, de 19 de maio, 497/2019, de 26 de setembro, 534/2021, de 13 de junho, 127/2023, de 29 de março, e 846/2023, de 7 de dezembro.

²⁷ Vejam-se as declarações de voto da Conselheira Maria José Rangel Mesquita ao Acórdão 497/2019 e do Conselheiro Pedro Machete ao Acórdão 331/2016.

²⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional 128/2024, de 20 de fevereiro.

²⁹ Ayelet Shacar, “Citizenship”, em Michel Rosenfeld e Andras Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 1027.

portuguesa a cargo, mas não deixa de ser interessante a flexibilidade do Tribunal Constitucional nestas matérias³⁰.

5. Outras Integrações e Inclusões

A nacionalidade continua, hoje, a ser uma linha divisória importante, que estabelece uma pertença e assegura uma proteção que nenhum sistema internacional ou supranacional de proteção de direitos humanos consegue garantir. Significa, na prática, o acesso pleno aos direitos de participação política e a proteção, sem exceções, face à expulsão. Significa, no plano simbólico, o reconhecimento de uma pertença.

Seria, no entanto, ingénuo acreditar que à nacionalidade corresponde a inclusão plena e efetiva na comunidade nacional.

Disso também se ocupou um interessante projeto de investigação que foi desenvolvido na Universidade do Minho, o *Inclusive Courts*, que atentou na Igualdade e Diferença Cultural na Prática Judicial Portuguesa e que abrangeu o estudo das minorias em Portugal e o modo como são tratadas pelos tribunais – situações em que, frequentemente, a nacionalidade está garantida, mas a integração, não.

Num Acórdão do Tribunal Constitucional de 1989, foi apreciado um pedido de fiscalização de uma norma contida no Regulamento da Guarda Nacional Republicana (GNR) que rezava assim: “*Deve exercer-se especial vigilância sobre grupos e caravanas de pessoas que habitualmente se deslocam de terra em terra fazendo comércio, participando em feiras ou desenvolvendo quaisquer atividades próprias da vida itinerante, observando-os nos seus movimentos com o fim de prevenir e reprimir a prática de atos delituosos*”³¹.

Este Regulamento, de 1985, vinha substituir um outro, de 1920, que obrigava a GNR a uma “severa vigilância sobre os ciganos” e que fora declarado, em 1980, inconstitucional pelo Conselho da Revolução por conter uma discriminação negativa em função da raça e ser, por tal motivo, ofensivo do princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei,

No Regulamento de 1985 substitui-se ciganos por nómadas – fórmula entendida como neutra – e impõe-se igual vigilância.

Este Regulamento passou, parcialmente, no crivo do Tribunal Constitucional, que não reconheceu aqui uma forma de discriminação indireta e entendeu somente que as buscas nos segmentos habitacionais das caravanas dependiam, na ausência de consentimento dos interessados, de determinação da autoridade judicial competente e não podiam ser efetuadas durante a noite. Em sentido divergente, Vital Moreira considerou que o Acórdão deveria ter ido mais longe e declarar inconstitucional as normas do Regulamento que impunham a tal “*especial vigilância*”, porque, nas suas palavras, “*em Portugal, quem diz grupos nómadas diz essencialmente ciganos*”³².

³⁰ Referimo-nos ao Acórdão do Tribunal Constitucional 232/2004, de 25 de maio. Veja-se sobre este Acórdão a anotação de Anabela Costa Leão, “Ac TC 232/04 (expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo)”, em *Jurisprudência Constitucional*, nº 3, Julho-Setembro 2004.

³¹ Acórdão do Tribunal Constitucional 452/89, de 28 de junho.

³² Patrícia Jerónimo, “A jurisprudência multicultural do Tribunal Constitucional português Mapeamento e análise crítica” em *JusGov Research Paper Series*, acessível em

6. Notas finais

O Tribunal Constitucional tem dado o seu contributo para os muitos processos de integração e de inclusão que vivemos ao longo dos seus 40 anos de atividade, enfrentando questões que permanecem, como esta da integração de minorias étnicas ou outras, e respondendo a questões perenes sobre critérios de inclusão de não-nacionais na vida da comunidade.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional que referimos (e em muitos outros Acórdãos que não referimos), constatamos que o Tribunal não escapou ao confronto com as consequências do processo de descolonização, que trouxe para Portugal meio milhão de pessoas nos anos 70, com um processo de integração europeia que veio diluir a distinção entre nacionais e não-nacionais, criando uma zona cinzenta com o conceito de cidadania europeia e que veio progressivamente a impor-se como fonte do direito aplicável à determinação do estatuto dos nacionais de Estados terceiros num espaço europeu sem fronteiras, com várias vagas de imigração e com algumas – poucas e pouco significativas – vagas de refugiados, sendo a última das quais referente às pessoas provenientes da Ucrânia no ano de 2022.

Muitos desafios à integração e à inclusão estão aí à nossa vista e muitos outros nos surpreenderão no futuro. Esperamos do Tribunal Constitucional que contribua – que continue a contribuir – para os superar, com coragem e equilíbrio.

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”



Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Professor Associado da Faculdade de Direito da UNL/Nova School of Law, onde tem leccionado Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penal Económico. Assessor do Conselho de Administração da CMVM (1992-2024). Membro do grupo de investigação Criminalia. Presidente do Conselho Pedagógico da FDUNL/NSL, de 2019 a 2022. Colabora regularmente com o CEJ, a PGR e várias Universidades portuguesas e estrangeiras.

Tem publicado estudos e realizado conferências sobre responsabilidade penal, história do Direito Penal, prova criminal e direitos de defesa, crimes económicos, contraordenações e supervisão do sistema financeiro. Participou em várias reformas legislativas do direito sancionatório do sector financeiro.

A RESERVA DE JUIZ E A JURISDICIONALIZAÇÃO DE ACTOS NO INQUÉRITO CRIMINAL

*Frederico de Lacerda da Costa Pinto*¹

SUMÁRIO: Enquadramento; 1. A origem do sistema penal vigente: lastro histórico e pilares fundamentais; 2. O inquérito criminal no modelo de processo do CPP de 1987; 3. Concretização da exigência de controlo judicial no inquérito e a densificação de fórmulas abertas; 4. As mutações provocadas pela evolução tecnológica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional; 5. Os sectores regulados e a *ratio* do regime constitucional das intromissões abusivas ou ingerências proibidas; 6. A perspectiva tradicional sobre a intervenção do JIC no inquérito e a ampliação doutrinária; 7. A mutação invisível do modelo de processo penal e os riscos de uma crise de legalidade penal no século XXI.

Enquadramento

O tema da reserva de juiz e, de forma mais genérica, a delimitação do âmbito da sua intervenção no inquérito criminal tem acompanhado toda a vigência do Código de Processo Penal de 1987, correspondendo a um conjunto de problemas cujas respostas foram inequivocamente modeladas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. O assunto revelou-se uma das matérias essenciais no novo modelo de processo penal logo no Acórdão TC n.º 7/1987 (Mário Brito), estando, por exemplo, subjacente a questões de inconstitucionalidade suscitadas quanto aos regimes das buscas e apreensões (artigos 174.º, 177.º e 178.º) e às condições de suspensão provisória do processo (artigo 281.º CPP).

Mais de três décadas depois, o problema continua a motivar interessantes e renovadas intervenções do Tribunal Constitucional, designadamente quanto à obtenção e uso de novos meios de prova e o regime do seu controlo judicial no inquérito criminal. Tudo justifica, assim, a apresentação do tema neste colóquio: a sua história na jurisprudência constitucional, a relevância directa em matéria de direitos fundamentais e a ligação à origem do sistema penal e ao modelo de processo penal adoptado entre nós.

1. A origem do sistema penal vigente: lastro histórico e pilares fundamentais

O sistema penal da democracia não tem origem apenas nos Códigos de 1982 (Código Penal) e de 1987 (Código de Processo Penal): remonta à Constituição de 1976 que, uns anos antes, modelou o que viria a ser o sistema penal português através de uma forte «Constituição Penal» e um pormenorizado regime de direitos, liberdades e garantias fundamentais².

¹Professor na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa/*Nova School of Law*, Assessor do Conselho de Administração da CMVM, Co-coordenador do grupo de investigação *Criminalia*. As opiniões assumidas neste texto são exclusivamente pessoais e não podem ser imputadas às entidades referidas, nem reflectem entendimentos das mesmas. Agradeço ao Senhor Presidente do Tribunal Constitucional, Senhor Prof. Doutor José João Abrantes, o amável convite que me dirigiu para participar neste importante e oportuno colóquio.

²Para um enquadramento histórico, Teresa Pizarro Beleza, *Direito Penal*, 1.º Volume, 2.ª edição, Lisboa: AAFDL, 1984, p. 375-378 e p. 401. Desenvolvimentos sobre o tema em Maria Fernanda Palma, «A Revolução do 25 de Abril de 1974 e a Reforma Constitucional do Sistema Penal», *50 Anos de Direito em Portugal: Anatomia de um Sistema em Transição*, Eduardo Paz Ferreira et al. (orgs), Coimbra: Almedina, 2025, p. 53 e ss, e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, «A formação

Essa antecipação deu origem a um fenómeno interessante de reconstrução actualista de algumas soluções contidas nas velhas codificações (o Código Penal de 1886 e o Código de Processo Penal de 1929), quando interpretadas à luz do texto constitucional. O problema foi mais relevante no domínio do processo penal e das garantias processuais (v.g. exigência de contraditório, imparcialidade do tribunal ou valores da estrutura acusatória), conduzindo a uma interpretação de várias normas do CPP à luz das novas exigências da lei fundamental. E gerou, curiosamente, um fenómeno pontual de sentido inverso quanto à interpretação de algumas fórmulas constitucionais: assim, por exemplo, a afirmação constitucional de que «toda a instrução é da competência de um juiz» (artigo 32.º, n.º 4) foi entendida inicialmente, por uma parte da doutrina, como referindo-se às duas modalidades de instrução (preparatória e contraditória) então existentes no Código de Processo Penal de 1929. O que suscitou depois alguns equívocos perante a nova organização do processo penal em 1987 (que não acolheu tal distinção) e acabou por conduzir (no entendimento de outros autores) a um conceito material de instrução, centrado na tutela judicial de direitos fundamentais e não na formalização de uma fase processual³.

De qualquer modo, é seguro que a Constituição de 1976 modelou de forma significativa a arquitectura do sistema desenvolvido na década seguinte, quer nos princípios fundamentais em matéria penal, quer na organização e valores do processo criminal.

2. O inquérito criminal no modelo de processo do CPP de 1987

Podemos identificar um modelo de processo penal decorrente da Constituição de 1976, concretizado depois em algumas opções fundamentais assumidas pelo Código de Processo Penal de 1987. Um dos aspectos mais característicos deste modelo diz respeito ao regime do inquérito criminal e à sua inserção numa estrutura acusatória do processo penal. Em breve síntese, a Constituição exigiu que o processo penal tivesse uma estrutura acusatória (artigo 32.º, n.º 5), o que abrange pelo menos a separação (formal e material) entre acusação e julgamento, como condição de imparcialidade do julgador. Simultaneamente, conferiu o monopólio do exercício da acção penal ao Ministério Público (artigo 224.º, n.º 1, do texto de 1976, actual artigo 219.º, n.º 1). O que significa (numa leitura sistemática do texto constitucional) que o entendimento da estrutura acusatória deve integrar igualmente o regime de exclusividade dos poderes do Ministério Público no exercício da acção penal.

Uma década depois, o Código de Processo Penal de 1987 concretizou o regime constitucional acolhendo um modelo de processo, na formulação de Jorge de Figueiredo Dias, organizado a partir

do novo Direito Penal após a Constituição de 1976», *50 Anos de Direito em Portugal: Anatomia de um Sistema em Transição*, Eduardo Paz Ferreira et al. (orgs), Coimbra: Almedina, 2025, p. 61 e ss.

³ Sobre a primeira linha de compreensão do artigo 32.º, n.º 4, Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 520-521. Depois, no sentido de a Constituição acolher, nas revisões constitucionais realizadas após a aprovação do CPP de 1987, um conceito mais restrito de instrução, centrado não na qualificação das fases processuais, mas na tutela de direitos fundamentais, Germano Marques da Silva/Henriques Salinas, *Constituição Portuguesa Anotada*, coordenada por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 728-729. Para um enquadramento histórico-constitucional do tema, Maria Fernanda Palma, «A Revolução do 25 de Abril de 1974 e a Reforma Constitucional do Sistema Penal», *50 Anos de Direito em Portugal: Anatomia de um Sistema em Transição*, Eduardo Paz Ferreira et al. (orgs), Coimbra: Almedina, 2025, p. 55-56. Sobre o entendimento hermenêutico e constitucional da reserva de juiz, Maria de Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades. Desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 29 e ss e, nas conclusões, p. 443 e ss, distinguindo uma «reserva primária» de uma «reserva secundária».

de uma «estrutura basicamente acusatória, completada por um princípio da investigação»⁴, a cargo do Tribunal de Julgamento. Um princípio da investigação necessariamente subsidiário e condicionado pelo objecto do processo: o Tribunal de Julgamento tem o poder-dever de investigar o caso (apenas) no âmbito da acusação formulada e das variações factuais que, sendo legalmente admitidas, tenham ocorrido⁵.

A titularidade do inquérito criminal foi atribuída no CPP ao Ministério Público, o que se traduziu não só na competência para proceder à abertura de inquérito (ou na aceitação da abertura de inquérito pelos órgãos de polícia criminal), como também no poder de direcção desta fase processual e na competência exclusiva para a encerrar, deduzindo acusação ou promovendo o arquivamento. Uma opção fundamental que, não sendo isenta de problemas, merece inteira concordância: entre outros aspectos, clarifica a titularidade do inquérito e a responsabilidade pela investigação criminal a realizar no mesmo, sem a diluir por várias entidades.

O modelo adoptado (titularidade exclusiva do inquérito e do exercício da acção penal pelo MP) comporta uma proibição implícita de inquéritos exclusivamente policiais, sem controlo do Ministério Público. Solução corroborada pela Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto) ao impor um dever de comunicação dos órgãos de polícia criminal ao Ministério Público quando iniciada qualquer investigação criminal (artigo 2.º, n.º 3, da LOIC).

Por outro lado, como aspecto fundamental deste modelo, alguns actos processuais a desenvolver no inquérito são condicionados pela competência atribuída ao JIC, de os praticar, autorizar ou validar, em função da sua natureza e efeitos nos direitos fundamentais do visado. O CPP concretizou essa exigência no regime dos artigos 268.º e 269.º e em algumas soluções especiais (v.g. no regime de constituição de assistente ou na decisão sobre o segredo de justiça, artigos 68.º e 86.º do CPP, estas fora da reserva de juiz)⁶. Mas quando tal ocorre, a competência do JIC é também limitada pela competência do Ministério Público de exercer a acção penal, que se traduz, designadamente, no poder de delimitar o objecto do inquérito, a estratégia de investigação e a relevância da prova a obter⁷.

Em suma, o Código de Processo Penal acolheu um modelo de inquérito criminal assente numa repartição legal de competências e num delicado equilíbrio jurídico entre o estatuto de vários intervenientes processuais. A questão fundamental é, assim, a de saber qual a extensão dessa exigência

⁴ Sobre esta caracterização, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, fascículos com as lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra: FDUC, Secção de Textos, 1988-89, p. 46 e ss, e também «Sobre a revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português», *RPCC* 18 (2008), p. 368. Depois, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Direito Processual Penal*, fascículos policopiados, Lisboa: AAFDL, 1998, p. 32-39 e, mais tarde, «A fase de inquérito e a evolução do processo penal», *RPCC* 28 (2018), p. 9 e ss; Paulo de Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 31 e ss; Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 26 e ss.

⁵ Desenvolvimentos em Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, «Alteração de factos e vinculação temática em processo penal», *Prof. Doutor Augusto Silva Dias in Memoriam*, vol. II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 573 e ss.

⁶ Sobre a necessidade de distinguir a natureza, conteúdo e forma destes vários actos, nem todos equivalentes e nem todos integrantes da reserva de juiz, José Damião da Cunha, «Uma reflexão sobre os actos decisórios dos juízes», *RPCC* 26 (2016), p. 377, p. 381 e ss, e p. 392 e ss.

⁷ Neste sentido, categoricamente, o Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Abril de 2021 (Fernando Estrela), num caso paradigmático onde se articulam as competências do JIC e do MP quanto à possibilidade de selecção das mensagens de correio electrónico a apreender no âmbito e para os efeitos do inquérito criminal. Igualmente claro e incisivo, Paulo Dá Mesquita, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 966-969.

de controlo judicial no inquérito criminal. O que torna necessária uma concretização material deste regime com respeito pela opção constitucional de atribuição da titularidade do inquérito criminal não ao JIC, mas sim ao Ministério Público. Também por isso a questão é controvertida desde o início da vigência do CPP de 1987.

3. Concretização da exigência de controlo judicial no inquérito e a densificação de fórmulas abertas

A natureza problemática da questão formulada decorre, em boa medida, de o texto constitucional ter recorrido a algumas fórmulas normativas abertas para delimitar aspectos fundamentais do modelo de processo penal acolhido. Desde logo no regime traçado no n.º 4 do artigo 32.º, onde se exige que «toda a instrução» seja «da competência de um juiz» e se permite a delegação legal de competências relativa a «actos instrutórios que não se prendam directamente com os direitos fundamentais». As duas proposições têm delimitado o âmbito material da reserva de juiz no inquérito criminal. A segunda parte da norma, em especial, é fonte de duas regras distintas: por um lado, a possibilidade de alguns actos processuais serem praticados no inquérito sem intervenção do juiz, por não se prenderem directamente com direitos fundamentais; e, por outro lado, a necessidade de intervenção judicial na situação oposta, isto é, quando os actos em causa se prendam e afectem directamente direitos fundamentais. É na oscilação (frequente) entre a vigência material destas duas regras que se tem expandido e limitado o regime da reserva de juiz, pela positiva e pela negativa. A densificação hermenêutica entre os dois regimes está por isso associada à compreensão da cláusula final do artigo 32.º, n.º 4, da CRP, e à possibilidade de se distinguir a sujeição ou não a controlo judicial em função da materialidade lesiva do acto processual. Ou seja, usando como referente um conceito material de instrução e não uma fase processual.

As fórmulas abertas não foram apenas usadas no regime do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição. Também noutras matérias o legislador recorreu a cláusulas dessa natureza que exigem uma densificação consequente em assuntos relevantes para o processo penal, designadamente pelo facto de poder estar em causa a validade da prova obtida. Pense-se, por exemplo, na proibição de «intromissão abusiva» na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (artigo 32.º, n.º 8) ou na «proibição de ingerência de autoridades públicas» na correspondência nas telecomunicações ou nos demais meios de comunicação (artigo 34.º)⁸.

4. As mutações provocadas pela evolução tecnológica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional

A concretização dos regimes citados não tem sido linear, evidenciando oscilações determinadas quer pela evolução tecnológica, quer pelo aprofundamento doutrinário e jurisprudencial dos temas em causa. O problema do controlo judicial de actos de investigação no inquérito criminal tem sido desafiado pelas novas formas de contacto entre as pessoas e pelo aparecimento de novas modalidades de partilha e conservação da informação trocada nesses processos de comunicação. O que na prática

⁸ Sobre as tensões hermenêuticas e a diversidade de referentes a convocar para densificar este tipo de fórmulas constitucionais, Gonçalo de Almeida Ribeiro, «Um ensaio sobre interpretação constitucional», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor João Caupers*, Coordenação Mário Aroso de Almeida et al., Vol. I, Coimbra: Gestlegal, 2024, p. 427 e ss.

significa a existência de novos meios de prova ou novas formas de acesso a meios de prova, em função designadamente do seu modo de conservação.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional tem enfrentado, de forma muito interessante e consequente, os desafios jurídicos associados a estas novas realidades, quer se trate (entre outras matérias) da *obtenção e uso probatório de mensagens de correio electrónico*⁹, da *captação de imagens por particulares*¹⁰ ou da *utilização de relatórios de geolocalização de veículos*¹¹. E, em função disso, têm sido desenvolvidos critérios e equacionadas distinções que densificam as fórmulas abertas usadas no texto constitucional.

Desde logo, partindo de uma delimitação material em função da «gravidade» ou da «intensidade» da agressão *directa* a direitos fundamentais, como pressuposto essencial da reserva constitucional de juiz. O que por vezes é equacionado pela jurisprudência constitucional como exigindo uma agressão ao «núcleo essencial da vida privada», ao seu «núcleo íntimo» ou ao «núcleo mais íntimo da vida privada». A reserva de juiz, nesta linha de entendimento, só será afirmada em alguns casos mais graves e não em relação a qualquer perturbação de direitos dos visados¹².

A evolução tecnológica tem motivado igualmente distinções interessantes e juridicamente relevantes quanto à extensão e âmbito material da tutela constitucional aplicável.

Neste contexto, é pacífico que os processos activos de comunicação entre pessoas («comunicação em trânsito») têm a tutela forte das garantias constitucionais, incluindo a exigência de autorização judicial prévia ao acto de intromissão nas comunicações ou telecomunicações.

Já outras situações têm conduzido à ponderação de soluções diferenciadas¹³: em apertada síntese, o acesso ao *registo de comunicações mantidas em arquivos digitais* pode ter um regime

⁹ Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 687/2021 (Mariana Canotilho), n.º 91/2023 (Joana Fernandes Costa), n.º 314/2023 (Teles Pereira) ou n.º 533/2024 (A. J. Ascensão Ramos), para citar apenas alguns casos mais recentes. Em sentido diferente, os Ac. Acs. STJ n.º 10/2023, de 10.11.2023 (Pedro Ferreira Dias) e n.º 12/2024, de 26.06.2024 (Teresa Almeida), este voltando a colocar o tema no âmbito da reserva de juiz, considerando inconstitucional o regime acolhido no artigo 18.º da Lei da Concorrência. Sobre o tema e o significado destas correntes jurisprudenciais, Paulo de Sousa Mendes, «Acórdãos n.º 91/2023, 314/2023 e 533/2024: Apreensão de Emails pela Autoridade de Concorrência em Processo Contraordenacional», *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 4 (2024), p. 9 e ss e, em especial, p. 40 e ss.

¹⁰ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 506/2024 (Teles Pereira).

¹¹ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 506/2024 (Teles Pereira), em sentido diferente do entendimento acolhido no Ac. STJ de 28 de Fevereiro de 2024 (E. Vaz Pereira), que banaliza o acompanhamento da circulação do visado por GPS referindo-se à utilização dessa tecnologia como o «irmão gémeo electrónico» do seguimento clássico.

¹² Uma boa síntese da jurisprudência constitucional sobre a intervenção do JIC no inquérito encontra-se, por exemplo, no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 506/2024 (Teles Pereira), n.º 2.5.1 do texto. Mais informação em Paulo Dá Mesquita, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 973-979. Algumas reservas, apontando um certo «amortecimento» (mas não abandono) da exigência constitucional, são formuladas por Jorge de Figueiredo Dias e Nuno Brandão, *Direito Processual Penal. Os sujeitos processuais*, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 19-22, que sugerem uma «compensação» de controlo judicial *ex post* nestes casos em que não se exige o controlo judicial prévio. Uma solução discutível por implicar o recurso a uma regra sem base legal explícita que se repercute na validade do acto processual e nos actos processuais subsequentes.

¹³ Fundamental, para o efeito, a análise das várias situações equacionadas no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 533/2024 (Ascensão Ramos). Para uma leitura profunda e integrada da história da evolução tecnológica e a obtenção de prova em ambiente digital, David Silva Ramalho, *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Coimbra: Almedina, 2017. Depois, aprofundado e testando as soluções legais, Duarte Rodrigues Nunes, *Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime*, 2.ª edição, revista e actualizada, Coimbra: Gestlegal, 2021. Referentes de vários ordenamentos jurídicos e critérios mais específicos de controlo, encontram-se, com grande interesse, em Paulo de Sousa Mendes, «Acórdãos n.º 91/2023, 314/2023 e 533/2024: Apreensão de Emails pela Autoridade de Concorrência em Processo

diferente daquele que regula o acesso aos processos activos de comunicação entre as pessoas ou aos computadores em que as mensagens se encontrem; a *informação trocada entre máquinas* não constituirá um processo de comunicação entre pessoas, embora possa dizer respeito às mesmas e à documentação de parte da sua actividade social (viagens e trajectos, por exemplo); a *informação relativa a actividades de empresas* poderá ser sujeita a um regime diferente daquele que resulta tutela da privacidade das pessoas; os *escritórios de uma empresa* (apesar da informação pessoal que neles se pode encontrar) têm uma protecção distinta da protecção do domicílio das pessoas¹⁴; a documentação pré-existente sobre a circulação de um veículo, relatórios com registos obtidos por *GPS*, cuja colocação foi decidida pela empresa de aluguer proprietária do mesmo, não terá o mesmo regime dos actos de investigação criminal que usem essa tecnologia para documentar a actividade de um suspeito ou de um arguido, pois não se trata de produzir dados no inquérito para os mesmos servirem de prova em processo penal, mas sim da *obtenção de dados pre-existent*s criados legitimamente com outras finalidades¹⁵.

Em suma, são vários os casos recentes em que se admite a exclusão de uma certa matéria da reserva de juiz em função da evolução tecnológica, da concreta ponderação da danosidade material do acto investigatório e de formas alternativas de controlo judicial no processo em causa.

5. Os sectores regulados e a *ratio* do regime constitucional das intromissões abusivas ou ingerências proibidas

A densificação constitucional da reserva de juiz tem ponderado em especial a materialidade das situações e a danosidade social e jurídica dos actos de investigação em causa. O que, para além de ser adequado aos regimes constitucionais referidos e à heterogeneidade dos actos de investigação, permite ainda questionar outras realidades que têm contornos fácticos e jurídicos distintos.

Podemos, na verdade, ir um pouco mais longe nesta concretização e interrogarmo-nos se as actividades económicas legalmente reguladas não implicam uma opção prévia e voluntária das entidades supervisionadas pela sujeição a um regime de partilha de informação e cumprimento de deveres de colaboração com as autoridades de regulação. Um regime de transparência total, com aceitação antecipada dos visados, que permite ao regulador o acesso legal a informação de outro modo reservada.

Trata-se de uma opção económica e jurídica de pessoas e entidades que exige, como condição de adequado exercício de uma actividade, o conhecimento e aceitação do regime jurídico que a enquadra. Regimes esses modelados pela legislação europeia, por diplomas aprovados pelo Parlamento nacional e por um quadro de actuação eleito pelas entidades que escolhem exercer uma actividade regulada. O que, por si só, conduziria à legalidade da prova obtida por simples invocação do consentimento do visado, como resulta da solução acolhida no artigo 126.º, n.º 3, do CPP. Dificilmente actos com um enquadramento desta natureza podem ser sujeitos ao regime das intromissões abusivas. Pelo contrário: numa avaliação juridicamente consequente, este enquadramento

Contraordenacional», *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 4 (2024), p. 9 e ss, designadamente p. 29 e p. 34 e ss, p. 38-40, e p. 48-51.

¹⁴ Mais informação e argumentos no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 533/2024 (Ascensão Ramos).

¹⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 506/2024 (Teles Pereira).

fará com que estejamos fora do quadro da «intromissão abusiva» ou da «ingerência ilegítima das autoridades», quando cumprida a lei e o quadro regulatório que vigore para essa actividade.

Numa palavra breve, a regulação prévia das actividades supervisionadas permite, por aceitação do regime legal da actividade pelos agentes económicos, o acesso legítimo a informação num contexto que não corresponde nem ao texto, nem à *ratio* das intromissões abusivas ou ilegítimas censuradas pela nossa Constituição (artigos 32.º, n.º 8 ou 34.º, n.º 4): por tal acesso estar previsto na lei, por corresponder à adopção de soluções determinadas pelo Direito europeu, por ser aceite pelas entidades supervisionadas (ao optarem pelo exercício de uma actividade regulada) e por o resultado estar vinculado a fins públicos específicos.

6. A perspectiva tradicional sobre a intervenção do JIC no inquérito e a ampliação doutrinária

O tema da garantia judicial no inquérito ganhou nos últimos anos um renovado interesse, evidenciando significativas divergências doutrinárias e jurisprudenciais:

Numa perspectiva tradicional, que corresponde à matriz histórica do CPP e à previsão legal, a intervenção do JIC no inquérito será necessária em três grupos de situações: (i) sempre que se trate de matérias referidas no artigos 268.º e 269.º do CPP; (ii) quando a lei explicitamente o exigir mesmo fora da reserva de juiz (v.g. artigos 68.º, n.º 4, ou 86.º do CPP) e, ainda, genericamente, (iii) quando o acto em causa colida directa e gravemente com direitos fundamentais (por aplicação do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição). Fora destes casos, o controlo jurisdicional far-se-á depois, na fase de instrução ou na fase de julgamento¹⁶.

Numa perspectiva maximalista, recentemente assumida por uma parte da doutrina, a intervenção do JIC estender-se-á não só a estes três pontos mas a qualquer intromissão em esferas de direitos fundamentais, o que poderia abranger várias matérias não reguladas explicitamente na lei, designadamente: a constituição ou não constituição de arguido¹⁷; o controlo de invalidades processuais e de provas proibidas, bem como os seus efeitos noutros actos processuais, mesmo durante inquérito¹⁸; a resposta a requerimentos sobre inadmissibilidade da prova produzida após o prazo do inquérito ou medidas de coacção aplicadas uma vez decorridos os prazos legais do inquérito¹⁹; ou, noutro caso

¹⁶ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p.101-104. Igualmente, Paulo Dá Mesquita, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 965 e ss (anotações aos artigos 268.º e 269.º). Mais informação em Paulo Pinto de Albuquerque e Manuel Valente in Paulo Pinto de Albuquerque *et al.*, *Comentário do Código de Processo Penal*, 5.ª edição actualizada, Vol. II, Lisboa: UCE, 2023, p. 114-128.

¹⁷ Jorge de Figueiredo Dias e Nuno Brandão, «O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho *et al.*, Volume II, Lisboa: UCE, 2020, p. 1162 e ss.

¹⁸ Jorge de Figueiredo Dias e Nuno Brandão, «O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho *et al.*, Volume II, Lisboa: UCE, 2020, p. 1169 e ss; depois, *Direito Processual Penal. Os sujeitos processuais*, Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 26-27.

¹⁹ Cláudia Cruz Santos, *O Direito Processual Penal Português em Mudança. Rupturas e Continuidades*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 94-95.

delicado e complexo, à selecção das mensagens de correio eletrónico pelo JIC (a usar como prova) no inquérito criminal²⁰.

A perspectiva maximalista da intervenção do JIC no inquérito criminal parece-me inaceitável, entre outros aspectos, por três razões essenciais:

Por um lado, um entendimento com esta natureza e alcance altera o equilíbrio acolhido na Constituição e no Código de Processo Penal entre o MP e o JIC, equilíbrio a que corresponde uma densificação constitucional da estrutura acusatória e da repartição constitucional de competências entre o MP (a quem cabe exercer a acção penal) e o poder judicial de controlo. De forma mais específica, este entendimento modifica o regime constitucional de reserva de juiz no inquérito criminal, muito para além do acolhido nos artigos 32.º, n.º 4 e 8, e 34.º da lei fundamental.

Por outro lado, e como consequência deste desequilíbrio, a solução proposta acaba por converter o Juiz Instrução Criminal num juiz da investigação, com uma intervenção activa na concreta determinação das pessoas investigadas e na modelação do acervo de prova do inquérito e, por essa via, na determinação do objecto do inquérito e na estratégia da investigação em curso, adulterando o seu papel legal e constitucional²¹.

Finalmente, uma linha desta natureza implica sempre alguma criação de Direito à margem da lei e da Constituição, fomentando a litigância no inquérito (fase de investigação e não de debate sobre o caso) e criando incerteza quanto à validade dos actos processuais de investigação criminal, com repercussão em momentos subsequentes do processo. Tudo isto sem lei que clarifique, de forma simples e prévia, que tais actos concretos exigem a intervenção do JIC como condição da sua validade²².

Recorrendo a uma síntese de Paulo Dá Mesquita, a intervenção do JIC no inquérito é *provocada* (e nunca por iniciativa própria), *tipificada* na lei e na Constituição e meramente *pontual*, sem interferência na *estratégia de investigação*²³. Este modelo concretiza legalmente um certo equilíbrio constitucional, entre a investigação criminal e a protecção judicial de direitos fundamentais, não podendo ser subvertido nem por via doutrinária, nem por via jurisprudencial. A ser revisto (o que não me parece necessário) tal deverá acontecer por via legal – e não por via doutrinária ou jurisprudencial –, com sujeição das soluções ao debate próprio do processo legislativo democrático.

7. A mutação invisível do modelo de processo penal e os riscos de uma crise de legalidade penal no século XXI

²⁰ Problema na origem do Ac. TRL, de 22.04.2021 (Fernando Estrela), acima citado, que recusou categoricamente tal solução por a mesma implicar, entre outros aspectos, uma interferência constitucionalmente inadmissível do JIC no objecto do inquérito.

²¹ Neste sentido, de forma categórica, Paulo Dá Mesquita, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 967-968, e Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p.101-104.

²² A este propósito, Paulo Dá Mesquita, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 966-968 e p. 973 e ss, refere-se claramente a uma «tipificação legal» (Constituição e CPP) das competências do JIC no inquérito.

²³ Paulo Dá Mesquita, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo III, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2022, p. 967 e ss.

Os aspectos referidos correspondem à forma tradicional de articular a vigência da lei com o seu aprofundamento através da jurisprudência e da actividade criadora da doutrina. O desenvolvimento de linhas de solução pela jurisprudência e o enquadramento de novas realidades (por via judicial ou doutrinária) que surjam na vigência de uma lei correspondem a elementos valiosos no funcionamento do sistema penal: por um lado, oferecem soluções a problemas concretos e, por outro, permitem prever, com uma relativa segurança, as possíveis respostas judiciais aos mesmos em casos futuros²⁴. Mas, de forma alguma, se pode prescindir da lei enquanto fonte essencial do sistema e da sua modelação. Noutros termos, a centralidade da lei na criação e delimitação do nosso sistema penal não pode ser desconsiderada. O que tem acontecido nos últimos anos a um ritmo preocupante e em várias dimensões do sistema penal²⁵. Na economia deste texto justifica-se apenas algumas breves referências para ilustrar o que se afirmou.

Têm sido sugeridas ou mesmo importadas, em alguns casos, figuras de outros ordenamentos jurídicos, como os regimes de protecção de denunciante e de colaboração premiada²⁶, a utilização do volume de negócios enquanto critério de determinação da sanção aplicável a entes colectivos²⁷ ou a defesa de um princípio da oportunidade como alternativa ou compensação ao dever de promoção decorrente do princípio da legalidade²⁸. Uma boa parte destas figuras resulta de importações que o próprio Direito europeu faz de outros sistemas jurídicos (como acontece com o regime dos denunciante ou as coimas em função do volume de negócios), passando por esta via para os sistemas nacionais. Figuras que surgem, portanto, em modelos de processo com outra estrutura e tradição jurídica e outro contexto económico e social. A importação referida não tem acolhido as novas soluções na sua versão originária, sujeitando-as a algumas modificações que mitigam o seu alcance. Mas não deixam de acolher regimes estranhos ao nosso ordenamento jurídico que o modificam substancialmente, sem que existam os factores de integração e de compensação dos sistemas de origem.

A título de exemplo, a criação generalizada de canais de denúncias em empresas e entidades públicas²⁹, com a obrigatoriedade de apresentação de uma denúncia interna antes de qualquer denúncia externa, significa que informação (e prova) relevante da prática de ilícitos penais circula por várias pessoas e entidades antes de chegar ao (eventual) conhecimento do Ministério Público. O

²⁴ Para uma perspectiva sobre o conteúdo e alcance do princípio da legalidade penal na jurisprudência constitucional, veja-se o interessante estudo de João Caupers e Joana Fernandes Costa, «40 Anos do Código Penal. Apontamentos sobre o princípio da legalidade penal na jurisprudência do Tribunal Constitucional», *De Legibus* 4 (2022), p. 25 e ss.

²⁵ Sobre as várias mutações e figuras que têm sido acolhidas no processo penal português, com muito interesse, Cláudia Cruz Santos, *O Direito Processual Penal Português em Mudança. Rupturas e Continuidades*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 173 e ss.

²⁶ Para a crítica e clarificação sobre os limites destas figuras no nosso sistema, siga-se Nuno Brandão, «O whistleblowing no ordenamento jurídico português», *RMP* 161 (2020), p. 99 e ss. Veja-se ainda o meu estudo «Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito», in Paulo Pinto de Albuquerque *et al.* (orgs), *Corrupção em Portugal. Avaliação legislativa e propostas de reforma*, Lisboa: UCE, 2021, p. 245 e ss.

²⁷ Sobre as linhas genealógicas desta figura, criticamente, Pedro Caeiro, «Broadly Unknown, but Deservedly Unloved? Turnover-based Fines and their Transplant from Competition Law to EU Criminal Law» (em curso de publicação) e, quanto aos problemas que gera de conformidade constitucional, do mesmo Autor, «Punível com coima de 10% de um montante qualquer...», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, coord. José Lobo Moutinho *et al.*, Volume IV, Lisboa: UCE, 2020, p. 2429 e ss.

²⁸ Sobre o tema, Helena Magalhães Bolina, *Dever de promoção e oportunidade na intervenção sancionatória contraordenacional*, Tese de doutoramento apresentada à FDUNL/NSL, 2020 (disponível no repositório RUN da UNL), colocando o problema no sector das contraordenações e não no Direito Penal, distinção que se afigura essencial, pois a vinculação do MP a um dever de exercer a acção penal está constitucionalmente configurada apenas para o Direito Penal.

²⁹ Cfr. Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro.

legislador acolheu estas soluções (impostas pelo Direito europeu) sem reflectir minimamente sobre a compatibilidade deste regime com a exclusividade do MP no exercício da acção penal num regime orientado pelo princípio da legalidade. Que efeitos é que tal facto terá sobre a qualidade da prova (que mais tarde será produzida ou obtida no inquérito criminal) é uma incógnita significativa. Uma incógnita que o legislador europeu desconsiderou com manifesta indiferença e que o legislador nacional acolheu sem um debate centrado no essencial. No entanto, é provável que a circulação prévia de informação, factos e provas por várias pessoas e entidades, antes de chegar ao Ministério Público, possa, por um lado, comprometer uma parte da prova material com interesse para o processo e, por outro, as indagações internas sobre as matérias condicionem a prova pessoal a produzir mais tarde no inquérito criminal.

No plano das fontes de direito, temos assistido a uma dispersão de elementos de natureza diversa, que introduzem «alguma desordem na ordem das fontes» (Ruggieri)³⁰, desfocando a hierarquia da pirâmide de actos normativos ao integrá-la num sistema mais vasto e difuso estruturado em rede³¹. Neste modelo, os degraus normativos da pirâmide esbatem-se e fragmentam-se, sendo substituídos por «hierarquias intermitentes e elásticas», na lúcida análise de Massimo Donini³². Os elementos que integram a rede nem sempre são fontes de direito (em muitos casos são simples instrumentos de *soft law*), mas misturam-se com estas criando uma perniciosa confusão de referências. O próprio Direito europeu tem contribuído para essa perda de centralidade da lei penal, ao adoptar conceitos fundamentais (em Regulamentos e Directivas) que entram directamente na tipicidade de várias infracções (crimes e contraordenações) através de mecanismos de reenvio. Este tipo de soluções gera uma *legalidade multinível* ou, para usar uma expressão de Anabela Miranda Rodrigues, uma «interlegalidade», por interpenetração de normas diferentes³³. O que significa que o conteúdo da matéria da proibição no domínio penal não é nestes casos delimitada pelos parlamentos nacionais, que apenas decide o reenvio em si mesmo.

Finalmente, temos um legislador excessivamente lento, pouco atento e nem sempre capaz de oferecer respostas tecnicamente consistentes e razoavelmente tempestivas às questões relevantes. Um legislador que assiste passivamente à perpetuação dos problemas, transferindo a sua resolução para os tribunais, como acontece em matéria de acesso ao correio eletrónico por parte da Autoridade da Concorrência (com autorização do MP e não do JIC). Problema que, tendo sido identificado há mais de uma década, ainda motivou recentemente três decisões diferentes e materialmente opostas³⁴.

³⁰ Cfr. Pedro Costa Gonçalves, «Direito Administrativo da Regulação», *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – no centenário do seu nascimento*, Volume II, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 552-554, com uma análise muito interessante sobre os problemas causados pela erosão da legalidade administrativa no sistema de fontes do Direito público.

³¹ Sobre o tema, Michel van der Kerchove / François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris: PUF, 1988; e depois, dos mesmos Autores, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelas: Presses de l'Université Saint-Louis 2002. Entre nós, Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 347 e ss. Sobre o desenvolvimento dos sistemas jurídicos em rede, com pluralidade e diversidade de fontes, António Manuel Hespanha, *Cultura Jurídica Europeia, Síntese de um Milénio*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2015, p. 569 e segs.

³² Cfr. Massimo Donini, *El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidade*. Estudios de Derecho Penal, Lima: Ara Editores, 2010, p. 375.

³³ Anabela Miranda Rodrigues, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 348 e nota 765.

³⁴ Cfr. Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 91/2023 (Joana Fernandes Costa), e n.º 533/2024 (A. J. Ascensão Ramos) e, por último, os Acs. STJ n.º 10/2023, de 10 de Novembro (Pedro Ferreira Dias) e n.º 12/2024, de 26.06.2024 (Teresa Almeida). Para o levantamento dos problemas e uma leitura crítica sobre as tendências jurisprudenciais neste tema, Nuno

Tudo isto gera dois fenómenos curiosos: por um lado, problemas novos acabam por ser potencialmente confrontados com leis antigas para os quais estas não foram pensadas, alargando a sua vigência material quando integrados nas mesmas; e, por outro, os intervenientes acabam por valorizar excessivamente os precedentes judiciais (mesmo não sendo vinculativos) como referente de compreensão e de evolução do sistema. Uma forma de funcionamento mais próxima dos modelos de *case law* e do impressionismo do caso concreto do que do modelo de Estado de Direito, centrado na garantia da lei penal e na antecipação normativa da solução. A utilização probatória de novos meios técnicos acima referidos documenta uma boa parte destas afirmações.

Deste ponto de vista, o Tribunal Constitucional tem conseguido estabilizar uma parte do sistema, clarificando, por exemplo, as condições de admissibilidade constitucional e o regime de controlo judicial de alguns meios de prova, compensado dessa forma a falta de decisão legislativa. Mas, em boa verdade, devia ser o legislador a acompanhar a evolução tecnológica e a clarificar (de forma explícita) o regime dessas novas realidades. O Estado de Direito, os sujeitos processuais e a tutela dos direitos fundamentais assim o exigem.

Brandão, «Apreensão de Webmail em Processo Contra-Ordenacional e Reserva de Processo Criminal – Contraponto a uma Nova Jurisprudência Constitucional Duplamente Equivocada», *Revista Portuguesa de Direito Constitucional* 3 (2023), p. 215 e ss. Em sentido diferente, Paulo de Sousa Mendes, «Acórdãos n.º 91/2023, 314/2023 e 533/2024: Apreensão de Emails pela Autoridade de Concorrência em Processo Contraordenacional», *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, 4 (2024), p. 9 e ss, e p. 40 e ss, com muita informação relevante sobre a configuração das garantias de controlo judiciário neste domínio.



José Manuel Cardoso da Costa

Presidente do Tribunal Constitucional entre 1989 e 2003

José Manuel Moreira Cardoso da Costa nasceu no Porto, em 04.04.1938.

Licenciado em Direito (1960), com Licenciatura Complementar em Ciências Político-Económicas (Mestrado / 1963) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Assistente, Investigador e, por último, Professor Catedrático Convidado da mesma Faculdade, onde ensinou e investigou ininterruptamente, desde o termo da licenciatura, e até ao limite de idade para a aposentação, nos domínios do Direito Constitucional, do Direito Fiscal e do Direito Internacional Público. Ensinou ainda noutras instituições, nomeadamente na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica, logo no seu início.

É Doutor Honoris causa em Direito pela Universidade de Tübingen (Alemanha, 1994).

Exerceu funções no Centro de Estudos Fiscais do Ministério das Finanças, de que foi membro (1973/1975), bem como a actividade de juriconsulto.

É autor de múltiplas publicações nas áreas de sua especialidade.

Vogal da Comissão Constitucional (1981-1983), por designação da Assembleia da República, veio a ser, depois, Juiz do Tribunal Constitucional, de 1983 a 2003, e seu presidente, de 1989 a 2003.

Foi membro efetivo português da «Comissão para a Democracia pelo Direito» (Comissão de Veneza) do Conselho da Europa (2003-2007) e é, desde 2011, membro do Conselho Superior da Magistratura, designado pelo Presidente da República. Actualmente é ainda, por designação do Governo, presidente do Conselho Consultivo das Fundações.

É Presidente da «Associação Portuguesa de Direito Constitucional», e foi Vice-presidente do Comité Executivo da «Associação Internacional de Direito Constitucional» (IACL-AIDC), de que é Presidente Honorário.

Membro da Associação Fiscal Portuguesa e do seu Conselho Científico.

Foi fundador e é membro do Centro de Estudos de Bioética (Coimbra).

O Tribunal Constitucional, 40 anos depois *

1. Podem descortinar-se e identificar-se na justiça constitucional duas diferentes, mas convergentes, linhas genealógicas: – uma, remontando ao constitucionalismo dualista alemão pré-imperial, do século XIX; – a outra, ao constitucionalismo norte-americano pós-independência, e mais especificamente à sua conformação federal, com a Constituição de 1787.

Pelo que à primeira diz respeito, trata-se de que as monarquias alemãs oitocentistas fizeram o seu trânsito para o modelo constitucional através de uma como que «transacção», em que o poder monárquico, mantendo a sua legitimidade originária e, conseqüentemente, outorgando ele próprio a Constituição, aceitou, no entanto, indo ao encontro do movimento liberal do tempo, que a seu lado se instituiu um outro poder, o poder de uma câmara representativa dos cidadãos, com o qual passava a partilhar o exercício da função política da soberania. Este «dualismo» de poder, em que tal função passou a exprimir-se, postulava, decerto, o equilíbrio (sempre potencialmente instável) entre os seus dois polos, e o respeito mútuo das correspondentes competências – e daí que houvesse postulado também a instituição de uma instância, por assim dizer «arbitral», que garantisse aquele equilíbrio, resolvendo as disputas ou conflitos de poder que viessem a ocorrer no seu quadro: eis como vão surgir, nas monarquias germânicas, com a natureza e o desiderato acabado de referir, os primeiros «tribunais de Estado», assim chamados, e com eles, nesse espaço, a primeira configuração de uma «justiça constitucional».

Quanto à segunda das linhas genealógicas apontadas, reconduz-se a sua origem, ou fonte primeira, ao reconhecimento, que no constitucionalismo norte-americano ocorreu desde os seus começos, da competência, logo dos tribunais dos Estados e, depois, da *Supreme Court* federal, para o exercício da *judicial review* da leis, faculdade havida como algo de conatural à sua função (uma função de simples «julgamento») e, por isso, havida também como naturalmente decorrente da, ou imposta pelo carácter da Constituição como *paramount law*: assim sendo, haviam os tribunais de a esta reconhecer a primazia, quando confrontada com direito a ela inferior que a contradissesse. Pode, com grande probabilidade, afirmar-se que este entendimento não esteve fora da convicção, nem dos constituintes da Convenção de Filadélfia, nem dos Congressos dos Estados de cuja aprovação dependia a ratificação da Constituição da União; mas é nos *Federalist Papers*, pela pena de Alexander Hamilton, que tem uma expressão inequívoca, a qual já antecipa a confirmação definitiva que vem a receber, como é larga e geralmente conhecido, na *opinion* do *Chief Justice* Marshall emitida no caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

2. A tradição dos «tribunais de estado» das monarquias germânicas oitocentistas teria encontrado um primeiro e novo desenvolvimento, agora no plano «federal», na tentativa constitucional

* Atenta a natureza do texto, destinado a uma intervenção oral, omitem-se quaisquer indicações bibliográficas – como também se omitem as palavras iniciais de circunstância. Porém, não quer o autor deixar de registar quanto o honrou o convite do Tribunal Constitucional, e do seu Presidente, para proferir essa intervenção, em acto presidido pelo Senhor Presidente da República – e o privilégio, que a ocasião para si representou, de voltar a uma casa a que o ligam tão longos e fortes laços e de nela reencontrar, com os seus actuais membros, tantos outros que antes a serviram, em particular no tempo que ao autor foi comum.

que se traduziu na «Constituição da Igreja de S.Paulo» (exactamente assim conhecida: *Paulskirchenverfassung*), saída da assembleia reunida em Frankfurt, em Março de 1849 – mas que logo se malogrou; e também não foi na Constituição imperial bismarckiana, de 1871, que veio a encontrar esse desenvolvimento. Mas veio a recebê-lo na Constituição da República de Weimar, de 1919 – e é essa tradição que, depois do interregno nacional-socialista, continuou a ser acolhida na *Grundgesetz* de Bonn, de 1949, com a atribuição ao *Bundesverfassungsgericht* de uma larga competência para conhecer e dirimir «litígios» ou «conflitos constitucionais», sejam inter-orgânicos, sejam inter-federais. E foi essa tradição que se alargou, entretanto, a outras Constituições europeias contemporâneas, como a Constituição italiana ou a espanhola.

Por seu turno, quanto à faculdade de *judicial review* da legislação, veio a impor-se e a representar um traço verdadeiramente constitutivo e caracterizador do constitucionalismo americano até aos dias de hoje – pese o debate, que nele nunca se encerrou, sobre a mesma legitimidade do instituto, ou, de todo o modo, sobre a sua extensão, face – nem mais! – do que ao princípio democrático da soberania popular, fundamento da legitimidade da lei.

Ora, foi precisamente a aparente dificuldade de compaginar com tal princípio o reconhecimento de um poder judicial de controlo da lei que esteve na base da demora centenária do acolhimento, no constitucionalismo europeu, de um tal poder ou faculdade – marcado esse constitucionalismo, de modo especialmente acentuado, como longamente esteve, pela recondução pura e simples do princípio da «soberania do povo» e do dogma da lei como expressão da «vontade geral» a uma indiscutida supremacia parlamentar. A história constitucional francesa é, a este respeito, exemplar.

A resistência à possibilidade de um controlo contencioso da lei sofre, no entanto, um primeiro rompimento no período de entre as duas guerras, rompimento que encontrou a sua expressão marcante, e que ficou como paradigma, na Constituição austríaca de 1920, com a criação de um «tribunal constitucional» (assim designado) directa e expressamente vocacionado para o controlo da constitucionalidade das normas de direito ordinário. Para tanto contribuiu, de modo determinante, a influência do normativismo kelseneano e da concepção da *Stufenlehre*, combinada (ainda aqui) com a preocupação da garantia do equilíbrio federativo da Constituição – o que explica que aquele controlo surgisse, originária e primacialmente, sob o ângulo da observância pelo legislador das regras da repartição de competência normativa estabelecida entre a Federação e os *Länder*. E ao tribunal austríaco se juntaram, ainda no mesmo período, o «tribunal constitucional» da Constituição da Checoslováquia, também de 1920, e, mais tarde, o «tribunal de garantias constitucionais» da Constituição da República Espanhola, de 1931.

É só, porém, com a progressiva evolução do constitucionalismo, e a transição do constitucionalismo liberal inicial para um constitucionalismo democrático, não só pluralista como extremadamente concorrencial, no quadro de um Estado cujos fins e cujo âmbito de actuação sofreram uma modificação e um alargamento radicais, e com o consequente desengano e abandono da crença na identificação da vontade parlamentar com uma «vontade geral» expressa necessariamente numa *loi raisonnée*, e a substituição dessa crença pela consciência de que no Parlamento se exprime, sim, uma vontade «maioritária», sempre politicamente condicionada, e, com frequência, finalisticamente orientada – o que vale por dizer que a lei nunca se furta, em maior ou menor medida, a uma dimensão «política» (uma dimensão de escolha, entre várias soluções possíveis, quando não contingentes, determinada pela doutrina ou a orientação ideológica da maioria), tudo a lembrar e a reclamar o

reforço da «normatividade» da Constituição, enquanto regra mínima de convivência cívica – é só neste outro e novo quadro político-constitucional (que é ao cabo o que se desenvolve desde a segunda metade do século passado, com o fim da 2ª guerra mundial) que se gera no espaço europeu o «ambiente ecológico», por assim dizer, que não só propicia o cabimento, como mesmo impõe a necessidade da instituição de um poder judicial de controlo da lei, que garanta a sua não desconformidade com a regra básica da Constituição.

Tal ocorreu seguindo o modelo austríaco dos anos 20, ou seja, através da criação de tribunais próprios, aos quais foi confiada a função de garantia ou o papel de guarda da Constituição – em suma, através da instituição de uma nova ordem jurisdicional, distinta e autónoma das tradicionais. Tribunais próprios – que permitissem conferir à garantia da Constituição o seu modo mais eficaz, podendo ir à anulação da lei que a contrarie; tribunais próprios – que pudessem atender, seja à especificidade das questões jurídico-constitucionais (cujo tratamento não estava na tradição judiciária europeia comum), nomeadamente quando traduzida na aplicação de «princípios» (e tendo de confrontar-se com o entendimento deles, expresso ou implícito, feito pelo legislador democrático), seja ao relevo ou relevância na esfera «política» da resolução dessas questões; tribunais próprios – que, em razão de tudo isso, fossem objecto de uma composição e de um estatuto constitucional específico, adequados à função que lhes era cometida. É assim que, além do ressurgimento do tribunal austríaco, são criados o já referido Tribunal Constitucional alemão-federal, pela *Grundgesetz* de Bonn, de 1949, e o Tribunal Constitucional italiano, pela Constituição transalpina de 1947, mas só vindo a ser efectivamente instituído depois; e é assim que sucessivamente, no decurso dos anos, instâncias de idêntica natureza vêm a ser criadas em variados outros países europeus, à medida que a correspondente situação político-constitucional, e a sua mudança ou a sua evolução no sentido antes indicado, realmente, e como se disse, o propiciam ou mesmo impõem.

3. Ora, foi precisamente no contexto de uma mudança dessa ordem – quando a mesma vem a ocorrer e a instalar-se entre nós, no seguimento do movimento militar de 25 de Abril de 1974 e superadas as vicissitudes político-militares e sociais entretanto ocorridas – que veio a ser criado o Tribunal Constitucional português: ele veio, pois, responder, e de modo similar ou paralelo, à mesma problemática, de garantia ou reforço da garantia da Constituição, suscitada no quadro do constitucionalismo democrático contemporâneo: também entre nós se assistiu, com a Constituição da República de 1976, a uma intensa revalorização normativa da Constituição – de uma Constituição destinada a promover e ordenar o funcionamento plural do processo político no âmbito de uma sociedade politicamente diversificada e contrastante e mesmo caracterizada por acentuadas clivagens ideológicas – que se impunha eficazmente salvaguardar.

No caso português, porém, algo mais importa considerar – como bem se sabe. E o que antes de tudo importa lembrar é que o constitucionalismo português vinha acolhendo expressamente, desde a primeira Constituição republicana, de 1911, e ao contrário do comum das Constituições europeias, o princípio da competência da generalidade dos tribunais para o controlo da constitucionalidade das normas jurídicas, no contexto dos «feitos» submetidos ao seu julgamento – ou seja o modelo do chamado «controlo difuso» da constitucionalidade, modelo que na Constituição de 1933 se conservou. Era um traço original, e sem dúvida precursor, do nosso constitucionalismo, mas que, em boa verdade, ao longo das suas mais de seis décadas de vigência, em pouco mais ficou do que numa afirmação de princípio, com despidendo relevo prático. Daí que essa tradição anterior não tivesse força para contrariar a instituição entre nós de uma justiça constitucional autónoma, e antes a memória e a

experiência da sua limitada expressão haja representado, ao contrário, um factor mais para a consagração de um outro sistema de justiça constitucional, centrado na criação de um tribunal constitucional.

Em segundo lugar, importa recordar, mais uma vez, que a instituição do Tribunal Constitucional não ocorreu logo na versão originária da Constituição de 1976, em razão do período constitucional transitório que ela estabeleceu – de partilha entre o poder político civil e o poder político militar –, período em que o Conselho da Revolução se reservou a titularidade de último garante da Constituição e do controlo da constitucionalidade da lei, ainda que, neste controlo, assessorado pela que foi então designada Comissão Constitucional – tudo nos termos que ficaram definidos no 2º Pacto Constitucional, celebrado entre o MFA e os partidos parlamentares constituintes, e foram depois vertidos no texto da Constituição. Só que, nos termos desse mesmo Pacto, não se quis ir ao ponto de abolir o poder de intervenção no controlo da constitucionalidade tradicionalmente reconhecido aos tribunais portugueses – donde que haja sido imperioso prever um enlace entre essa competência judiciária e a competência que agora era privilegiadamente confiada ao Conselho da Revolução e mais precisamente à Comissão Constitucional. Ora, a solução não foi – como chegou a propor-se – a de «reduzir» aquela competência judiciária, fazendo subir à Comissão, a título prévio, as questões de constitucionalidade suscitadas nos tribunais, que estes tivessem por pertinentes, mas antes a de manter por inteiro tal competência, sujeitando, porém, à revisão da Comissão, através de um recurso obrigatório, as decisões em que se concluisse pela inconstitucionalidade da lei. E assim se abriu caminho a que, findo o período transitório, e substituída a competência constitucional da Comissão e do Conselho da Revolução pela do Tribunal Constitucional, se houvesse continuado a manter integralmente, ainda agora, a competência de controlo difuso da constitucionalidade pelo comum dos tribunais (a faculdade do seu acesso directo à Constituição), combinada com a do Tribunal Constitucional pela via de um recurso das decisões daqueles na matéria, agora alargado a todas elas e à possibilidade do recurso de parte. E eis assim como, havendo a Constituição portuguesa caminhado, na senda europeia, para a instituição também de uma justiça constitucional autónoma, situada no Tribunal Constitucional, o seu sistema ou modelo global de justiça constitucional acabou por configurar-se como um sistema ou modelo original – um sistema ou modelo que pode qualificar-se de «modelo misto», diferindo do que é comum no constitucionalismo europeu contemporâneo.

4. Instituído no contexto que ficou descrito, para assegurar a função precípua da garantia da Constituição, no plano em que ela é mais relevante, o Tribunal Constitucional português veio a perfilar-se, assim, como uma pedra basilar do edifício do nosso Estado de direito democrático, uma verdadeira pedra angular do funcionamento constitucional do Estado e do exercício do poder público. E, decorridos já mais de quarenta anos sobre o início da sua actividade jurisdicional, não se duvidará de que cumpriu e vem cumprindo com efectividade o desígnio para que foi criado. Por isso, só pode surpreender que, embora apenas esparsamente, se possa ouvir ainda, apesar de tudo, alguma voz pondo em dúvida a sua justificação e o seu lugar institucional – como que regressando à desconfiança que a criação do Tribunal, na verdade, não deixou de gerar em certos meios jurídicos, mas desconfiança que, estou certo, se encontra já, de há muito, definitivamente ultrapassada.

Não entrarei, assim, em tal questão. Salientarei antes a extensão e a importância da jurisprudência – da vastíssima jurisprudência – produzida pelo Tribunal, no âmbito só do controlo da constitucionalidade e da legalidade (e assim deixando de lado a relativa a outras áreas de competência, havidas como de ordem ou grau constitucional, que entretanto lhe foram atribuídas). Pode dizer-se

que tal jurisprudência tem percorrido todos os capítulos da Constituição, nela podendo identificar-se, desde logo, quatro grandes áreas temáticas: – a respeitante à definição da competência dos órgãos de soberania, onde avulta a determinação do âmbito da reserva legislativa parlamentar e a correlativa delimitação da competência legislativa concorrential do Governo; – a relativa à autonomia político-administrativa das regiões autónomas e à determinação do âmbito da competência legislativa regional; – a respeitante aos princípios constitucionais de ordem económico-social, em particular à fixação do alcance das directrizes da «constituição económica», jurisprudência com grande relevância e impacto em certo período, mas que terão decrescido depois da 2ª revisão constitucional; – por último – mas ainda uma vez aqui, *the last but not the least* – a inumerável jurisprudência incidindo sobre o núcleo básico da parte material da Constituição, é dizer, sobre o princípio do Estado de direito democrático e as suas implicações e sub-princípios (como os da igualdade, da proporcionalidade e da protecção da confiança) e sobre os direitos fundamentais das pessoas, em particular os direitos, liberdades e garantias, nas vertentes várias em que são acolhidos pela Constituição, mas igualmente os direitos sociais. Entretanto, a estas áreas jurisprudenciais caberá porventura acrescentar já, mais recentemente, uma outra (com decisões não isentas inteiramente de controvérsia), tendo a ver com a resolução das implicações, no plano constitucional, da vigência *in foro domestico*, com a pretensão de primazia sobre o direito interno, do direito da União Europeia.

Será inegável que em todos estes domínios a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem desempenhado um papel, que diria insubstituível, na efectivação, consolidação e desenvolvimento da ordem jurídico-constitucional. Numa formulação de síntese, pode dizer-se que o Tribunal tem contribuído decisivamente para assegurar o respeito pela regra da divisão e separação dos poderes e do correlativo equilíbrio político-constitucional, nas suas múltiplas vertentes, postulados pela Constituição, e para garantir, por outra parte, que o ordenamento jurídico nacional, no contínuo do seu dinamismo e evolução, com ela se mantenha em permanente e substantiva consonância.

5. Pedra basilar do edifício do Estado de direito democrático, o exercício da função do Tribunal Constitucional, no ponto nuclear dela, que é o do controlo da constitucionalidade da lei, e que temos vindo a considerar, reveste-se, no entanto, de particular melindre e levanta – não há que escondê-lo – um problema sério, o qual pode mesmo qualificar-se como «o problema» que essa função suscita: trata-se – como já decorre de algo que antes se disse – de que a «legitimidade» do Tribunal para o controlo da lei, mormente quando este não se cinge à verificação da observância de regras de competência ou de procedimento, concorre com a «legitimidade» democrática de conformação legislativa, detida, seja pelo Parlamento, seja pelo Governo, e conferida pelo voto dos cidadãos. Ora, nem sempre é fácil e nítido estabelecer a fronteira entre uma e outra.

Decerto que não cabe a um tribunal constitucional, em via de máxima, envolver-se no debate e apreciar a correcção e a oportunidade dos objectivos políticos do legislador, nem valorar a adequação e a eficácia das decisões por ele tomadas ou os prognósticos por ele assumidos quanto aos resultados delas: numa fórmula extremamente impressiva de Ronald Dworkin, deixada naturalmente a propósito da *Supreme Court* americana, mas com indiscutível validade geral, aos tribunais não cabe tomar *decisions of policy*, mas unicamente *decisions of principle*. Só que justamente os «princípios» – diferentemente das «regras» jurídicas tecnicamente acabadas, susceptíveis de mais ou menos precisa interpretação e aplicação – comportam um largo espectro de sentido e um múltiplo e diversificado âmbito aplicativo e exigem, na sua aplicação, delicadas operações mediadoras de ponderação e concretização, que muito frequentemente não permitem lograr um juízo unívoco.

Daí que não raro – sobretudo em questões de fronteira – as decisões dos tribunais constitucionais (do nosso, como de todos os outros em que a votação dos juízes é nominalizada) sejam tiradas por maioria, e mesmo por estreitíssima maioria; e daí também que essas decisões (mesmo quando amplamente sufragadas pelo colégio judicial) também raro sejam objecto, não apenas de controvérsia jurídico-doutrinária, mas de intensa crítica e debate no espaço político-partidário e no espaço público. Trata-se de um sestro a que nenhum tribunal constitucional ou similar logra furtar-se, pois que as suas decisões, incidindo sobre a lei, reflectem-se sobre, e condicionam a escolha, a programação e a efectivação de políticas públicas, ou vão permitir e conformar a ordenação da vida pessoal e social em termos a que nem sempre subjaz um consenso comunitário. (É por isso que ainda Dworkin afirma, sem mais peias, que a *Supreme Court*, *volens nolens*, acaba por ter de decidir «importantes questões políticas», e que Otto Bachof sublinha que nas decisões dos tribunais constitucionais se verificará sempre «uma certa relação de tensão entre o direito e a política»).

6. Posto que é assim, seja-me permitido concluir deixando, a propósito da problemática acabada de evocar, duas reflexões.

A primeira delas será para referir que, pesem todas as dificuldades referidas, pesem todas as situações mais polémicas suscitadas por uma decisão de um tribunal constitucional – e, mais uma vez, também do nosso –, não direi que sempre, mas atrever-me-ei a dizer que de um modo geral ela acaba por revelar-se, a prazo mais ou menos dilatado, como um factor de amortecimento da controvérsia, sendo a sua virtualidade pacificadora de tensões e estabilizadora da ordem jurídica que fica e prevalece. Trata-se do que René Marcic, numa curiosa caracterização, chama de «efeito ventilador» da justiça constitucional – de efeito de ventilação e arejamento do espaço público. E isto – importa sublinhá-lo – quer se trate de decisões no sentido da inconstitucionalidade e correctoras das opções do legislador, quer se trate de decisões de sentido inverso, em que o tribunal, concluindo pela não inconstitucionalidade das normas, lhes confere um complemento ou suplemento de legitimação. (É, esta última, uma vertente frequentemente esquecida da função dos tribunais constitucionais – mas que não é menos importante, e implica, a meu ver, que os mesmos não possam ser simplistamente qualificados como instâncias contra-majoritárias).

A segunda reflexão é para sublinhar que – não logrando a Constituição, em razão do antes referido, impor-se sempre com uma univocidade de sentido, e para que as decisões dos tribunais constitucionais possam ser convincentes e desencadear o maior ou menor efeito pacificador que se destacou – importa assegurar uma composição «plural» desses tribunais sob o ponto de vista das «referências culturais», e mesmo ideológicas, dos seus juízes, que seja o reflexo das diferentes «sensibilidades constitucionais», direi assim, tendo curso na comunidade jurídica e política – que, desse modo, através do debate ou mesmo da dialéctica interna do tribunal, se possam ultrapassar, quanto possível, os condicionamentos emergentes da pré-compreensão de cada juiz, para se obter por aí a objectividade viável, tantas vezes tão-só precária, na esfera do direito.

Ora, não pode questionar-se que o regime instituído entre nós para a designação dos juízes constitucionais – tantas vezes incompreendido e injustificadamente desqualificado – é de molde a satisfazer essa exigência, essa verdadeira «regra de ouro» da composição do Tribunal, e tem permitido e propiciado, ao longo dos anos, que, com maior ou menor dificuldade, ela venha cumprindo-se. Ao ponto de não poder haver dúvida de que o Tribunal Constitucional português é seguramente, entre os tribunais constitucionais europeus, dos que melhor cumpre essa «regra de ouro» de uma sua composição plural.

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”

Seria, pois, uma pena, uma grande pena, e um grave retrocesso institucional e democrático, que – esquecendo regras não escritas, espontaneamente assumidas desde o início pelos partidos que, por mor da sua representatividade parlamentar, são naturalmente determinantes na escolha dos juízes constitucionais, e regras assumidas também no seio do Tribunal, no âmbito do processo de cooptação dos juízes designados por essa via – se viesse a cair na tentação de dificultar a integração no Tribunal de juízes que perfilhem uma qualquer das sensibilidades constitucionais imperantes no país, e que por isso nele hão-de ter representação. Espero – no duplo sentido de que espero e confio – que tal não venha a suceder.





Marcelo Rebelo de Sousa

Intervenção de Sua Excelência o Presidente da República

Sessão de Encerramento da Conferência “Construção da Democracia e
Justiça Constitucional” organizada pelo Tribunal Constitucional em parceria
com a Comissão para as Comemorações dos 50 anos do 25 de Abril

Academia das Ciências de Lisboa, 24 de outubro de 2024

Senhor Presidente, na pessoa de V. Exa., saúdo a veneranda Instituição e todos quantos lhe dão vida no presente, na senda do passado e, ao mesmo tempo, com a perspetiva de futuro.

Na pessoa do Senhor Presidente Emérito, saúdo as raízes fundacionais da mesma Instituição, testemunha qualificada que foi, dos tempos em que não existia, obreiro que também foi da sua génese, quer antes da Comissão Constitucional, quer na Comissão Constitucional, que integrou, quer na revisão constitucional, que acompanhou, quer na Lei matriz, que, com António Barbosa de Melo e José Carlos Vieira de Andrade elaborou, quer no debate parlamentar, a que assistiu sessão após sessão, quer no arranque e, depois, na segunda Presidência, em que assegurou um papel insubstituível.

E aqui afasto-me do texto que tinha preparado depois da lição magnífica do nosso Mestre.

Primeiro, para agradecer e saudar a forma jurídica e, em geral, a forma intelectual excecional em que se encontra, e que sempre se encontrou.

Mas há muito tempo que não fruímos aquilo que hoje pudemos fruir, uma lição notável sobre um tema que a todos importa.

E ouvindo a explanação da originalidade do modelo português, que de facto é muito original, e até me senti tentado a acrescentar mais duas vertentes da originalidade que não desenvolveu.

A chamada fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, que não teve, a partir de determinado momento, pela alteração do sentido atribuído à Constituição e, portanto, à sua fiscalização, o sucesso que os pais constituintes auguravam, e a fiscalização preventiva da constitucionalidade, que não sendo única no Direito português, é verdade que não é muito comum, noutros Tribunais Constitucionais, que tiveram uma história diferente, uma génese diferente e tem tido um percurso também diverso.

E, naturalmente, como imaginário, como Presidente da República, tenho-me debruçado com muita frequência sobre esta segunda componente, não a primeira e, por princípio, com grande relutância no recurso a ela.

Algumas vezes esse recurso existiu, mas tive sempre a sensação de que a fiscalização preventiva tinha, não por demérito do Tribunal, mas pela sua própria conceção, riscos enormes de conjunturalismo, de visão imediata das circunstâncias, de peso do contexto no momento em que é suscitada e, portanto, de reforço naquele equilíbrio que tão bem analisou de uma das componentes do equilíbrio, a componente da realidade político-partidária de cada momento.

É verdade que o Tribunal Constitucional tem sabido ultrapassar isso, mas também é verdade que ajuda o não haver um recurso excessivo à fiscalização preventiva como forma de dirimir situações de equilíbrio ou de empate na cena política nacional.

Isso aconteceu, por vezes, no passado, é um risco no presente e no futuro, é uma virtualidade naquilo que permitiu ao Tribunal Constitucional desincumbir-se com prudência, inteligência e brilho, mas não deixa de ser, naturalmente, uma responsabilidade acrescida para quem é chamado a exercer esse tipo de controle.

Só para lhe explicar que de tão fascinado me encontrava com a explanação feita, e a diferenciação entre o nosso percurso e outros percursos, que me senti levado a acrescentar mais alguns pontos para além daqueles pontos fundamentais a que aludiu.

Excelências,

Como tenho dito, vezes sem conta, poucas são as Instituições cuja celebração - delas ou do seu contributo nacional - mais encha de júbilo o Presidente da República do que o Tribunal Constitucional.

Estudou Direito Constitucional, no tempo em que era um sonho impossível. Fez Curso Complementar de Ciências Político-Económicas logo após renovado debate académico, mas sem sucesso político possível sobre a sua criação, em 1971. De novo, acalentou o antigo sonho, como constituinte, tendo de esperar seis anos, até que por efeito do II Pacto MFA-Partidos fosse possível ver cessar o período de transição e pudesse defender – na Assembleia da República - a Proposta de Lei do Governo fundadora do Tribunal e de todo o sistema de fiscalização da constitucionalidade de atos de poderes públicos. Ainda como governante, cooperou na tarefa inédita da instalação material da recém-nascida Instituição. Ensinou, décadas a fio, a Constituição que acolhera o Tribunal Constitucional e a relevância da sua singular função no novo ordenamento jurídico.

Foi, até hoje, o primeiro Presidente da República Professor de Direito Constitucional, e constituinte a naquele cargo poder cotejar teoria e prática, no relacionamento com o Tribunal Constitucional.

Excelências,

De 1982 até hoje são quarenta e dois anos de vivência democrática, com o contributo único do Tribunal Constitucional, a caminho de quarenta e três.

E, isto, não aditando a esses anos, alguns mais de uma pré-história, em como o recordou primorosamente o Presidente Emérito, a Comissão Constitucional abriu avenidas, forjou o espírito de corpo e estabeleceu quase jurisprudência, essencial para os tempos que se lhe seguiriam.

Tomemos os anos volvidos e sublinhemos áreas como as versadas no Encontro de hoje - doutrinárias, ideológicas, políticas, económicas, sociais, culturais.

Recordemos muitas, muitas outras, em que não foi menor o protagonismo do Tribunal Constitucional - forma do Estado, regime político, sistema de governo, regime económico, sistema social, desafios críticos em todos eles, e, claro, como se compreenderá, com primazia, direitos e deveres fundamentais, sua natureza, objeto, conteúdo, exercício, limites, restrições e compatibilização.

E, sempre, conjugação de valores, princípios e regras constitucionais.

Ou seja, resumindo, axiologia, contexto estrutural, decisão política e normatividade.

Excelências,

No dealbar, nos anos 80 e 90, para não dizer fim dos anos 70, se se incluir a pré-História, tal como na viragem do século, ou nos cerca de vinte e cinco anos no século XXI, não houve passos diferentes, entendimentos diversos, juízos distintos, desafios mais fáceis ou mais difíceis, escrutínios mais pacíficos e escrutínios mais exigentes, acerados ou contundentes? Sem dúvida que os houve.

Mas, a isso se chama Democracia, a que a garantia da Constituição não é realidade nem alheia nem indiferente.

Em Democracia respeitar o que deve ser respeitado não impede o exercitar a liberdade natural de pensar e exprimir concordância ou discordância, consenso ou dissenso.

E, a meu ver, não devem esquecer-se, nunca, algumas evidências, que, de tão óbvias, correm o risco de nunca serem tidas em conta e, muito menos, expressas.

Citarei, apenas, três.

Primeira - A Constituição que nos rege hoje, vigora desde 1976 e é tratada como a mesma, uma só, ao longo de quase cinquenta anos.

Mas, a verdade é que dimensões nucleares da sua substância mudaram, e muito, por força de importantes revisões. E digo isto tanto mais à vontade quando fui constituinte votei a favor da Constituição, e votei, mesmo, a favor de muitas das disposições da Constituição económica e social mais do que a bancada a que pertencia então.

Por exemplo, o regime político do pós-1982, tal como o sistema de governo, era em vários dos seus traços e é bastante diverso do regime do pré-1982.

O mesmo se diga por maioria de razão do regime económico e do regime social. Um de 76 a 82, outro de 82 a 89, e outro, bem diverso, de 89 em diante.

Estes exemplos são os mais óbvios. Mas poder-se-ia juntar, no pormenor, outros ainda.

Segunda - mesmo onde a letra da Constituição não mudou, como acontece em todo o Direito, pode ter mudado - e mudou, certamente, amiúde -, a interpretação objetivista e atual dessa letra.

“Construção da Democracia e Justiça Constitucional”

E, nestes quase cinquenta anos, o que não faltou foi tempo acelerado nos factos, nas situações, na realidade objetiva sucessivamente atual.

Terceira - tão intensas têm sido as mudanças que, além de a realidade se alterar, se alteraram quadros mentais ou sua concretização em percepção. Já que novas formas de pensamento jurídico, de construção dogmática, de encadeamento entre o pensado e o explicitado, vão despontando outras, antigas, conhecendo desfavor ou reformulação de grau diverso.

Quem ensinou ou ensina Direito percebe-o muito bem. No domínio dos temas como na própria linguagem utilizada. Não é o mesmo tratamento há 40 anos, há 30 anos, há 20 anos, há anos ou hoje.

Isto para dizer que o mais importante, o decisivo é o apurar se uma Instituição pilar da Democracia, no caso vertente o Tribunal Constitucional, foi, ou não, como V. Exa. sublinhou, as mais das vezes determinante para a própria vivência, vitalização, atualização, capacidade de ligar passado-presente e futuro da própria Democracia.

Como Presidente da República Portuguesa, a minha resposta é, inequivocamente, afirmativa.

Como cidadão, e até como eterno estudante de Direito Constitucional, diria o mesmo.

Mas há domínios, meios, instrumentos, orientações, decisões ou deliberações que não colhem avisos idênticos e tão afirmativos - dirão uns.

Há períodos variados e juízos não homogêneos sobre alguns eles - dirão outros.

Repito - mas essa é a riqueza da Democracia.

Não ser uma ditadura, nem no poder que lhe dá corpo, nem na apreciação cidadã sobre esse poder.

Excelências,

Temos, em 2024, uma Democracia que nunca não tivemos em longuíssima História da nossa Pátria.

O Tribunal Constitucional, todos os dias, trabalha para lhe dar futuro.

Por esse contributo quotidiano lhe estamos gratos.

Em nome de Portugal.











50 ANOS
25 ABRIL

