



**XII CONFERÊNCIA IBERO-AMERICANA DE
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL**
Cidade do Panamá - PANAMÁ
15 a 18 de maio de 2018



“RELAÇÕES ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E
ORDINÁRIA: EVOLUÇÃO DESDE A REUNIÃO DE SEVILHA DE
2005”

Relatório Português¹

¹ Relatório elaborado por Maria Clara Sottomayor, Juíza Conselheira, Mariana Gomes Machado, assessora do Gabinete dos Juízes, e António Manuel Abrantes, assessor do Núcleo de Apoio Documental e Informação Jurídica do Tribunal Constitucional.



Primera Mesa 1. Estructura de Funcionamiento de la Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria.

- 1. ¿Cómo funciona la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, en cada uno de los países Iberoamericanos?**
- 2. ¿Qué efectos tienen los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, en las jurisdicciones ordinarias y especiales.**
- 3. ¿Qué grado de eficacia tienen los pronunciamientos constitucionales en la jurisdicción ordinaria y especial. Señale los aspectos puntuales a mejorar.**

María Clara Sottomayor

Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional

1. Em Portugal vigora um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, de tipo misto, feito pelos tribunais comuns (controlo incidental ou difuso) e pelo Tribunal Constitucional (controlo concentrado), a par de um sistema de fiscalização abstrata, que incide sobre atos normativos e que compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional, que pode declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de quaisquer normas (artigo 281.º da CRP). A fiscalização abstrata divide-se em três modalidades: fiscalização abstrata sucessiva (artigo 281.º da CRP), preventiva (artigo 278.º da CRP) e por omissão (artigo 283.º da CRP).

O modelo português prevê, a par do sistema de fiscalização da constitucionalidade das normas, o sistema de fiscalização da legalidade das leis. No ordenamento português, criou-se um bloco de legalidade de valor reforçado (artigos 112.º, n.º 3 e 281.º, n.º 1, al. b), ambos da CRP), que constitui padrão de controlo de validade de leis ordinárias simples que violarem leis reforçadas pelo procedimento e leis materialmente paramétricas.

A fiscalização concreta surge a propósito da aplicação de normas a casos concretos e refere-se a uma garantia da constitucionalidade no espaço quotidiano da comunidade jurídica. A fiscalização abstrata insere-se no equilíbrio global dos órgãos do Estado e dirige-se aos comportamentos dos órgãos do poder público ou às normas em si, por aquilo que significam na ordem jurídica, independentemente da sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida.



O Tribunal Constitucional assume um papel preponderante na ordem jurídica, como o guardião superior da Constituição, e tribunal dos tribunais, dada a sua natureza especializada e a sua posição privilegiada para a resolução dos conflitos jurídico-constitucionais. Contudo, ao contrário do modelo europeu em que cabe ao Tribunal Constitucional a competência exclusiva de apreciação das questões de constitucionalidade, o modelo misto português atribui a todos os tribunais a competência para conhecer de questões de constitucionalidade, nos casos de fiscalização concreta.

O acesso ao Tribunal Constitucional é, então, feito apenas por via de recurso interposto pelas partes ou pelo Ministério Público e após a questão de constitucionalidade ter sido apreciada e decidida pelos tribunais comuns, figurando esta circunstância – ter sido a questão de constitucionalidade objeto de discussão e apreciação durante o processo pelo tribunal recorrido – como um dos pressupostos de admissibilidade do recurso de constitucionalidade (artigo 72.º, n.º 2, da LTC), que tem impacto sobre a legitimidade do recorrente para interpor o recurso de constitucionalidade.

A Constituição atribui, também, aos tribunais comuns o poder de desaplicar normas com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade, sem necessidade de reenvio da questão para a jurisdição especializada, sendo nestes casos o recurso obrigatório para o MP (artigo 280.º, n.º 3, da CRP). Assim, o Tribunal Constitucional apreciará a questão e decidirá pela inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade da norma ou dimensão normativa desaplicada, remetendo a sua decisão para o tribunal comum, que deverá julgar o caso concreto, tendo em conta a decisão do Tribunal Constitucional quanto à questão de constitucionalidade.

O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade não é puramente subjetivista, contendo elementos de objetividade como o conhecimento oficioso da inconstitucionalidade, a irrenunciabilidade do direito a recorrer e a obrigatoriedade de recurso para o Tribunal Constitucional, por parte do Ministério Público, nos casos de recusa de aplicação de norma que conste de convenção internacional, de ato legislativo e de decreto regulamentar (artigo 280.º, n.º 3, da CRP) e nos casos previstos no artigo 280.º, n.º 5, da CRP, relativamente a decisões dos tribunais comuns que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.



O Tribunal Constitucional, no âmbito do artigo 204.º da CRP, enquanto guardião da Constituição, exerce também um papel fiscalizador, fora das suas competências de instância de recurso, podendo conhecer, incidentalmente, da inconstitucionalidade de normas, no exercício de qualquer das suas competências jurisdicionais previstas na Constituição e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (doravante, LTC), designadamente, nos processos eleitorais (artigo 223.º n.º2, alínea c), da CRP e artigos 92.º e ss. da LTC) e no contencioso partidário (artigo 223.º n.º2 alínea e), da CRP e artigos 103.º e ss da LTC).

2. As decisões do Tribunal Constitucional, nos processos de fiscalização concreta, podem ser de vários tipos: Decisões de inconstitucionalidade (decisões de acolhimento ou de não provimento); decisões de não inconstitucionalidade (decisões de rejeição ou de não provimento) e decisões interpretativas.

Quanto aos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, dispõe o artigo 80.º da LTC: «1. A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada. 2. Se o Tribunal der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante o caso, reforme a decisão ou mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão de inconstitucionalidade. 3. No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa».

Resulta deste preceito que a decisão do Tribunal Constitucional apenas vale no processo em que é proferida, tendo valor de caso julgado formal, mas não de caso julgado material, nada impedindo que questão idêntica seja suscitada pelas mesmas partes, noutro processo, podendo, quer as instâncias, quer o Tribunal Constitucional decidir essa questão de forma diferente. O caso julgado só diz respeito à questão de inconstitucionalidade de uma norma, não podendo o Tribunal Constitucional pronunciar-se quanto ao fundo da questão, nem sequer quanto à forma como o tribunal recorrido deverá executar a sua decisão (cf. ANTÓNIO ROCHA MARQUES, «O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do TC», in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, p. 463). O Tribunal Constitucional não tem um poder ilimitado de controlo do modo como os



outros tribunais executam as suas decisões quanto a julgamentos em matéria de constitucionalidade (cf. Acórdãos n.º 94/90, 318/93 e 108/95).

O legislador português, no domínio da fiscalização concreta da conformidade constitucional das normas, recusou a consagração de um sistema de substituição, preferindo um **sistema cassatório mitigado**, uma vez que o Tribunal Constitucional decide definitivamente a questão da constitucionalidade, mas quanto à decisão recorrida apenas a revoga, cabendo ao tribunal *a quo* o poder de reformar a mesma. Assim, os tribunais comuns serão obrigados a acatar a decisão do Tribunal Constitucional e a reformarem a sua decisão de acordo com a orientação seguida pelo Tribunal Constitucional quanto à questão de constitucionalidade, o que potencia conflitos entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional.

As decisões do Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta da constitucionalidade, não têm efeitos *erga omnes*, produzindo efeitos apenas no caso concreto e não constituindo sequer um verdadeiro precedente, apenas podendo influenciar como corrente jurisprudencial interpretativa conforme à Constituição.

O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade assume uma dupla dimensão: 1. Subjetiva: visa satisfazer um direito subjetivo do recorrente, num processo concreto, em curso num tribunal comum, em que ele é parte e viu ser aplicada ao caso uma norma ou interpretação normativa que lesa os seus interesses e viola normas ou princípios constitucionais; 2. Objetiva: contribui para a eliminação de correntes jurisprudenciais que violem normas ou princípios constitucionais e é suscetível de influenciar o legislador no sentido da revogação ou alteração de normas que tenham sofrido juízos de inconstitucionalidade.

Tem sido opinião geral que o sistema, apesar dos seus entorses e potenciais conflitos, tem funcionado de forma satisfatória, gerando, como consequência do papel do Tribunal Constitucional, um efeito irradiante dos direitos fundamentais à totalidade da ordem jurídica.

Contudo, o facto de o Tribunal Constitucional proferir um juízo de inconstitucionalidade de uma determinada norma, no domínio da fiscalização concreta, não a faz desaparecer do sistema jurídico. A norma inconstitucional só desaparece do sistema jurídico se for julgada inconstitucional em três casos concretos. Trata-se de um processo de fiscalização abstrata, mas não se faz oficiosamente, por deliberação do Tribunal. A iniciativa de promover o processo de declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral



pertence, nos termos do artigo 82.º da LTC, ao MP ou a qualquer juiz do Tribunal Constitucional. Os três casos concretos decididos no sentido da inconstitucionalidade podem-no ter sido com base em normas constitucionais diversas: a identidade tem de ser da norma julgada inconstitucional, não da norma parâmetro (cf. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. 2, Universidade Católica Editora, 2016, p. 284).

Nos processos de fiscalização abstrata, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes* e retroativos, tendo a retroatividade da decisão como limite a ressalva dos casos julgados, salvo quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

São regras específicas da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade originárias:

- 1.º) A produção de efeitos da declaração desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal;
- 2.º) A repristinação da norma que a norma declarada inconstitucional ou ilegal haja eventualmente revogado.

São regras específicas da declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade superveniente:

- 1.º) A produção de efeitos da declaração desde a entrada em vigor da nova norma constitucional ou legal;
- 2.º) A ausência de repristinação.

Em certas circunstâncias, por razões de segurança jurídica, equidade ou de interesse público de excepcional relevo, o Tribunal Constitucional pode fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo (artigo 282.º, n.º 4, da CRP). Este poder pressupõe uma tarefa prévia de apreciação das normas *sub judice* em face da realidade constitucional, uma avaliação dos efeitos da decisão em face dos concretos factos e situações da vida. Esta fixação de efeitos tem de constar da própria decisão de inconstitucionalidade. Não pode ser feita depois por uma decisão complementar do Tribunal Constitucional.

No processo de fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão, quando o Tribunal Constitucional verificar a existência desta espécie de inconstitucionalidade, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente (artigo 283.º, n.º 2, da CRP). Este efeito



jurídico não altera a ordem jurídica, nem declara inválida ou ineficaz qualquer norma, mas limita-se a constituir um *impulso legiferante* (cf. JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, p. 295) suscetível de levar os órgãos legislativos a transformar o seu comportamento de negativo em positivo. Tem sido muito exíguo o número de vezes em que foi exercida em Portugal a fiscalização da constitucionalidade por omissão em Portugal. Não pode haver fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão.

3. O facto de o modelo português ser um sistema misto, em que se consagra um sistema de fiscalização difuso de base e concentrado no topo, com a existência de um tribunal especializado, mas que não tem a competência exclusiva do conhecimento das questões constitucionais, levanta problemas quanto à relação entre as duas jurisdições.

O sistema português cria um potencial conflito entre ambas as jurisdições, sobretudo, nos casos de recursos das partes ou do MP. Verifica-se, assim, uma sobreposição de decisões, prevalecendo a decisão do Tribunal Constitucional sobre a decisão dos tribunais comuns, no que diz respeito à questão de constitucionalidade, quando a interpretação normativa aplicada pelo tribunal recorrido for considerada contrária a normas ou a princípios constitucionais.

Esta possível conflituosidade entre as duas jurisdições decorre do facto de o modelo português permitir que todos os tribunais possam decidir questões de constitucionalidade, sem prever a existência do mecanismo de suspensão da instância, que atribua apenas a um Tribunal a competência de decidir com efeitos *erga omnes*.

No modelo misto português, podem encontrar-se alguns choques competenciais entre as duas jurisdições, conforme tem sido salientado pela doutrina (cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 952): «As interpretações autónomas realizadas pelo Tribunal Constitucional sobre a relação de significado do direito ordinário aplicado ao processo principal; As sentenças com efeitos aditivos de conteúdo mais criativo proferidas por aquele Tribunal; As soluções únicas determinadas por uma interpretação conforme à Constituição que seja realizada pelo órgão máximo de Justiça Constitucional; Alguma dimensão de “amparo” de certas sentenças do Tribunal Constitucional que, sob o pretexto de eliminar uma norma ideal inválida aplicada por uma sentença, acabam por fulminar esta mesma sentença quando violadora de direitos fundamentais; As tentativas episódicas do tribunal “a quo” para incumprir o julgado através



de parâmetros normativos, nem sempre credíveis, razoáveis ou sustentáveis, para manter a sentença recorrida».

O sistema atual de fiscalização concreta exige um esforço muito grande dos juizes na aferição da complexa teia dos requisitos de admissibilidade do recurso, que o tornam, na prática, uma raridade. Não estando centrada a questão da admissibilidade do recurso na violação grave de direitos fundamentais por atos judiciais (ou outros: políticos e executivos), verificam-se inevitavelmente situações que carecem de tutela jurídico-constitucional e que não a recebem, por falta dos requisitos do recurso, e, por outro lado, recursos que formalmente preenchem os requisitos de admissibilidade, mas que são meramente dilatórios, visando tutelar interesses de natureza distinta dos direitos fundamentais. O sistema de fiscalização concreta reveste-se de uma complexidade técnica, que o torna pouco acessível aos recorrentes mais desfavorecidos e que permite o aumento dos recursos com fins dilatórios dos recorrentes com maior poder económico. Seria mais adequado, do ponto de vista da segurança jurídica e da igualdade entre os cidadãos, uma reforma profunda do sistema que introduzisse o recurso de amparo, de natureza subsidiária, para tutela dos direitos fundamentais não só contra normas, mas também contra atos políticos e decisões judiciais. Esta solução é a mais coerente com o artigo 3.º, n.º 3, da Constituição, que propugna que a validade de todos os atos jurídico-públicos depende da sua conformidade com a Constituição. O sistema constitucional não deve reear tensões com o legislador ou com os tribunais comuns: o centro do sistema deve ser a dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais. O recurso de amparo, centrado na violação dos direitos e não na violação de normas, produziria, ainda, a vantagem de contribuir para uma democratização da justiça constitucional e para uma cultura de direitos fundamentais na justiça comum e na consciência social dos cidadãos (cf. CATARINA BOTELHO, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 161).

Propostas para melhoria da eficácia do sistema:

1 - Efeito devolutivo dos recursos de constitucionalidade para fazer frente à sua utilização como expediente meramente dilatório e contribuir para a diminuição de recursos desnecessários.

2 – Atribuição ao MP do dever de recorrer para o Tribunal Constitucional, após verificar a existência de três casos concretos de declaração de inconstitucionalidade da mesma norma.



3- Fiscalização, por parte de todos os tribunais, da constitucionalidade de atos praticados pelo poder público, para além dos atos normativos. Seriam assim, objeto de fiscalização da constitucionalidade os atos executivos e os próprios atos judiciais.

4 - Recurso de amparo para tutela de direitos fundamentais, em que aos cidadãos seria dada a possibilidade de se dirigirem ao Tribunal Constitucional, invocando uma violação de um direito fundamental, por parte da atuação do poder executivo ou do poder judicial. Tal mecanismo de acesso direto ao Tribunal Constitucional seria de *ultima ratio*, devendo primeiro tal violação ter sido discutida nos tribunais comuns.

5 - Os requisitos de admissibilidade do recurso devem ser simplificados, incidir sobretudo na avaliação do que seja uma violação grave dos direitos fundamentais, baseando-se o sistema na confiança no poder discricionário dos juizes do Tribunal Constitucional para aferir este requisito. Das decisões de não admissibilidade não deve caber qualquer reclamação ou recurso, para que o esforço dos juizes se possa concentrar nos casos que são admitidos.

6 – Introdução de um modelo do reenvio prejudicial para delimitar com mais segurança o âmbito das competências do Tribunal Constitucional e das instâncias do poder judicial, favorecendo um traçado de fronteiras entre as duas atividades (dos tribunais comuns e do Tribunal Constitucional) e a conseqüente pacificação entre os dois tipos de jurisdição. Este modelo implicaria, não a revogação pelo Tribunal Constitucional das sentenças já tomadas pela jurisdição comum, tal como ocorre no sistema vigente, mas antes uma suspensão do processo principal, um reenvio prejudicial e a tomada de decisão sobre a questão de constitucionalidade antes de o tribunal “a quo” proferir a sentença que julga a questão de fundo no processo principal.

7 – Introdução de uma fiscalização concreta da constitucionalidade por omissão, mediante um mecanismo de reenvio prejudicial dos tribunais para o Tribunal Constitucional.

Bibliografia:

- BOTELHO, Catarina, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2010.
MARQUES, António Rocha, «O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do TC», in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993.
MIRANDA, JORGE, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. 2, Universidade Católica Editora, 2016.
MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.



NOVAIS, Jorge Reis, *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade, Avaliação crítica*, AAFDL, Lisboa, 2017.



Segunda Mesa. Relación entre la Protección Constitucional y la Administración de Justicia.

- 1. ¿Qué tipo de actuaciones en la jurisdicción ordinaria son revisables en la jurisdicción constitucional y a quienes les corresponde la competencia?**
- 2. Límites o alcances de la jurisdicción constitucional respecto a los casos sometidos a su conocimiento.**
- 3. ¿Qué efectos (civiles, penales y/o disciplinarios) enfrentan los funcionarios contra los cuales se pronuncia el dictamen de la jurisdicción constitucional?**

Maria Clara Sottomayor

Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional

1. O traço identitário do nosso sistema de controlo da constitucionalidade, na fiscalização concreta, reside na sua natureza normativa, o que significa que a Justiça Constitucional não conhece da constitucionalidade nem da ilegalidade das decisões judiciais em si mesmo. O conceito de norma tem um sentido funcional e abrange normas e interpretações normativas, considerando o Tribunal Constitucional, “[...] que a sua apreciação e a sua decisão não têm de respeitar necessariamente à norma «on its face» e em toda a sua dimensão, mas bem podem (e devem) muitas vezes circunscrever-se a uma sua certa interpretação – sendo só essa interpretação (a estabelecida pelo tribunal recorrido) que o Tribunal, consoante o que sobre ela vier a entender, avaliará ou cassará” (cf. CARDOSO DA COSTA, «Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo)», Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. II, Coimbra, 2012, p. 203). Com efeito, ao contrário de outros sistemas que consagram a possibilidade de um controlo jurisdicional diretamente dirigido às decisões dos restantes tribunais, como é o caso do sistema espanhol (através do recurso de amparo) e do sistema alemão (por via da queixa de constitucionalidade dirigida ao Tribunal Constitucional), no sistema português a fiscalização incide apenas sobre normas, estando excluída a apreciação pelo Tribunal



Constitucional de recursos que questionem, mesmo que o façam numa perspetiva de conformidade a regras e princípios constitucionais, os concretos atos de julgamento expressos nas decisões dos outros tribunais. O Tribunal Constitucional julga, pois, na fase final de controlo concentrado que lhe está cometida, a desconformidade ou não desconformidade, face à Constituição, de normas jurídicas aplicadas por um tribunal comum, o tribunal recorrido.

A este pressuposto central dos recursos de constitucionalidade acrescem as seguintes condicionantes cumulativas: (a) a prévia suscitação da questão de inconstitucionalidade normativa, “durante o processo” e “de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer” (artigo 72.º, n.º 2, da LTC); e, enfim, (b) a aplicação, na decisão recorrida, como *ratio decidendi*, da norma tida por inconstitucional pelo recorrente, na concreta interpretação correspondente à dimensão normativa delimitada no requerimento de recurso, que tenha constituído o critério jurídico da decisão, pois “[...] só assim um eventual juízo de inconstitucionalidade poderá determinar uma reformulação dessa decisão” (Acórdão n.º 372/15).

Tem competência para conhecer da constitucionalidade das normas ou interpretações normativas aplicadas pelos tribunais comuns, em sede de recurso de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional, reunido em secção, sendo o Tribunal composto, para este efeito, de três secções não especializadas (artigos 40.º e 41.º da LTC), sem prejuízo da convocação para o Plenário em caso de divergência jurisprudencial.

2. O Tribunal Constitucional é o órgão ou tribunal ao qual «compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional», conforme estabelece o artigo 221.º da CRP - competência que exerce definitivamente, tal como decorre do disposto nos artigos 210.º, n.º 1 e 212.º, n.º 1, da CRP -, pelo que só o Tribunal Constitucional pode definir, nos termos da Constituição e da Lei, o âmbito da sua própria competência, não sendo admissível que qualquer outro tribunal «censure» ou ponha em causa os julgamentos feitos pelo Tribunal Constitucional, no âmbito da sua própria e específica competência.

Mas, no âmbito dos recursos de constitucionalidade, não cabem operações de subsunção relativas à interpretação ou aplicação do direito infraconstitucional, que são da competência exclusiva das instâncias. Também não compete ao Tribunal Constitucional



substituir-se ao legislador e elaborar uma norma que deva vigorar no sistema jurídico, em substituição da norma declarada inconstitucional. Eventuais considerações feitas pelo Tribunal Constitucional no plano da interpretação do direito infraconstitucional não implicam uma obrigação do tribunal recorrido a acatá-las. Não compete ao Tribunal Constitucional definir o melhor direito aplicável no plano do direito ordinário.

3. No domínio da fiscalização concreta, em que está em causa a relação entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns, o Tribunal Constitucional português atua, em face dos tribunais comuns, como última instância de recurso relativamente a questões de constitucionalidade de normas e de legalidade de leis. Contudo, como vimos, as decisões do Tribunal Constitucional só produzem efeitos em relação ao caso concreto submetido a julgamento num determinado processo. Uma decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional só produz efeitos desaplicativos no caso concreto, estando privada de força obrigatória geral. Em consequência, uma decisão do Tribunal Constitucional proferida num processo de fiscalização concreta só produz efeitos penais, civis ou disciplinares em relação aos funcionários, se estes forem partes no referido recurso de constitucionalidade interposto de uma decisão de um tribunal comum. Apesar deste efeito restrito, a fiscalização concreta da constitucionalidade tem constituído um meio processual efetivo de aproximação da Constituição à esfera jurídica das pessoas individuais e coletivas que a ela recorrem para a tutela dos seus direitos e interesses. Por exemplo, decisões quanto à constitucionalidade de normas do Código de Processo Penal contribuiu para que o Direito Processual Penal fosse temperado e esculpido pelas decisões do Tribunal Constitucional, para que a prática judiciária dos tribunais comuns respeitasse mais os direitos dos arguidos, bem como para o ensino nas faculdades de direito.

Bibliografia:

CARDOSO DA COSTA, «Justiça Constitucional e Jurisdição Comum (Cooperação ou Antagonismo)», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. II, Coimbra, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de, Justiça Constitucional, Tomo II, O Contencioso Constitucional Português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.





Tercera Mesa. La Justicia Constitucional y las personas en condiciones de vulnerabilidad.

- 1. ¿Qué fórmulas o mecanismos han implementado los países Iberoamericanos para facilitar el acceso a la justicia constitucional, como derecho humano esencial?**
- 2. ¿Qué retos y desafíos confrontan los tribunales constitucionales con relación al acceso a la justicia constitucional de las personas en condición de vulnerabilidad?**
- 3. ¿Qué medidas se han adoptado para garantizar el Acceso a la Justicia Constitucional frente al exceso de litigiosidad?**

Mariana Gomes Machado

Juíza assessora do Tribunal Constitucional

1. O sistema português adotou um modelo difuso de controlo de constitucionalidade. Onde, na fiscalização concreta da constitucionalidade, os Tribunais, desde a primeira instância até ao Supremo Tribunal de Justiça, têm competência para, na resolução de um litígio que lhes seja submetido, recusar a aplicação de normas infraconstitucionais com fundamento na sua desconformidade com a Constituição. Nos processos em que ocorra recusa de aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, o processo fica imediatamente suspenso e compete ao Ministério Público a interposição obrigatória de recurso para o Tribunal Constitucional, a quem caberá a palavra final. Nas demais situações, em que as partes invoquem ter sido aplicada norma desconforme com a Constituição, apenas a final, isto é, esgotados os demais meios ordinários de impugnação da decisão, há lugar à interposição de recurso para o Tribunal Constitucional.

O acesso ao Tribunal Constitucional não está condicionado pelo valor da causa, nem tem alçada, sendo, no entanto obrigatória, nos casos de recurso de constitucionalidade, a representação processual da parte por meio de advogado (artigo 83.º, n.º 1, da LTC). Em regra, os recursos para o Tribunal Constitucional são isentos de custas, exceto nos casos de decaimento, de rejeição de conhecimento do recurso por falta dos pressupostos legais para o efeito e no caso das reclamações julgadas indeferidas.

Nos recursos para o Tribunal Constitucional, podem as partes litigar com benefício de apoio judiciário, nos termos da lei (artigo 85.º da LTC). Ou seja, não existe um regime



específico de apoio judiciário para o Tribunal Constitucional. É aplicável o regime geral, que vigora para os outros tribunais. No que respeita às pessoas com dificuldades económicas, o sistema português tem um regime unitário de acesso à Justiça que prevê a possibilidade de nomeação de patrono e/ou a concessão de dispensa do pagamento de taxas de justiça, podendo o apoio judiciário abranger as seguintes modalidades: dispensa de taxa de justiça e demais encargos com o processo; nomeação e pagamento da compensação de patrono; pagamento da compensação de defensor officioso; pagamento faseado das taxas de justiça e demais encargos com o processo; nomeação e pagamento faseado da compensação de patrono; pagamento faseado da compensação de defensor officioso; atribuição de agente de execução. A proteção económica, numa das aludidas modalidades, é atribuída a pessoas singulares, que sejam cidadãos nacionais e da União Europeia, e que demonstrem não dispor de meios económicos bastantes para suportar os honorários dos profissionais forenses e para custear, total ou parcialmente, os encargos normais de uma causa judicial. A lei usa o conceito de «insuficiência económica» e dispõe que se encontra nesta situação aquele que, tendo em conta fatores de natureza económica (rendimento, património e despesa permanente do agregado familiar) e a respetiva capacidade contributiva, não tem condições objetivas para suportar pontualmente os custos de um processo.

A lei do apoio judiciário dispõe que pessoas coletivas com fins lucrativos e os estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada não têm direito a proteção jurídica e que as pessoas coletivas sem fins lucrativos têm apenas direito à proteção jurídica na modalidade de apoio judiciário. Após uma primeira fase, em que o Tribunal Constitucional decidiu pela constitucionalidade da norma que excluía as pessoas coletivas com fim lucrativo do direito à proteção jurídica, por não estar em causa a dignidade humana e porque o erário público não devia ser gasto com empresas que não fossem economicamente viáveis, tem sido entendimento do Tribunal Constitucional que este direito fundamental não é incompatível com a natureza das pessoas coletivas com fins lucrativos, embora tal compatibilidade não signifique que a concessão do apoio judiciário possa ser aplicável nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que se aplica às pessoas singulares. Neste sentido, o Tribunal Constitucional tem proferido juízos de inconstitucionalidade, no domínio da fiscalização concreta, sobre a norma que recusa proteção jurídica a pessoas coletivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas, por violação do direito de acesso à justiça (Acórdão n.º 591/2016), estando pendente o processo de fiscalização abstrata



sucessiva, a pedido do MP, por ter sido a norma julgada inconstitucional em três casos (artigo 82.º da LTC).

2. Na prática, em Portugal, a concessão de apoio judiciário é insuficiente para fazer face às necessidades reais das pessoas vulneráveis economicamente. Esta situação é particularmente grave porque os recursos para o Tribunal Constitucional exigem uma preparação técnica elevada aos mandatários, introduzindo este factor uma desigualdade no acesso à justiça constitucional: as pessoas desfavorecidas economicamente têm menos acesso à justiça constitucional e veem os seus recursos, com mais probabilidade, ser rejeitados por falta de pressupostos, enquanto os mais poderosos economicamente, com meios para contratar advogados com mais experiência e perícia técnica, têm o acesso à Justiça Constitucional mais garantido. Não existe, em Portugal, um apoio judiciário específico para promover o acesso das pessoas mais desfavorecidas economicamente ao Tribunal Constitucional, no domínio da fiscalização concreta da constitucionalidade.

3. Nas jurisdições em que o legislador descortina a existência de pendência processual excessiva tem-se assistido a um fenómeno de desjudicialização dos litígios, ou seja, o legislador transfere a competência para sua resolução para os denominados meios de resolução alternativa de litígios. Assim sucede, por exemplo, em matéria tributária, com intervenção dos CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa. Nestes casos, porém, encontra-se, igualmente, prevista a possibilidade legal de recurso para o Tribunal Constitucional, em regime de fiscalização concreta da constitucionalidade.



Cuarta Mesa. Jurisdicción Constitucional: tutela judicial de los Derechos Sociales, Económicos, Ambientales, y Culturales.

- 1. ¿Cómo se ha desarrollado la justicia constitucional con respecto a los derechos sociales, económicos, ambientales y culturales, a rango constitucional, a partir de la conferencia de Sevilla?**
- 2. ¿Cómo se han desarrollado los derechos fundamentales individuales y derechos políticos desde la justicia constitucional, a partir de la conferencia de Sevilla?**
- 3. Avances y retos obtenidos para fortalecer los estados democráticos, desde la justicia constitucional, a partir de la conferencia de Sevilla.**

António Manuel Abrantes

Assessor do Tribunal Constitucional

1. A Constituição da República Portuguesa consagra na sua Parte I um catálogo particularmente extenso e compreensivo de direitos fundamentais, o qual se encontra dividido em duas grandes categorias: direitos, liberdades e garantias, previstos nos artigos 24.º a 57.º e integrados no Título II desta Parte; e direitos económicos, sociais e culturais, previstos nos artigos 58.º a 79.º e integrados no Título III desta Parte. Por seu turno, o Título III encontra-se dividido em três capítulos: o Capítulo I trata dos direitos e deveres económicos, o Capítulo II ocupa-se dos direitos e deveres sociais e o Capítulo III versa sobre os direitos e deveres culturais. O direito fundamental ao ambiente não se encontra consagrado num Capítulo autónomo, encontrando-se antes previsto como direito fundamental social no artigo 66.º da Constituição.

Desde 2005, data da conferência de Sevilha, que o Tribunal Constitucional tem vindo a proferir importantes decisões sobre os direitos fundamentais económicos e sociais. Esta circunstância foi particularmente visível num período compreendido entre 2011 e 2014, marcado por uma intensa atividade jurisprudencial na apreciação da constitucionalidade de diversas medidas de austeridade impostas por exigências de contenção orçamental durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (decisões vulgarmente



conhecidas como os «*acórdãos da crise*»). Em contrapartida, os direitos culturais e ambientais não têm vindo a assumir o mesmo nível de protagonismo no plano da jurisprudência constitucional, pelo que iremos centrar a nossa atenção nas decisões relativas aos direitos económicos e sociais.

A este respeito, um primeiro aspeto que nos parece fundamental salientar reside na importância central que os princípios constitucionais têm vindo a desempenhar nos casos em que o Tribunal é chamado a apreciar a possível violação de direitos fundamentais económicos ou sociais. Com efeito, na generalidade das decisões proferidas no período temporal acima descrito, o Tribunal Constitucional tendeu a centrar mais intensamente o seu juízo de constitucionalidade na apreciação dos princípios constitucionais afetados por estas medidas de austeridade (com especial destaque para o princípio da igualdade, o princípio da proibição do excesso e o princípio da proteção da confiança) do que propriamente nos direitos económicos e sociais concretamente restringidos pelas mesmas (v.g. o direito dos trabalhadores à retribuição, previsto no artigo 59.º, n.º 1, al. a) da Constituição, ou o direito à segurança social, previsto no artigo 63.º da Constituição). Isto significa que o juízo de inconstitucionalidade (ou de conformidade constitucional) relativamente às normas que consagravam as medidas restritivas em questão foi primariamente formulado por referência aos princípios constitucionais potencialmente afetados, que serviram como parâmetro autónomo de aferição da sua compatibilidade constitucional, não tendo a ênfase sido colocada no direito fundamental económico ou no direito fundamental social concretamente atingido. Uma das razões que poderá explicar esta tendência reside no facto de os direitos económicos, sociais e culturais não beneficiarem, pelo menos por princípio, do mesmo regime garantístico que é conferido pela Constituição aos direitos, liberdades e garantias. Com efeito, a Constituição prevê um regime especialmente protetor para este último tipo de direitos fundamentais, onde se destaca a sua aplicabilidade direta, a vinculação de entidades públicas e privadas, a previsão de um regime especial para a sua restrição, a sujeição da sua regulação a reserva de lei parlamentar e a sua inscrição nos limites materiais de revisão constitucional (cf. artigos 18.º, 165.º, n.º 1, alínea b), e 288.º, alínea d), da Constituição). Em contrapartida, os direitos económicos, sociais e culturais não beneficiam, em regra, deste regime especialmente garantístico, uma vez que o mesmo é apenas aplicável aos direitos que sejam suscetíveis de ser considerados como direitos análogos aos direitos, liberdades e



garantias (cf. artigo 17.º da Constituição). Nas linhas que se seguem, iremos limitar-nos a indicar dois exemplos que nos parecem ilustrativos a este respeito.

No **Acórdão n.º 396/2011**, o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar a constitucionalidade de uma norma, inscrita na Lei do Orçamento do Estado para 2011, que tinha vindo estabelecer cortes salariais significativos na Função Pública, os quais variavam entre 3,5% a 10% para salários superiores a 1.500 euros. Na perspectiva dos requerentes, esta solução normativa seria suscetível de violar, entre outros aspetos, um alegado «*direito fundamental à não redução do salário*» dos trabalhadores da Administração Pública. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal sustentou que o texto constitucional não previa autonomamente a existência de um direito fundamental com esta natureza, podendo apenas afirmar-se a existência de um direito (mais genérico) à retribuição, consagrado no artigo 59.º, n.º 1, alínea a), como **direito fundamental de natureza económica**. Com este ponto de partida, o Tribunal defendeu que não decorria diretamente deste direito um qualquer direito fundamental à irredutibilidade do salário, que vedasse ao legislador a possibilidade de ajustar o seu montante em função de circunstâncias económico-financeiras específicas que assim o justificassem. Como se pode ler numa passagem do Acórdão: «(...) *uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito. Inexistindo qualquer regra, com valor constitucional, de directa proibição da diminuição das remunerações e não sendo essa garantia inferível do direito fundamental à retribuição, é de concluir que só por parâmetros valorativos decorrentes de princípios constitucionais, em particular os da confiança e da igualdade, pode ser apreciada a conformidade constitucional das soluções normativas em causa*». Por conseguinte, o Tribunal passou a aferir a compatibilidade constitucional das soluções previstas nas normas fiscalizadas por referência direta e exclusiva ao princípio da igualdade e ao princípio da proteção da confiança, tendo concluído que os mesmos não tinham sido violados neste caso concreto.

O sentido da decisão foi diferente no **Acórdão n.º 862/2013**, onde o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar a constitucionalidade de uma norma que previa uma redução até 10% do valor líquido das pensões acima de 600 euros pagas pela Caixa Geral de



Aposentações. O Tribunal começou por sustentar que a diminuição do valor das pensões preconizada pela norma em questão era suscetível de colocar em causa o direito à segurança social, o qual se encontra consagrado no artigo 63.º da Constituição como um **direito fundamental de cariz social**, tendo salientado o seguinte a respeito da norma fiscalizada: *«O seu conteúdo é matéria que indiscutivelmente se insere no direito da segurança social: diminui-se o valor das pensões de aposentação, reforma, invalidez e sobrevivência, eventualidades que o n.º 3 do artigo 63.º da CRP integra na segurança social. A intervenção restritiva do “quantum” da pensão afeta assim direitos de caráter social que fazem parte do conjunto de institutos jurídicos que formam a segurança social, e por conseguinte, é a partir desse domínio que a qualificação das normas deve ser realizada»*. Partindo desta posição de base, o Tribunal reconheceu que o legislador não estaria, à partida, proibido de alterar a forma como materializa o direito à pensão, podendo o mesmo alterar ou até reduzir o seu montante tendo em consideração a evolução das circunstâncias económicas ou sociais; porém, como o Tribunal acrescentou logo de seguida, essa modelação não poderia ser feita de forma inteiramente discricionária, na medida em que o legislador estaria sempre vinculado pelo conteúdo das normas e dos princípios constitucionais. Como se pode ler a este respeito no Acórdão: *«(...) o legislador, na conformação que faz, em cada momento histórico, do direito à pensão está juridicamente vinculado pelas normas e princípios constitucionais. Assim, apesar de um inequívoco reconhecimento de que o legislador possui liberdade para alterar as condições e requisitos de fruição e cálculo das pensões, mesmo em sentido mais exigente, ele tem de respeitar vários limites constitucionalmente impostos, nomeadamente os que derivam do princípio do Estado de Direito. Deste modo, as alterações que o legislador pretenda levar a cabo têm de se fundar em motivos justificados – designadamente a sustentabilidade financeira do sistema –, não podem afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e da proteção da confiança»*. Ora, aqui chegado, o Tribunal concluiu que a diminuição do valor das pensões prevista na norma fiscalizada era suscetível de colocar em causa o princípio da proteção da confiança. Apesar de o princípio da proteção da confiança não encontrar uma consagração expressa na Constituição, desde o início da sua atividade jurisprudencial que o Tribunal Constitucional tem vindo consistentemente a reconhecer a existência e a dignidade constitucional deste princípio, enquanto dimensão implícita do princípio do Estado de direito, consagrado no artigo 2.º da Lei Fundamental. Em traços gerais, este princípio pressupõe que, no seu relacionamento com os cidadãos, e inclusivamente na sua atividade normativa, o Estado deve atuar de forma a não desrespeitar, de modo intolerável ou arbitrário, os mínimos de certeza e de segurança de que as pessoas necessitam para



organizarem e levarem a cabo os seus planos de vida. A proteção da confiança consiste, assim, no lado subjetivo da garantia mais geral da segurança jurídica, apontando para a tutela das expectativas legítimas quanto à permanência de um certo quadro ou curso legislativo.

Efetivamente, no citado **Acórdão n.º 862/2013**, após dar como verificada a existência de uma situação de confiança legítima, imputável ao Estado, e de investimento na confiança por parte dos pensionistas, o Tribunal sustentou que o facto de as medidas serem avulsas e sacrificarem exclusivamente os direitos dos pensionistas da Caixa Geral de Aposentações lhes retirava peso para o efeito da prossecução do interesse público da sustentabilidade, do equilíbrio intergeracional e da convergência dos regimes de proteção social. Por conseguinte, o Tribunal decidiu declarar a inconstitucionalidade da norma fiscalizada, por afetar desproporcionadamente o princípio constitucional da proteção da confiança.

Não obstante a tendência jurisprudencial acima exposta, é também possível apontar exemplos de decisões em que o Tribunal Constitucional assumiu um papel preponderante na afirmação e na densificação de direitos fundamentais de natureza económica ou social. Um exemplo paradigmático a este respeito consiste no **direito fundamental a um mínimo para uma existência condigna**. Este direito fundamental de cariz social, que tem vindo a ser desvelado pelo Tribunal a partir do princípio da dignidade humana, assume uma relevância preponderante na jurisprudência do Tribunal em diversos domínios, nomeadamente nas decisões relativas aos limites à penhorabilidade de rendimentos para satisfação de direitos de crédito de terceiros e nas decisões relativas à titularidade de pensões de sobrevivência. Um bom exemplo do segundo tipo de decisões mencionado é fornecido pelo **Acórdão n.º 296/2015**, onde o Tribunal considerou inconstitucional uma norma legal que impunha aos cidadãos estrangeiros um período de três anos de residência legal em Portugal para que pudessem ver reconhecido o direito ao Rendimento Social de Inserção (RSI). Partindo do entendimento de que *«(...) o RSI é uma prestação que efetiva a garantia de existência condigna, sendo esta uma imposição direta do respeito pela dignidade humana»*, o Tribunal sustentou que o direito a uma prestação que salvguarde um mínimo de existência condigna poderia ser qualificado como um direito fundamental autónomo, construído a partir da conjugação do princípio do respeito da dignidade humana com o direito à segurança social. Aqui chegado, o Tribunal afirmou que o princípio da equiparação entre cidadãos portugueses e estrangeiros no acesso a este direito só poderia ser afastado caso se verificasse um motivo



forte que justificasse este tratamento diferenciado, devendo a restrição imposta aos estrangeiros limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, requisitos esses que, no seu entender, não se encontravam verificados no caso concreto. Como concluiu o Tribunal a este respeito: «*Em suma, tudo ponderado, conclui-se que a imposição de um prazo de 3 anos - que se traduz na negação da concessão de meios de sobrevivência a um cidadão estrangeiro em situação de risco social, antes de decorrido esse período - é excessiva, colidindo, de modo intolerável, com o direito a uma prestação que assegure os meios básicos de sobrevivência. Com uma tal duração, o prazo definido constitui um sacrifício desproporcionado ou demasiado oneroso, em face da vantagem associada aos fins de interesse público que se visa atingir com a sua fixação.*».

Da análise da larga diversidade da jurisprudência constitucional relativa aos direitos económicos e sociais, parece-nos possível concluir que o Tribunal Constitucional tem consistentemente vindo a revelar não ser defensor de uma postura de ativismo judiciário por parte da jurisdição constitucional. Com efeito, o mesmo tem revelado uma particular preocupação com as fronteiras de separação de poderes entre o legislativo e o judiciário, admitindo uma particular margem de manobra ao legislador ordinário na densificação dos direitos económicos e sociais. Para além disso, o Tribunal tem vindo a reconhecer uma possibilidade de retrocesso ao nível destes direitos, desde que esse retrocesso não ofenda os limites do conteúdo mínimo do direito em questão e não coloque em causa certos princípios constitucionais com possível incidência no domínio desses direitos, particularmente o princípio da proporcionalidade, o princípio da proteção da confiança e o princípio da igualdade.

2. Como foi exposto na resposta à questão anterior, a Constituição da República Portuguesa consagra no Título II da sua Parte I um catálogo particularmente compreensivo de direitos, liberdades e garantias, os quais se encontram enunciados nos artigos 24.º a 57.º do texto constitucional. Este Título encontra-se dividido em três Capítulos distintos: o Capítulo I trata dos direitos, liberdades e garantias pessoais, o Capítulo II ocupa-se dos direitos, liberdades e garantias de participação política e o Capítulo III versa sobre os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. Desde 2005, data da conferência de Sevilha, que o Tribunal Constitucional tem vindo a proferir importantes decisões sobre estas três categorias de direitos fundamentais.



No que concerne aos direitos, liberdades e garantias pessoais, podemos apontar como exemplos paradigmáticos o **Acórdão n.º 101/2009** (no qual o Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade constitucional de um número considerável de soluções previstas na Lei da Procriação Medicamente Assistida (PMA), onde se incluíam a admissibilidade da utilização das técnicas de PMA em caso de risco de transmissão de doenças de origem não genética ou infecciosa, a inexistência de um limite etário para os beneficiários, a possibilidade de recurso a técnicas de PMA para tratamento de doença de terceiro, a utilização de embriões em investigação científica, a admissibilidade da procriação heteróloga, a regra do anonimato dos dadores, o regime de filiação na reprodução heteróloga, a inexistência de limites à criação de embriões, o diagnóstico genético pré-implantatório, a não-punição da clonagem reprodutiva e admissibilidade da técnica de transferência de núcleo e, por fim, a não punição da maternidade de substituição a título gratuito), o **Acórdão n.º 121/2010** (onde o Tribunal confirmou a compatibilidade constitucional da solução legal que passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo) e o **Acórdão n.º 403/2015** (no qual o Tribunal afirmou que a solução normativa que previa a possibilidade de acesso, por parte dos Serviços de Informações de Segurança, aos dados de tráfego das comunicações privadas era inconstitucional, por violação do direito fundamental à inviolabilidade das comunicações).

No que concerne aos direitos, liberdades e garantias de participação política, podemos apontar como exemplos ilustrativos o **Acórdão n.º 287/2012** (onde o Tribunal considerou, seguindo a linha jurisprudencial já afirmada em decisões anteriores, que a solução legal que consagrava a perda de mandato para os titulares de cargos públicos condenados pela prática de crime de responsabilidade não violava o princípio da proibição dos efeitos automáticos das penas) e o **Acórdão n.º 480/2013** (no qual o Tribunal resolveu, no âmbito de um processo eleitoral, dúvidas interpretativas relativamente ao limite da duração dos mandatos dos presidentes dos órgãos executivos das autarquias locais, tendo afirmado que a limitação de três mandatos prevista na lei era apenas aplicável ao exercício de funções na mesma autarquia, uma vez que esta era a interpretação que se revelava mais favorável ao exercício do direito fundamental de acesso a um cargo público eletivo, do direito fundamental de participação na vida pública e do direito fundamental ao sufrágio numa dimensão passiva).



Por fim, no que respeita aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, podemos apontar como exemplos paradigmáticos o **Acórdão n.º 632/2008** (onde o Tribunal afirmou a inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade, de uma solução normativa que preconizava o alargamento do período experimental do contrato de trabalho por tempo indeterminado), o **Acórdão n.º 474/2013** (onde o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de um conjunto de normas que previam a generalização dos despedimentos na Função Pública, por violação do princípio da proteção da confiança e da garantia da segurança no emprego) e o **Acórdão n.º 602/2013** (no qual o Tribunal foi chamado a apreciar a constitucionalidade de uma revisão profunda operada ao Código do Trabalho, tendo afirmado a inconstitucionalidade das normas que procediam à flexibilização dos requisitos para o despedimento por extinção do posto de trabalho, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa).

3. O Estado de Direito Democrático encontra-se perfeitamente consolidado e estabilizado em Portugal. Com efeito, a Constituição da República Portuguesa atualmente em vigor data de 1976 e conta com quase 42 anos de existência. Por seu turno, o Tribunal Constitucional foi criado em 1983 e irá cumprir este ano o seu 35.º aniversário. Nessa medida, o princípio do Estado de Direito Democrático, o qual assume a natureza de princípio constitucional estruturante à luz da Constituição em vigor (cfr. artigo 2.º), é hoje um princípio completamente enraizado e amadurecido na ordem jurídico-constitucional portuguesa.

Na nossa perspetiva, não têm existido recuos no fortalecimento do Estado de Direito Democrático por parte da jurisprudência constitucional. Pelo contrário, o papel do Tribunal tem sido essencial na promoção e na proteção deste modelo estadual, tendo o mesmo vindo a ser essencialmente desempenhado através do mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das normas existentes no sistema jurídico. Desta forma, o Tribunal tem contribuído de forma significativa para garantir o respeito pelas normas e pelos princípios consagrados na Constituição e para defender e salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.



Quinta Mesa. Los Medios de Comunicación, Internet y Redes Sociales, orientados al Derecho Constitucional.

1. ¿Deberían incluir los países Iberoamericanos; dentro de los derechos sociales consagrados en la Constitución, el acceso a internet y a las redes sociales?

2. ¿Cuentan los países Iberoamericanos con una legislación adecuada que proteja la intimidad y la dignidad humana, con relación al uso del internet, las redes sociales y el derecho al olvido?

3. ¿Qué relevancia tiene para la justicia constitucional el principio de neutralidad de las redes sociales y qué relación guarda con los derechos fundamentales en Iberoamérica?

Maria Clara Sottomayor

Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional

Maria Gomes Machado

Juíza Assessora do Tribunal Constitucional

1.A garantia de livre acesso às redes informáticas de uso público está consagrada no n.º 6 do artigo 35.º da CRP. Esta norma, sob a epígrafe (utilização da informática), está inserida no título alusivo aos direitos, liberdades e garantias e tem sofrido grandes alterações, por força da natureza mutável da matéria a regular e pela necessidade de adaptar o conteúdo da regulamentação às normas e diretivas comunitárias que foram entrando em vigor neste domínio, sobretudo, a Diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares face ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Foi a revisão constitucional de 1997 que reconheceu, no n.º 6 do artigo 35.º da CRP, o direito de acesso à internet.

Como é sabido, a “Resolução L.20” do Conselho de Direitos Humanos da ONU estabeleceu, em 2016, que os países devem manter e garantir na esfera *online* os mesmos direitos que os cidadãos possuem no mundo *offline*, com particular destaque para a liberdade de expressão, que não deve sofrer compressão em função do território em que ocorra o acesso à internet nem dos meios de divulgação utilizados. Além disso, esta resolução exortou



os países a criarem políticas públicas destinadas a assegurar o acesso universal às redes sociais enquanto direito fundamental (consultável aqui http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/32/L.20).

A natureza de direito, liberdade e garantia do acesso à internet não exclui que o acesso à internet possa revestir-se também da natureza de direito social. Desde logo sempre se verificou na Constituição portuguesa que a dicotomia direitos, liberdades e garantias *versus* direitos sociais não era rigorosa, e, que, afinal, «no título III ("direitos económicos, sociais e culturais"), bem como noutras partes da Constituição, havia direitos que eram, verdadeiramente, direitos de liberdade, mas que também no título II ("direitos, liberdade e garantias") estavam implicitamente contidos direitos que, verdadeiramente, não o eram, já que, quando analiticamente decompostos, apresentavam a natureza e a estrutura típicas dos direitos sociais» (cf. Reis Novais, «Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa», disponível para consulta in www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc). Ora, apesar de estarmos perante um direito fundamental que não está expressamente consagrado no Título III – Direitos e deveres económicos e sociais – deve entender-se que este direito fundamental tem uma dupla natureza: negativa, enquanto direito-liberdade e positiva, enquanto direito a uma prestação fáctica do Estado. O artigo 35.º, n.º 6, da CRP, afirmando que «A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público» permite uma leitura expansiva, segundo a qual o direito de acesso à internet deve também ser considerado um direito social, pois, exigindo o acesso à internet conhecimentos e recursos económicos aos utilizadores, o Estado deve estar vinculado a tornar o acesso a estes serviços tendencialmente gratuito para todos os cidadãos ou a estabelecer políticas públicas que minorem ou eliminem a exclusão digital que marginaliza a população mais pobre. Na verdade, participar nas redes sociais e aceder à internet integra, hoje, a identidade da pessoa e a sua inserção na sociedade e na vida comunitária e de relação. A internet tornou-se também uma ferramenta importante para a formação pessoal, intelectual e profissional de todos os cidadãos, bem como uma forma de aceder a determinados serviços. O Estado tem, assim, o dever positivo de adjudicar recursos económicos à realização do objetivo da generalização do uso da internet. O direito de acesso à internet constitui um direito-liberdade, enquanto de garantia da inviolabilidade de um espaço de autodeterminação individual, que goza de aplicabilidade direta e imediata e vincula entidades públicas e privadas, e um direito social, na medida em que exige ao Estado deveres



de prestação das condições materiais de acesso a bens sociais, sendo assim um direito sob reserva do possível.

2. A internet é um importante instrumento democrático, por ser um meio de comunicação onde se produz informação em escala maciça. No entanto, é também uma fonte de poderes e está ligada à devassa da privacidade e da intimidade, bem como à utilização abusiva de dados pessoais. Nessas transmissões de conteúdos informativos em linha, a liberdade de expressão nem sempre se apresenta dentro dos seus limites, sendo comum a sua colisão com direitos da personalidade.

Diferentemente da maior parte dos textos constitucionais dos países da UE, Portugal optou por consagrar expressamente na Constituição um direito fundamental autónomo – o direito à proteção dos dados pessoais ou à autodeterminação informativa – em vez de optar por um modelo que integra a proteção dos dados pessoais na tutela que é concedida à intimidade da vida privada ou ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana. Em Espanha, o fundamento material do direito à proteção dos dados pessoais é o artigo 18.º da Constituição, que consagra, nos três primeiros números, o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à imagem, a inviolabilidade do domicílio e o direito ao segredo das comunicações. O artigo 18.º, n.º 4, impõe um mandato ao legislador no sentido de regular o uso da informática com autonomia em relação aos direitos previstos nos números anteriores. O Tribunal Constitucional espanhol tem afirmado que o direito fundamental à proteção dos dados pessoais não resulta expressamente do texto constitucional, mas decorre do n.º 4 do artigo 18.º e tem um conteúdo distinto do direito à intimidade pessoal.

No ordenamento jurídico português a tutela da vida privada tem garantia de proteção constitucional e infraconstitucional, esta última proveniente, em larga medida, das fontes de direito da União Europeia. No que respeita à Lei Fundamental podem descortinar-se diversas garantias de proteção: o artigo 26.º, sob a epígrafe *Outros direitos pessoais* reconhece expressamente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar; em matéria de garantias do processo criminal consagrou-se também que são nulas as provas obtidas mediante intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.



Em particular sobre o uso da internet e redes sociais existe proteção constitucional, dado que o artigo 35.º consagra: o direito de acesso aos dados informáticos, o direito à sua retificação e atualização, bem como o direito a conhecer a finalidade a que se destinam; por outro lado, interdita-se o uso da informática para tratamento de dados referentes à vida privada, exceto mediante consentimento expresso do titular; é ainda constitucionalmente proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em circunstâncias excecionais previstas na lei.

A Constituição garante, assim, no artigo 35.º, n.º 1, a tutela dos cidadãos relativamente à utilização da informática, através de uma imposição legiferante ao Estado, que o vincula a tomar medidas legislativas para a realização plena da autodeterminação da pessoa em face do uso da informática, consagrando o direito de acesso e de retificação ou de cancelamento de dados pessoais, o direito ao sigilo sobre eles, o direito de não tratamento de certos dados, cabendo a cada pessoa decidir quem, quando e em que condições, poderá usar, ou tornar pública, informação que lhe diz respeito, independentemente dos factos em causa respeitarem ao núcleo mais estrito da vida privada ou de serem inócuos sob esse ponto de vista ou até bem valorados pela opinião pública.

No plano infraconstitucional, o ordenamento jurídico português transpôs ainda a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, dando origem à Lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

Em 25 de maio de 2018, entrará em vigor o denominado regulamento geral da proteção de dados, substituindo a atual diretiva e lei em vigor, o qual visa reforçar a segurança dos cidadãos no que respeita à forma como os dados são tratados e ainda introduzir exigências de maior rigor para as empresas na manipulação e tratamento desses dados.

O acesso indevido, a violação ou destruição de dados pessoais e bem assim a inserção de dados pessoais falsos constituem ilícitos penais no ordenamento jurídico português, punidos com pena de multa ou prisão.

Presentemente, encontra-se em discussão no Parlamento um projeto legislativo destinado à criminalização do denominado “*netshaming*”, embora associado ao crime de violência doméstica, tal como sucede no Brasil com a Lei Maria da Penha. Mas, por todo o mundo, se tem feito sentir a necessidade de criminalizar a chamada “*porn revenge*” ou a utilização de imagens íntimas de outrem sem o seu consentimento, que vitimiza geralmente



mulheres, constituindo uma forma de misoginia e de violência de género, que ultrapassa os limites da violência doméstica.

No que diz respeito ao direito ao esquecimento no mundo virtual, a Constituição da República Portuguesa não o prevê expressamente, mas pode deduzir-se este direito fundamental da norma constitucional que consagra o direito à identidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), bem como da norma que consagra o direito à proteção dos dados pessoais (artigo 35.º, n.º 4, da CRP). O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já reconheceu o direito ao esquecimento no Acórdão de 13 de maio de 2014, enquanto direito de um sujeito a que a informação sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, independentemente de a inclusão da informação em questão na lista de resultados causar, ou não, prejuízo à pessoa em causa. Entendeu o TJUE que «(...) os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à referida informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão».



3. A neutralidade da rede ou internet neutra é o princípio que garante que as operadoras de telecomunicações que disponibilizam o serviço de acesso à Internet não possam discriminar o acesso a conteúdos, devendo tratar todo o tráfego *online* como igual, sem discriminações, restrições ou interferências, independentemente do seu emissor ou recetor, conteúdo, aplicação, serviço ou equipamento terminal. Os prestadores de serviços de acesso à Internet não podem tornar uma ligação web mais lenta ou bloqueá-la em função do tipo de conteúdo, aplicação ou serviço que o cliente está a usar ou a gerar. É o princípio da Internet aberta. A nova legislação europeia quer defender consumidores e empresas, sobretudo as que não têm peso para se impor (como as PME).

Em Portugal, a matéria é regulada pelo Regulamento (EU) do Parlamento Europeu e do Conselho 2015/2120, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n.º 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União. Tal regulamento tem como desiderato assumido estabelecer regras comuns para garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet e os direitos dos utilizadores finais relacionados com essa prestação, visando, simultaneamente, garantir o funcionamento contínuo do ecossistema da Internet como motor de inovação.

O aludido regulamento estabelece o princípio da neutralidade, entendido como a não imposição da utilização de um tipo específico de tecnologia ou do estabelecimento de qualquer discriminação que a favoreça.

No que respeita à compressão destes direitos, o ponto 13 do aludido regulamento assinala que os prestadores de serviços de acesso à Internet podem estar sujeitos a atos legislativos da União ou a legislação nacional, ou a decisões judiciais (referentes, por exemplo, à legalidade dos conteúdos, aplicações ou serviços, ou à segurança pública), incluindo o direito penal, que imponham, por exemplo, o bloqueio de conteúdos, de aplicações ou de serviços específicos. Contudo, só podem ser aplicadas medidas que restrinjam os direitos ou as liberdades fundamentais se forem adequadas, proporcionadas e necessárias no contexto de uma sociedade democrática. É o caso do bloqueio ou supressão das páginas de internet destinadas à divulgação de pornografia infantil, a que os Estados membros estão vinculados, por força da Diretiva 93/2011/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu.



Bibliografia:

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, «Anotação ao artigo 35.º da CRP», in *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Jorge Miranda/Rui Medeiros, 2.ª edição, 2010, pp. 779- 801.

NOVAIS, J. Reis «Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa», disponível para consulta in www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jrn_ma_8782.doc.