



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conferência Trilateral - Itália, Espanha e Portugal



16ª Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal

A TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A posição do Tribunal Constitucional Português

RELATÓRIO
Português

Elaborado pela Juíza Conselheira Ana Guerra Martins e pelo
Assessor do Gabinete dos Juízes, Miguel Prata Roque

Santiago de Compostela, 16 a 18 de outubro de 2014



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A posição do Tribunal Constitucional Português

Relatório

Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português

(16-18 de outubro de 2014 – Santiago de Compostela)

Ana Maria Guerra Martins

(Juíza do Tribunal Constitucional Português
Professora Associada com Agregação
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Miguel Prata Roque

(Assessor do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional
Professor Auxiliar
da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLANO DO RELATÓRIO

I

Enquadramento do problema

1. Considerações introdutórias
2. A tutela dos direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo multinível

II

Os diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais em Portugal

3. O Direito Constitucional Português
 - 3.1. O amplo catálogo de direitos fundamentais
 - 3.2. A tutela dos direitos fundamentais pelos tribunais nacionais, em especial, pelo Tribunal Constitucional
 - 3.3. A abertura da Constituição Portuguesa aos outros níveis de proteção dos direitos fundamentais – o Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos
4. O Direito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem
 - 4.1. O caráter restritivo do catálogo de direitos
 - 4.2. A tutela judicial dos direitos consagrados na CEDH
 - 4.3. A abertura do sistema da CEDH às Constituições nacionais e ao Direito da União Europeia
5. O Direito da União Europeia
 - 5.1. A ausência inicial de um catálogo de direitos nos Tratados institutivos
 - 5.2. O reforço da proteção dos direitos fundamentais no Tratado de Lisboa
 - 5.3. A amplitude do catálogo de direitos na CDFUE e as suas limitações
 - 5.4. A tutela dos direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça da União Europeia
 - 5.5. A abertura do sistema de direitos da UE às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros nacionais e ao Direito da CEDH
6. Algumas conclusões intercalares



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

III

As vantagens e os riscos da tutela multinível dos direitos fundamentais

7. As vantagens da tutela multinível dos direitos fundamentais
8. Os riscos da tutela multinível dos direitos fundamentais
9. Em busca da articulação dos diferentes níveis de proteção de direitos fundamentais
 - 9.1. No âmbito substantivo
 - 9.2. No âmbito judicial

IV

A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português

- 10.A evolução da Jurisprudência Constitucional no domínio da tutela multinível dos direitos fundamentais
 - 10.1. De uma fase inicial de (quase) negação
 - 10.2. A uma fase posterior de progressiva abertura
 - 10.3. A caminho da total aceitação da tutela multinível?
 - 10.4. As razões da evolução
 - 10.4.1. Endógenas
 - 10.4.2. Exógenas
11. Síntese conclusiva



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I

Enquadramento do problema

1. Considerações introdutórias

De acordo com a tradição política humanista ocidental, o respeito dos direitos humanos – ou seja, da pessoa humana enquanto tal – constitui um dos principais impulsos e um dos núcleos duros da ordem constitucional europeia. Para a cultura política ocidental, não há Constituição nem democracia sem o respeito dos direitos da pessoa humana em si mesma, pelo que a proteção dos direitos fundamentais integra um dos elementos essenciais da identidade europeia.

Para um Estado, como Portugal, que é membro da União Europeia e do Conselho da Europa, assim como das Nações Unidas e das suas Organizações especializadas, o tema da proteção dos direitos fundamentais assume uma enorme importância e complexidade. Desde logo, porque só pode ser tratado numa perspetiva multidimensional ou multinível, quer do ponto de vista material¹, quer na ótica do Direito adjetivo².

Ainda que as declarações de direitos do séc. XVIII tenham visto o Estado como o único garante dos direitos fundamentais, cedo se percebeu que o Estado, nas várias tarefas que desempenha, é suscetível de violar esses direitos, pelo que se tornou claro que a proteção dos direitos fundamentais não podia ficar exclusivamente a cargo do Estado. Daí que, para além das fronteiras de cada um dos Estados, tenham surgido, após a Segunda Guerra Mundial, espaços geograficamente mais amplos – o espaço internacional

¹ Coexistem no mesmo espaço geográfico vários catálogos de direitos fundamentais.

² Podem ser convocados vários tribunais para garantir esses direitos.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

universal, os diversos espaços internacionais regionais³ e o espaço da União Europeia – que assumem, entre outros objetivos, a proteção de direitos fundamentais. Estes vários espaços coexistem entre si, influenciam-se mutuamente e vão acabar por contribuir para o reforço dos direitos fundamentais das pessoas.

Neste relatório, vamos debruçar-nos, essencialmente, sobre os três níveis de proteção de direitos fundamentais em que Portugal está mais fortemente envolvido e que apresentam uma maior efetividade, na medida em que neles se verifica tutela jurisdicional; a saber, o sistema constitucional nacional, o sistema internacional europeu – com especial destaque para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) – e o sistema da União Europeia.

Antes, contudo, importa enquadrar dogmaticamente a temática da tutela multinível dos direitos fundamentais no contexto mais vasto do constitucionalismo multinível⁴ ou do constitucionalismo plural⁵.

2. A tutela dos direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo multinível

Ainda que não seja este o local próprio para proceder a desenvolvimentos sobre este assunto, sempre diremos que, atualmente, existem centros de imputação do poder político que legislam para além do

³ Europeu, americano, africano e árabe.

⁴ Sobre o conceito de constitucionalismo multinível, cfr., entre muitos outros, INGOLF PERNICE, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, 2002, p. 511 e segs; INGOLF PERNICE / FRANZ C. MAYER, “De la Constitution composée de l’Europe”, *Revue Trimestrielle de Droit Européene*, 2000, p. 623 e segs; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*, Lisboa, 2000, p. 303 e segs; IDEM, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra, 2004, p. 119 e segs; IDEM, *Manual de Direito da União Europeia*, Coimbra, 2012, p. 41 e segs; FRANZ C. MAYER / MATTIAS WENDEL, “Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism – Querelle Allemande or Querelle d’Allemand?”, in MATEJ AVBELJ / JAN KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 127 e segs.

⁵ Sobre a criação e difusão da ideia de constitucionalismo plural, cfr. MATEJ AVBELJ / JAN KOMÁREK, “Introduction”, in MATEJ AVBELJ / JAN KOMÁREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012, p. 2 a 9 e ainda MIGUEL POIARES MADURO, *A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia*, Cascais, 2006, p. 15 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estado. Na verdade, certas ações ultrapassam, por definição, o âmbito territorial do mesmo, pelo que só a um nível supranacional ou transnacional se conseguirá atingir uma regulamentação jurídica minimamente satisfatória e eficaz⁶.

Para alguns, a tomada de consciência por parte dos Estados de que, sozinhos, são incapazes de ultrapassar os desafios da globalização conduziu à emergência de um Direito Global⁷, o qual produziu um efeito de “boomerang” (ou “cross-fertilization”⁸), em que, por um lado, os sistemas jurídicos nacionais, influenciam a formação de normas comuns mundiais e regionais, acabando,

⁶ ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 35.

⁷ Cfr. MATTHIAS HERDEGEN, “Constitutional Rights and the Diminishing State”, in *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, 1999, p. 183 a 190; MAESTRO BUELGA, “Globalización y Constitución débil”, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001, p. 139; JOSEPH STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Nova Iorque, 2003, p. 3 a 52; ANNE-MARIE SLAUGHTER, “Sovereignty and power in a networked world order”, *Stanford Journal of International Law*, 2004, p. 284; CHRISTOPH OHLER, *Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Strukturen des deutschen Internationalen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 2005, p. 11 e 12; DANIEL ESTY, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *Yale Law Journal*, 2006, p. 1493; ULRICH BECK, *Was ist Globalisierung?: Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*, Frankfurt am Main, 2007, *passim*; WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, *Constitutional Court judge's roundtable: comparative constitutionalism in practice* (Sixth World Congress of the International Association of Constitutional Law, Santiago, Chile, January 14-16, 2004), *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 5578; SABINO CASSESE, *Il Diritto Globale – Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato*, Turim, 2009, p. 5; RODRÍGUES-ARAÑA MUÑOZ, “El Derecho Administrativo Global: un Derecho principal”, *Revista de Derecho Público-Universidad de el Salvador*, 2010, p. 40; SANZ LARRUGA, *Globalización y Derecho Ambiental*, 2011, in <http://alumnosmdag.blogspot.pt/2011/04/globalizacion-y-derecho-ambiental.html>, p. 10 e 11; COLAÇO ANTUNES, *Ciência Jurídica Administrativa*, Coimbra, 2012, p. 29; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo – Uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas*, Lisboa, 2014, p. 199 a 208.

⁸ Cfr. NORMAN DORSEN/MICHEL ROSENFELD/AMDRÁS SAJÓ/SUSANNE BAER, *Comparative Constitutionalism*, St. Paul, Minn., 2003, p. *iii*; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «lus est ars boni et aequi»: il Tribunal Constitucional, la comparazione e le sfide della preservazione dello «Stato Costituzionale»”, in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, 2009, p. 442; PINTO BASTOS (JR.)/CECÍLIA LOIS, *Beyond the Borders of the National Constitution: Cross-Fertilization and Global Constitutionalism*, 2009, in http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_2833.pdf, *passim*; MIGUEL PRATA ROQUE, “O Direito Administrativo Europeu – Um motor da convergência dinâmica dos Direitos Administrativos nacionais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, 2010, p. 903 a 905; IDEM, *Direito Processual Administrativo Europeu*, Coimbra, 2011, p. 147-150; VLAD PERJU, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, *Oxford Handbook of Comparative Law* (org. M. Rosenfeld / A. Sajó), Oxford, 2012, p. 1305 a 1309; CHRISTA RAUTENBACH, “South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court”, in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (org. Tania Groppi/Marie-Claire Ponthoreau), Oxford, 2013, p. 185.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por outro lado, igualmente por integrar as regras vinculativas globais no seu sistema jurídico⁹.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, este processo de formação do Direito apresenta vantagens e desvantagens. Se, de um lado, parece conduzir à consolidação de algumas regras e princípios, que constituem parâmetros universais de vinculatividade neste domínio, com vista, antes de mais, a facilitar a liberdade de circulação que caracteriza a sociedade global contemporânea, de outro lado, o risco de as ordens jurídicas nacionais entrarem num efeito “*race-to-the-bottom*” afigura-se real¹⁰. Ou seja, os Estados podem ser tentados a reduzir o seu nível de proteção dos direitos fundamentais, com vista a aumentarem a competição com os Estados que têm níveis de proteção mais baixos e mais frágeis. Aliás, no que diz respeito aos direitos económicos, sociais e culturais assiste-se a uma tendência de redução da proteção nos Estados cujos níveis eram até aqui mais elevados e cujos processos de decisão eram mais democráticos.

Assim, o Direito Global, que começou por ser um instrumento privilegiado de exportação dos direitos fundamentais da Europa para o resto do Mundo, arrisca-se a tornar-se num meio de redução das condições de vida das populações da maior parte dos Estados democráticos.

Acresce que estes novos centros de imputação do poder político, quando adotam regras jurídicas que se aplicam não só aos Estados como

⁹ JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, in *Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis*, Baden-Baden, 1999, p. 74; HANNAH BUXBAUM, “From Empire to Globalization... and Back? A Post-Colonial View of Transjudicialism”, *International Journal of Global Legal Studies*, 2004, p. 184; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, in *The migration of constitutional ideas* (org. Sujit Choudry), Cambridge, 2007, p. 1328; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese...”, cit., p. 470 e 471; CHRISTA RAUTENBACH/LOURENS DE PLESSIS, “In the name of comparative constitutional jurisprudence: The consideration of German precedents by South African Constitutional Court judges”, *German Law Review*, 2013, p. 1539.

¹⁰ MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., p. 633 e 634, n.r. 1852.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

também potencialmente aos cidadãos de cada Estado¹¹, acabam por concorrer com o Estado no exercício do poder político.

No domínio da proteção dos direitos fundamentais, após a II Grande Guerra, assistiu-se à emergência de um Direito Global dos Direitos Humanos e de alguns Direitos Regionais. Com efeito, além da experiência universal protagonizada, sobretudo, pelas Nações Unidas e as suas Agências Especializadas, deparamo-nos com experiências regionais, em primeiro lugar, na Europa e na América e só depois em África e no mundo árabe-islâmico, obra de Organizações Internacionais específicas, como o Conselho da Europa, a Organização de Estados Americanos, a Organização de Unidade Africana, hoje União Africana, e a Liga dos Estados Árabes¹², embora nem todas tenham atingido o mesmo grau de desenvolvimento¹³.

Desta multiplicação de sistemas de proteção, que constitui parte integrante do constitucionalismo multinível, não decorre necessariamente a unificação ao nível mundial de todos os comandos vinculativos em matéria de direitos fundamentais. Pelo contrário, o imbricado conjunto de valores, princípios e regras em que se funda o constitucionalismo multinível pressupõe a manutenção das regras nacionais, as quais devem ser interpretadas e aplicadas de modo a beneficiarem das experiências dos outros sistemas jurídicos, sejam eles quais forem – global, europeu ou até estrangeiro¹⁴.

¹¹ NISHA MUKHERJEE / JONATHAN KRIECKHAUS, “Globalization and Human Being”, *International Political Science Review*, 2011, p. 150 e segs; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, cit., 858-878.

¹² Só o continente asiático ainda não se dotou de nenhum mecanismo institucional específico destinado a promover e proteger os direitos humanos. Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, 2006, p. 103 e segs.

¹³ Cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, “As garantias jurisdicionais dos direitos humanos no Direito Internacional regional – os mais recentes desenvolvimentos”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Vol. I, Coimbra, 2006, p.117 e segs; Idem, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, cit., p. 191 e segs.

¹⁴ VICKI C. JACKSON/MARK TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Nova Iorque, 1999, p. v e 144; DAVID FONTANA, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, *UCLA Law Review*, 2001, p. 557 a 562; DAVID FONTANA, “The Next Generation of Transnational/Domestic Constitutional Law Scholarship: A Reply to Professor Tushnet”, *Loyola L.A. Law Review*, 2004, p. 449 a 450; ANNA-VERENA BAUER/CHRISTOPH MIKULASCHEK, “Looking Beyond the National Constitution - The Growing Role of Contemporary International Constitutional Law. Reflections on the First Vienna Workshop on International Constitutional Law”, *German Law Journal*, 2005, p. 1110; JAN SMITS,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De um ponto de vista do Direito Constitucional nacional estrito, a aplicação direta deste direito constitucional multinível pelos tribunais nacionais depara-se com inúmeras dificuldades¹⁵, que, como veremos, tendem a atenuar-se devido a vários fatores dos quais destacamos, desde já, por um lado, o “diálogo” e a “cooperação” judiciais, os quais são suscetíveis de gerar um consenso mais alargado¹⁶ e, por outro lado, a coincidência, em muitos casos, dos parâmetros internacionais e nacionais.

Vejamos, em seguida, cada um dos níveis de proteção dos direitos fundamentais, isoladamente.

II

Os diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais em Portugal

3. O Direito Constitucional Português

3.1. O amplo catálogo de direitos fundamentais

A Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, revista, por último, em 2005¹⁷, surge na sequência de um longo período de ditadura, daí

“Comparative Law and its Influence on National Legal Systems”, *Oxford Handbook of Comparative Law*, (org. Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann), Oxford, 2006, p. 486; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, cit., p. 1329-1330; HÉLÈNE LAMBERT, “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 520; PINTO BASTOS (JR.)/CECÍLIA LOIS, *Beyond the Borders of the National Constitution...*, cit., p. 2; CHRISTOPHER WHYTOCK, “Foreign Law in Domestic Courts: Different Uses, Different Implications”, in *Globalizing Justice: Critical Perspectives on Transnational Law and Cross-Border Migration of Legal Norms* (org. Donald W. Jackson / Michael C. Tolley / Mary L. Volcansek), Nova Iorque, 2010, p. 48 a 49; DANIEL RAUCH, “Same Difference: Inter-State Legal Citation and the Supreme Court’s Use of Foreign Law”, *Journal of Politics & Society*, 2011, p. 40.

¹⁵ Cfr. ANDREA LOLLINI, “Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of South African Constitutional Court”, *Utrecht Law Review*, 2007, p. 64; CHRISTA RAUTENBACH, “South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks?...”, cit., 187.

¹⁶ VICKI C. JACKSON/MARK TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, cit., p. 144.

¹⁷ Lei Constitucional n.º 1/2005. Disponível no website <http://www.parlamento.pt>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que tenha tido uma particular preocupação com a tutela dos direitos fundamentais. Partindo do princípio de que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), toda a Parte I (artigos 12.º a 79.º) é dedicada aos direitos e deveres fundamentais, que se sobrepõem à organização do poder político e económico do Estado¹⁸.

O compromisso da CRP com os direitos fundamentais resulta, acima de tudo, do carácter muito amplo do catálogo, o qual tem vindo a ser desenvolvido e ampliado em cada uma das revisões constitucionais¹⁹, sendo que algumas alterações até foram influenciadas pela CEDH e pela Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), como é o caso do direito a um processo equitativo ou das garantias criminais.

Com efeito, a Constituição Portuguesa reconhece um amplo catálogo tanto de direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º a 57.º) como de direitos económicos, sociais e culturais (artigos 58.º a 79.º), cuja principal distinção é de regime (artigo 18.º)²⁰ e não de estrutura²¹.

Acrescente-se ainda que o catálogo de direitos fundamentais é aberto, na medida em que não se excluem quaisquer outros direitos constantes da lei ou mesmo das regras aplicáveis de Direito Internacional (artigo 16.º, n.º 1). Note-se, porém, que a extensão do catálogo de direitos constitucionalmente consagrado leva a que, na prática, esta disposição não seja aplicada frequentemente.

¹⁸ A este propósito cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra, 2012, p. 159 e segs; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I, Coimbra, 2010, p. 31 e segs; IDEM, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 545 a 574; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2007, p. 294; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, p. 377-380.

¹⁹ A Constituição Portuguesa foi, até ao presente, objeto de sete revisões constitucionais, através das Leis Constitucionais n.ºs 1/1982, 1/1989, 1/1992, 1/1997, 1/2001, 1/2004 e 1/2005. Disponíveis no *website* <http://www.parlamento.pt>.

²⁰ Sobre o regime do artigo 18.º da CRP, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 406 e segs; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 310 e segs; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição da República Anotada*, tomo I, 2.ª ed., Coimbra, 2010, p. 310 e segs; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 437 e segs.

²¹ Cfr., por todos, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, *passim*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.2. A tutela dos direitos fundamentais pelos tribunais nacionais, em especial, pelo Tribunal Constitucional

A amplitude do catálogo constitucional de direitos fundamentais de nada serviria se não se tivessem estabelecido mecanismos processuais que visassem garantir a sua proteção, designadamente, meios jurisdicionais. Por outras palavras, a efetividade dos direitos fundamentais depende, em larga medida, da consagração da possibilidade do seu controlo judicial.

Em Portugal, além de garantias não jurisdicionais dos direitos fundamentais, a Constituição consagra a possibilidade de os tribunais nacionais, quaisquer que eles sejam, procederem a um controlo difuso da constitucionalidade das normas jurídicas (artigo 204.º da CRP), não devendo aplicar normas que considerem contrárias ao disposto na Constituição e aos princípios nela consignados, aí se incluindo as normas e princípios relativos aos direitos fundamentais.

Além disso, cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [artigo 280.º, n.º 1, als. a) e b), da CRP], ou seja, a nível interno, a última palavra em matéria de controlo do respeito dos direitos fundamentais cabe ao Tribunal Constitucional.

As pessoas têm, portanto, acesso direto ao Tribunal Constitucional para defesa dos seus direitos, acesso esse que está condicionado ao preenchimento de certos pressupostos e requisitos processuais [cfr. artigos 70.º, n.º 1, als. a) e b), e 75.º-A da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Note-se que o recurso de amparo ou queixa constitucional não está consagrado na Constituição Portuguesa, tendo já sido feitas várias tentativas, em revisões constitucionais, para o introduzir, sem sucesso²².

3.3. A abertura da Constituição Portuguesa aos outros níveis de proteção dos direitos fundamentais – o Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos

Além da norma do artigo 16.º, n.º 1, já mencionada, a Constituição Portuguesa revela uma enorme abertura à proteção dos direitos fundamentais por parte de outras ordens jurídicas noutros lugares.

Antes de mais, o artigo 7.º, relativo às relações internacionais, contém implicitamente um princípio de respeito pelo Direito Internacional²³, referindo expressamente o respeito dos direitos humanos e dos direitos dos povos. Além disso, incorpora na Constituição Portuguesa outros princípios constantes da Carta das Nações Unidas²⁴.

Especificamente em relação à União Europeia, o artigo 7.º, n.º 5, consagra a cláusula constitucional de empenhamento na construção e aprofundamento da União Europeia, a qual estabelece o seguinte:

“Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da ação dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos”.

²² Para maiores desenvolvimentos sobre o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 895 e segs; PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, cit., p. 434 a 462; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. VI, 4.ª ed., Coimbra, 2013, p. 240 e segs; JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 701 e segs; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2006, *passim*, IDEM, *Justiça Constitucional*, Vol. II, Coimbra, 2005, *passim*.

²³ Cfr., J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 240.

²⁴ Neste sentido, JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., p. 152.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O n.º 6 do mesmo preceito prevê uma cláusula de atribuição de poderes à União Europeia, nos seguintes termos:

«Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça, e a definição e a execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício em comum, em cooperação ou pelas instituições da União dos poderes necessários à construção e aprofundamento da União Europeia».

Acresce que a Constituição Portuguesa regula ainda a receção e a posição hierárquica do Direito Internacional e Europeu dos Direitos Humanos no artigo 8.º.

No presente relatório, interessam-se, sobretudo, os n.ºs 2 e 4 desta disposição constitucional, na medida em que regulam a receção do direito internacional convencional, no qual se inclui a CEDH bem como os seus protocolos e a receção do Direito da União Europeia, respetivamente.

Assim, o n.º 2 do artigo 8.º prevê que todas as convenções internacionais, incluindo as relativas a direitos humanos, com especial destaque para a CEDH são vinculativas para Portugal, desde que devidamente ratificadas²⁵ ou assinadas²⁶ pelo Chefe de Estado, enquanto estiverem em vigor na ordem jurídica internacional. Tendo em vista evitar conflitos com o Direito Constitucional, o artigo 278.º, n.º 1, da CRP prevê a possibilidade de fiscalização preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado ou acordo internacional, a requerimento do Presidente da República.

Apesar de tudo, os conflitos entre normas constitucionais e normas internacionais convencionais relativas a direitos fundamentais não são impossíveis e a verdade é que não resultam da CRP regras claras para os solucionar. Pelo contrário, tanto a doutrina como as autoridades judiciais têm sustentado posições divergentes relativamente a esta questão.

²⁵ Artigo 135.º, al. b), da CRP.

²⁶ Artigo 134.º, al. b), da CRP.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A maioria defende, no entanto, a prevalência das normas de Direito Internacional convencional, aí se incluindo a CEDH bem como todos os tratados de direitos humanos, sobre o direito ordinário, mas já não sobre a Constituição²⁷, na medida em que, como já vimos, por força do artigo 204.º, nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não devem aplicar normas contrárias à Constituição e aos princípios nela consignados, e nos termos do artigo 278.º, n.º 1, é possível o controlo preventivo da constitucionalidade de tratados e acordos internacionais.

Há ainda quem defenda a prevalência dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos sobre a própria Constituição, com base na “amizade” da Constituição ao Direito Internacional, expressa no artigo 7.º já citado²⁸.

O n.º 4 do artigo 8.º da CRP foi aditado na revisão constitucional de 2004, estabelecendo o seguinte:

«As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático».

Esta alteração teve em vista preparar a ordem jurídica constitucional portuguesa para a entrada em vigor do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa (TECE), o qual, recorde-se, incluía um preceito relativo ao primado (artigo I-6.º do TECE). Apesar do fracasso daquele Tratado, o artigo 8.º, n.º 4, manteve-se na CRP, pelo que deve ser interpretado e aplicado tendo em conta o Tratado de Lisboa.

²⁷ Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público I*, 4.ª ed., Lisboa, 2009, p. 155 e 156; J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, cit., p. 258 a 260; EDUARDO CORREIA BATISTA, *Direito Internacional Público*, Vol. I, *Conceito e fontes*, Lisboa, 1998, p. 438 a 442.

²⁸ FAUSTO DE QUADROS, *A proteção da propriedade privada pelo Direito Internacional*, Coimbra, 1998, p. 531.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O artigo 8.º, n.º 4, da CRP autonomiza a receção do Direito da União Europeia em relação ao restante Direito Internacional, ao contrário do que sucedia anteriormente²⁹.

Do artigo 8.º, n.º 4, da CRP decorre que se a União respeitar as competências que lhe foram atribuídas e se forem respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, as disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das instituições da União Europeia são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo Direito da União Europeia, ou seja, nos termos definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao primado. Isto significa que, não havendo conflito entre as normas da União Europeia e os princípios constitucionais do Estado de Direito Democrático é a própria Constituição que impõe a prevalência do Direito da União Europeia.

O artigo 8.º, n.º 4, da CRP, *“localiza a regra de colisão entre o direito da União e o direito interno no plano do direito constitucional português, podendo dizer-se que a aceitação do primado da ordem jurídica da União resulta de uma “decisão constituinte” do povo português, formalizada numa lei de revisão nos termos constitucionalmente previstos”*³⁰.

Assim sendo, quer o Direito originário quer o Direito derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais, as quais não serão aplicáveis. Esta prevalência não conduz, todavia, à invalidade da norma interna, mas somente à sua não aplicação no caso concreto, tal como resulta da jurisprudência do TJ³¹.

²⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 514 e segs.

³⁰ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 265.

³¹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 494 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. O Direito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

O Direito da CEDH abrange a própria Convenção, que está em vigor desde 3 de setembro de 1953, bem como os seus protocolos³², os quais ou acrescentam novos direitos, como é o caso dos protocolos n.ºs 1, 4, 6, 7, 12 e 13, ou introduzem modificações na competência, na estrutura e no funcionamento dos seus órgãos de controlo, como é o caso dos Protocolos n.ºs 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 e 14.

Portugal aderiu à Convenção, em 9 de novembro de 1976, mas formulou oito reservas, das quais apenas subsistem duas. A primeira refere-se à prisão disciplinar imposta a militares e a reserva foi aposta ao artigo 5.º da CEDH e a segunda diz respeito ao princípio da irretroatividade da lei penal previsto no artigo 7.º da Convenção, devido à norma constitucional de incriminação dos agentes da ex-PIDE-DGS.

O objetivo primordial da CEDH é assegurar a proteção dos direitos humanos. O preâmbulo afirma que a manutenção da justiça e da paz repousa sobre um regime verdadeiramente democrático e sobre um comum respeito dos direitos humanos. A salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos humanos são um dos meios para atingir o fim do Conselho da Europa de realização de uma união estreita entre os seus membros.

4.1. O caráter restritivo do catálogo de direitos

Ao contrário da Constituição Portuguesa que, como já vimos, consagra um amplo catálogo de direitos fundamentais, o qual abrange tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos económicos, sociais e culturais, a CEDH e os seus protocolos atêm-se, essencialmente, aos primeiros – que, numa terminologia mais internacionalista, se denominam direitos civis e políticos. Na verdade, a maior parte dos direitos económicos, sociais e culturais

³² A Convenção e os Protocolos devem ser vistos como um todo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

foram relegados para a Carta Social Europeia, a qual não vai ser estudada no âmbito deste relatório, pois a sua força jurídica e a sua efetividade estão muito aquém dos outros níveis de proteção aqui desenvolvidos, como é o caso das Constituições estaduais, do Direito da CEDH e do Direito da União Europeia.

Se outras diferenças não fossem descortináveis entre o Direito Constitucional português e o Direito da CEDH, em matéria de proteção dos direitos fundamentais, esta, por si só, já seria bastante para eventualmente levantar problemas aplicativos.

4.2. A tutela judicial dos direitos consagrados na CEDH

O sistema da CEDH, embora não seja o único sistema internacional regional de direitos humanos que contem um mecanismo jurisdicional de resolução de conflitos entre os indivíduos e os Estados, é o único em que os primeiros têm acesso direto à jurisdição de um tribunal – o TEDH – para fazer valer os seus direitos.

Com efeito, após estabelecer, no artigo 1.º, que todas as Altas Partes contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I, a Convenção prevê, no artigo 19.º, a criação de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, com jurisdição permanente, o qual foi, efetivamente, criado em 1959. A sua competência estende-se a todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da CEDH e dos seus protocolos (artigo 32.º da CEDH).

O acesso direto dos indivíduos ao TEDH (artigo 34.º da CEDH) não estava previsto na versão original da CEDH, tendo sido introduzido pelo Protocolo n.º 11³³. Acresce que as decisões do TEDH são vinculativas para os Estados (artigo 46.º, n.º 1).

³³ Sobre o protocolo n.º 11, cfr. FREDERIC SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 9.ª ed., Paris, 2008, p. 631 e segs; JERZY MAKARCZYK, «Le protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales: notes de lecture», in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, 1999, p. 439 e segs; FERNANDO ALVAREZ-OSSORIO MICHEO, «Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.3. A abertura do sistema da CEDH às Constituições nacionais e ao Direito da União Europeia

O sistema da CEDH é, como não podia deixar de ser, um sistema aberto aos direitos nacionais, em geral, e ao Direito Constitucional dos Estados-Membros da Convenção, em particular.

O TEDH tem sido bastante sensível à diversidade europeia de culturas jurídicas, na medida em que o pluralismo constitui uma das bases da democracia. Desde logo, as autoridades nacionais permanecem livres de escolher as medidas que considerem necessárias e mais adequadas para implementar as obrigações decorrentes da Convenção. Por outro lado, o TEDH desenvolveu a teoria da margem de apreciação dos Estados na aplicação da Convenção, que retirou do carácter subsidiário do sistema europeu de salvaguarda de direitos humanos. Segundo ele, as autoridades nacionais estão melhor colocadas do que os órgãos da Convenção, incluindo ele próprio, para se pronunciarem sobre certos aspetos previstos na Convenção³⁴, como, por exemplo, a presença de um perigo público ou a definição de ordem pública ou de moral pública. A margem de apreciação dos Estados não é, todavia, ilimitada, estando sujeita ao controlo do TEDH³⁵.

Em suma, é o TEDH que acaba por fixar os limites do poder discricionário dos Estados, baseando-se, muitas vezes, na ideia do «denominador comum dos Direitos nacionais»³⁶, a qual reduz a margem de apreciação dos Estados.

Além da abertura aos sistemas jurídicos dos seus Estados membros, a CEDH – ou melhor, a jurisprudência do TEDH – revela ainda alguma abertura ao sistema de direitos fundamentais da União Europeia.

Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a proposito de su entrada en vigor (1-XI98)», 1999, *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 135 e segs.

³⁴ Ac. *Rasmussen*, de 28/11/1984. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>.

³⁵ Ac. *Groppera*, de 28/03/1990; ac. *Autronic*, de 22/05/1990. Disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.

³⁶ Ac. *Marckx*, de 13/06/1979, p. 19; ac. *F. / Suíça*, de 18/12/1987. Disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Na verdade, o TEDH, e antes a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, não excluindo, totalmente, a sua competência nas matérias em que os Estados-Membros implementam medidas da União, admite, no entanto, não a exercer, desde que os direitos fundamentais sejam, na União Europeia, objeto de uma proteção equivalente à que teriam no âmbito da CEDH. Quanto aos atos da União Europeia propriamente ditos, o TEDH considera que, não sendo a UE membro da CEDH, os seus atos não podem ser perante ele sindicados. O caso paradigmático neste domínio é o caso Bósforo³⁷. No fundo, o TEDH procura evitar decisões contraditórias com o TJUE.

Esta situação sofrerá, porventura, alteração quando a União Europeia aderir à CEDH.

5. O Direito da União Europeia

5.1. A ausência inicial de um catálogo de direitos nos Tratados institutivos

A versão originária dos Tratados não continha um catálogo de direitos fundamentais, mas, desde cedo, se considerou que, apesar de as Comunidades terem um caráter eminentemente económico e de as suas atribuições serem funcionais, a importância dos poderes conferidos aos seus órgãos tornava possível uma violação dos direitos das pessoas, nomeadamente, de certos direitos económicos e sociais e dos respeitantes à regularidade dos processos judiciais e administrativos pelas próprias Comunidades Europeias.

Assim sendo, após a criação destas, os direitos fundamentais não podiam continuar a perspetivar-se somente por referência aos Estados-Membros, mas tinham de se encarar também no seio dessa nova forma de agregação do poder político em emergência, que eram as Comunidades Europeias.

³⁷ Ac. *Bosphorus*, de 30/5/2005, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A preocupação do respeito dos direitos fundamentais por parte das Comunidades retirava-se implicitamente, desde logo, da versão originária do Tratado da Comunidade Europeia (TCE), quando, no preâmbulo, se afirmavam os ideais de paz e de liberdade, bem como o objetivo de melhoria das condições de vida dos seus povos.

O primeiro órgão comunitário a tomar plena consciência desta problemática, e a tentar solucioná-la, foi, sem dúvida, o Tribunal de Justiça (TJ), que, através de uma jurisprudência elaborada ao longo de décadas, procedeu ao enquadramento da proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Comunitário.

Depois de uma primeira fase, em que o TJ se recusou a aceitar a relevância dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Comunitário³⁸, acabou, numa segunda fase, por os integrar pela via dos princípios gerais de Direito, cujo respeito o Tribunal deve assegurar. A proteção dos direitos fundamentais impôs-se, antes de mais, devido às tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros³⁹, pois a transferência de soberania para as Comunidades não podia significar uma diminuição dos direitos dos indivíduos. O quadro de proteção dos direitos fundamentais na Comunidade não ficaria, todavia, completo sem levar em linha de conta a CEDH e os demais instrumentos de Direito Internacional, designadamente, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁰.

A jurisprudência do TJ foi confirmando ao longo dos anos que a CEDH é o quadro de referência, no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais⁴¹ e, que, por isso, não serão admitidas na Comunidade medidas

³⁸ Ac. de 4/2/59, *Stork*, proc. 1/58, Rec. 1958-59, p. 43 e ss e ac. de 15/7/60, *Comptoirs de Vente de la Rhur*, procs 36 a 38 e 40/59, Rec. 1960, p. 890.

³⁹ Ac. de 12/11/69, *Stauder*, proc. 29/69, Rec. 1969, p. 419 e ac. de 17/12/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, proc. 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

⁴⁰ Ac. de 14/5/74, *Nold*, proc. 4/73, Rec. 1974, p. 491 ; ac. de 15/5/86, *Johnston*, proc. 222/84, Col. 1986, p. 1651 e segs; ac. de 13/12/79, *Hauer*, proc. 44/79, Rec. 1979, p. 2727 e segs; ac. de 28/10/75, *Rutili*, proc. 36/75, Rec. 1975, p. 1219.

⁴¹ Ac. de 28/10/75, *Rutili*, proc. 36/75, Rec. 1975, p. 1219; ac. de 15/5/86, *Johnston*, proc. 222/84, Rec. 1986, p. 1651 e segs; ac. de 13/12/79, *Hauer*, proc. 44/79, Rec. 1979, p. 2727 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

incompatíveis com o respeito dos direitos humanos reconhecidos e garantidos pela Convenção⁴².

A afirmação da proteção dos direitos fundamentais desloca para o quadro comunitário os direitos, as liberdades e as garantias, bem como os direitos económicos, sociais e culturais, que, à partida, se encontravam protegidos apenas ao nível do Direito interno ou no quadro do Direito Internacional clássico, o que contribuiu para uma certa «humanização» da Comunidade. Os indivíduos não são apenas tidos em conta na sua faceta de agentes económicos (trabalhadores, prestadores de serviços, recetores de serviços), mas também na sua faceta humana⁴³.

Deve, contudo, realçar-se que a proteção dos direitos fundamentais no seio das Comunidades não se afigurava suficiente, nem poderia ser equiparada à que existia ao nível do Direito interno dos Estados-Membros.

Após o Tratado de Maastricht o alargamento dos objetivos das Comunidades bem como a criação da União Europeia com objetivos próprios – essencialmente políticos – tornou mais nítido o caráter incompleto da solução em matéria de direitos fundamentais. Por isso, o Tratado de Maastricht consagrou, no articulado do Tratado da União Europeia (TUE), o princípio do respeito dos direitos fundamentais. Posteriormente, os Tratados de Amesterdão e Nice introduziram algumas alterações no domínio dos direitos fundamentais, sem que, contudo, tivessem consagrado, como muitos reclamavam, um catálogo de direitos da União Europeia⁴⁴.

⁴² Ac. de 29/5/97, *Kremzow*, proc. C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629.

⁴³ Para um estudo mais desenvolvido desta evolução, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 244 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

⁴⁴ Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 249 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5.2. O reforço da proteção dos direitos fundamentais no Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa (TL)⁴⁵ introduziu um conjunto de alterações significativas no domínio da afirmação dos direitos fundamentais por parte da União Europeia⁴⁶, as quais, ainda que se insiram numa linha de continuidade em relação ao que existia anteriormente, também comportam duas inovações de enorme relevo, a saber:

- a) a equiparação do valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ao dos Tratados operada pelo artigo 6.º, n.º 1, do TUE;

⁴⁵ Para uma visão geral do Tratado de Lisboa, cfr., MANUEL LOPES PORTO / GONÇALO ANASTÁCIO (coord.), *Tratado de Lisboa – Anotado e comentado*, Coimbra, Almedina, 2012; DIAMOND ASHIAGBOR / NICOLA COUNTOURIS / IOANNIS LIANOS, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012; ANDREA BIONDI / PIET EECKHOUT / STEFANIE RIPLEY, *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012; AAVV, *O Tratado de Lisboa – Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, 2012; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Ensaio sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011; NUNO PIÇARRA (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa – Aspectos centrais*, Coimbra, 2011; PAUL CRAIG, *The Lisbon Treaty – Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, 2010; JEAN-CLAUDE PIRIS, *The Lisbon Treaty – A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010; RUDOLF STREINZ / CHRISTOPH OHLER / CHRISTOPH HERRMANN, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3rd ed., Munique, 2010; E. BROSSET / C. CHEVALLIER-GOVERS / V. EDJAHARIAN / C. SCHNEIDER (dir.), *Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, 2009; STEFAN GRILLER / JACQUES ZILLER, *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Nova York, 2008; FRANÇOIS-XAVIER PRIOLLAUD / DAVID SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne – Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE – TFUE)*, Paris, 2008; JACQUES ZILLER, *Les nouveaux traités européens: Lisbonne et après*, Paris, 2008; PAUL CRAIG, “The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance”, *European Law Review*, 2008, p. 137 e segs; JÖRG PHILIPP TERHECHTE, “Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?”, *EuropaRecht*, 2008, p. 143 e segs; ROBERTO BARATTA, “Le principali novità del Trattato di Lisbona”, *Diritto de l'Unione Europea*, 2008, p. 21 e segs; MICHAEL DOUGAN, “The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts”, *Common Market Law Review*, 2008, p. 617 e segs; ARACELI MANGAS MARTÍN, “Un Tratado No Tan Simple: El Realismo Mágico Del Funcionalismo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, p. 335 e segs; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE / FLORENCE CHALTIEL, “Le Traité de Lisbonne: Quel Contenu?”, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2007, p. 617 e segs; INGOLF PERNICE (dir.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? – Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI*, available at the website www.ecln.net.

⁴⁶ JOËL RIDEAU, “La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, Perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne”, *Révue des Affaires Européennes*, 2007-2008, p. 185 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- b) a atribuição de competência à União Europeia para aderir à CEDH prevista no artigo 6.º, n.º 2, do TUE.

É de sublinhar que o TL dotou, finalmente, a União Europeia de um catálogo de direitos fundamentais equivalente ao dos seus Estados-Membros – e, em muitos casos, até mais amplo – assim como criou as condições para a sua adesão à CEDH, desde que preenchidos determinados pressupostos. Com estas inovações contribuiu, sem qualquer sombra de dúvida, para o reforço da tutela dos direitos fundamentais na União Europeia⁴⁷.

A União passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, o qual pode ser invocado nos tribunais da União Europeia e nos tribunais nacionais, nos termos constantes do artigo 51.º, n.º 1, 1.ª parte, da CDFUE.

O TL traz uma outra novidade importante no domínio da proteção dos direitos fundamentais, na medida em que confere à União Europeia competência para aderir à CEDH. Mas a adesão da União à CEDH não é automática, levantando problemas muito sérios tanto do lado da CEDH como do lado da União Europeia^{48 49}.

Enquanto a União não aderir à CEDH, nos termos do artigo 6.º, n.º 3, do TUE, os direitos fundamentais nela reconhecidos serão aplicados no âmbito da ordem jurídica da União pela via dos princípios gerais, tal como sucedia até à entrada em vigor do TL, e ainda na medida em que seja acolhidos pela CDFUE.

⁴⁷ Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 251 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

⁴⁸ Para maiores desenvolvimentos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 264 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

⁴⁹ Sobre as condições de adesão da União à Convenção, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia – Da origem na integração económica ao fundamento na dignidade do ser humano*, Coimbra, 2010, p. 372 a 375; SUSANA SANZ CABALLERO, “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convénio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, p. 99 a 128.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Na verdade, o facto de o Tratado conferir poderes à União para aderir à CEDH não significa, só por si, que essa adesão se venha a concretizar efetivamente a breve trecho.

5.3. A amplitude do catálogo de direitos na CDFUE e as suas limitações

A sistematização da Carta não obedece à dicotomia clássica de direitos fundamentais – direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais. Pelo contrário, iniciando-se com um preâmbulo, a Carta contém sete títulos que se denominam Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça e Disposições Finais⁵⁰.

Os primeiros seis títulos incluem um catálogo de direitos fundamentais que se pode considerar muito vasto.

A porta de entrada para o sistema de direitos fundamentais da União Europeia é a inviolabilidade da dignidade do ser humano (artigo 1.º), na qual se ancoram todos os outros direitos, incluindo os direitos à vida (artigo 2.º), à integridade física (artigo 3.º), a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes (artigo 4.º) e a proibição da escravatura e do trabalho forçado (artigo 5.º).

O reconhecimento destes direitos na Carta foi alvo de um amplo consenso, uma vez que eles fazem parte de instrumentos internacionais, designadamente, da CEDH e do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros⁵¹.

⁵⁰ Para um comentário desenvolvido dos vários preceitos da Carta, cfr. LAURENCE BURGORGUE-LARSEN *et al.*, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article, Partie II – La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, tomo II, Bruxelas, 2005; HANS D. JARASS, *EU-Grundrechte*, Munique, 2005; JÜRGEN MEYER (org.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003; GUY BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Témoignage et commentaires*, Paris, 2001; AAVV, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, 2001.

⁵¹ Especificamente sobre os direitos civis e políticos, na versão originária da CDFUE, cfr. PATRICK WACHSMAN, «Droits civils et politiques», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 15 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Título II inclui as liberdades clássicas, como é caso do direito à liberdade e à segurança (artigo 6.º), do respeito da vida privada e familiar (artigo 7.º), do direito de contrair casamento e de constituir família (artigo 9.º), da liberdade de pensamento, de consciência e religião (artigo 10.º), da liberdade de expressão e de informação (artigo 11.º), da liberdade de reunião e de associação (artigo 12.º) e a liberdade das artes e das ciências (artigo 13.º), a par de direitos sociais, como, por exemplo, a liberdade profissional e o direito ao trabalho (artigo 15.º) e o direito à educação (artigo 14.º) e de direitos económicos, como a liberdade de empresa (artigo 16.º) e o direito de propriedade (artigo 17.º) e de direitos de terceira geração, como o direito à proteção de dados pessoais (artigo 8.º). O direito de asilo (artigo 18.º) e a proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (artigo 19.º) enquadram-se nos direitos dos estrangeiros de que a União deve assegurar o respeito.

A igualdade e a não discriminação, embora consagradas parcelarmente nos Tratados desde a sua versão originária, são, pela primeira vez, equacionadas numa perspetiva global. Reconhece-se a igualdade perante a lei (artigo 20.º), a proibição da discriminação em função da nacionalidade (artigo 21.º, n.º 2) e a proibição da não discriminação em função de quinze categorias suspeitas, nas quais, entre outras, se incluem o sexo, a raça ou origem étnica, a religião ou crença, a deficiência, a idade e a orientação sexual. A igualdade entre homens e mulheres (artigo 23.º) foi sujeita a um tratamento específico. A Carta reconhece ainda que certas categorias de pessoas possuem problemas particulares que necessitam de uma resposta especial. É o caso das crianças (artigo 24.º), das pessoas idosas (artigo 25.º) e das pessoas com deficiências (artigo 26.º). A inclusão do respeito da diversidade cultural, religiosa e linguística (artigo 22.º) no Título relativo à igualdade (Título III) tem como pressuposto que a concretização da diversidade cultural, religiosa e linguística deve efetuar-se, nomeadamente, através da não discriminação⁵².

⁵² Sobre a igualdade na Carta, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia...*, cit, p. 447 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Título IV relativo à solidariedade inclui a maior parte dos direitos sociais reconhecidos na CDFUE⁵³: o direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa (artigo 27.º), o direito de negociação e de ação coletiva (artigo 28.º), o direito de acesso aos serviços de emprego (artigo 29.º), a proteção em caso de despedimento sem justa causa (artigo 30.º), as condições de trabalho justas e equitativas (artigo 31.º), a proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho (artigo 32.º), a proteção da vida familiar e da vida profissional (artigo 33.º), o direito à segurança social e à assistência social (artigo 34.º), a proteção da saúde (artigo 35.º), o acesso a serviços de interesse económico geral (artigo 36.º), mas também inclui os chamados direitos de terceira geração, como é o caso da proteção do ambiente (artigo 37.º) e da defesa do consumidor (artigo 38.º).

A inclusão dos direitos sociais na Carta foi alvo de grande polémica na convenção que a elaborou, reflexo da diferente forma de encarar constitucionalmente estes direitos por parte dos diversos Estados-Membros. Se, no que diz respeito aos direitos civis e políticos, as principais discussões no seio da convenção se situaram ao nível da redação dos preceitos, já no âmbito dos direitos sociais, as divergências estenderam-se à própria consagração destes direitos na Carta⁵⁴.

A inclusão dos direitos sociais na Carta deveu-se, essencialmente, aos franceses, apoiados pelos italianos, belgas, espanhóis e pela maioria dos alemães, com a oposição dos países nórdicos, da Holanda, da Irlanda e do Reino Unido, pois, sobretudo, estes últimos consideravam a afirmação constitucional dos direitos sociais como uma causa de rigidez e acreditavam

⁵³ Especificamente sobre os direitos sociais, na versão originária da Carta, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e os direitos sociais", *Direito e Justiça*, 2001, p. 189 e segs; OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 33 e segs.

⁵⁴ Sobre as dificuldades de inserção dos direitos sociais na Carta, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, «A Carta dos Direitos Fundamentais...», cit., p. 213 e segs; OLIVER DE SCHUTTER, «La contribution de la Charte des droits fondamentaux ...», cit., p. 41 e segs; JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2000, p. 676 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mais na flexibilidade e na negociação entre parceiros sociais do que na legislação centralizada⁵⁵.

Perante estas dificuldades, as negociações na convenção partiram de um mínimo comum a todos os Estados-Membros, tendo posteriormente aditado outros direitos. Foi pois com todas estas reticências que os direitos sociais foram inseridos na Carta. A maior parte deles, como já se referiu, encontra-se no Título IV (artigos 27.º e seguintes) e são direitos dos trabalhadores (artigos 27.º a 33.º) ou relacionados com o trabalho, mas, como também já tivemos oportunidade de sublinhar, podem encontrar-se direitos sociais noutros lugares⁵⁶.

As normas relativas à cidadania previstas no Título V da CDFUE⁵⁷ retomam, no essencial, as normas do TCE que sobre ela versavam. O estatuto do cidadão da União abrange o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu (artigo 39.º) e nas eleições municipais (artigo 40.º), o direito a uma boa administração (artigo 41.º), o direito de acesso aos documentos (artigo 42.º), o direito de petição ao Provedor de Justiça (artigo 43.º) e ao Parlamento Europeu (artigo 44.º), a liberdade de circulação e de permanência (artigo 45.º) e a proteção diplomática e consular (artigo 46.º).

É de sublinhar que, ao contrário do que se verificava no TCE, a liberdade de circulação e de permanência pode vir a abranger os nacionais de terceiros Estados legalmente residentes no território de um dos Estados-Membros da União (artigo 45.º, n.º 2).

Por último, em matéria de Justiça consagram-se o direito a ação judicial efetiva e a julgamento imparcial (artigo 47.º), a presunção da inocência e os

⁵⁵ Neste sentido, JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHERE, «La Charte des droits fondamentaux...», p. 676 e segs.

⁵⁶ Note-se que também existem referências a direitos sociais nos capítulos relativos à liberdade – a liberdade sindical, incluindo o direito de constituir sindicatos (artigo 12.º), o direito de acesso à formação profissional e contínua (artigo 14.º, n.º 1), a liberdade profissional e o direito de trabalhar (artigo 15.º) e a liberdade de empresa (artigo 16.º) – e à igualdade – a igualdade entre homens e mulheres, designadamente, nos domínios do emprego, do trabalho e da remuneração (artigo 23.º, n.º 1).

⁵⁷ Especificamente sobre os direitos de cidadania, na versão originária da Carta, cfr. DENYS SIMON, «Les droits du citoyen de l'Union», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 22 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

direitos de defesa do arguido (artigo 48.º), os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas (artigo 49.º) e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito (artigo 50.º), ou seja, direitos que integram a CEDH ou os seus protocolos.

Não obstante a amplitude deste catálogo de direitos fundamentais, a aplicação da Carta não se afigura tão ampla quanto à partida se poderia supor, na medida em que está sujeita a alguns limites⁵⁸.

Desde logo, devem mencionar-se os limites de atribuição de competências previstos no artigo 6.º, n.º 1, TUE, o qual explicita que “*de forma alguma, o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados*” (par. 2.º) e a declaração n.º 1 da Conferência vem reafirmar que a Carta é juridicamente vinculativa, confirmando os direitos garantidos pela CEDH e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. A mesma declaração acrescenta ainda que a Carta não alarga, não cria e não modifica as atribuições e competências da União.

Em segundo lugar, a Carta estabelece limites de interpretação, no parágrafo 3.º do artigo 6.º, n.º 1, do TUE, referindo que “*os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII (...) e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições*”. Ou seja, este preceito vincula o intérprete a dois tipos de limites:

- (i) endógenos – as normas constantes dos artigos 51.º a 54.º da Carta;
- (ii) exógenos – as anotações do *Praesidium*.

As disposições do Título VII da Carta que relevam, especialmente, para efeitos de interpretação são o artigo 52.º, n.ºs 3 a 7, e o artigo 53.º (o artigo 51.º e os restantes n.ºs do artigo 52.º referem-se, no essencial, à aplicação e não à interpretação). É de realçar que os n.ºs 4 a 7 do artigo 52.º não

⁵⁸ Para maiores desenvolvimentos sobre os limites de interpretação e aplicação da Carta, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 253 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constavam da versão originária da Carta, tendo sido introduzidos somente durante a Convenção sobre o Futuro da Europa⁵⁹.

Além destes limites endógenos à interpretação da Carta, existem também limites exógenos. Nos termos do artigo 52.º, n.º 7, as anotações à Carta, inicialmente, elaboradas pelo *Praesidium* da primeira convenção e, posteriormente, revistas e atualizadas pelo *Praesidium* da Convenção sobre o Futuro da Europa, destinam-se a orientar quer os órgãos jurisdicionais da União quer os dos Estados-Membros na interpretação da Carta.

Em nosso entender, não se trata de limitar os poderes do juiz na sua tarefa de interpretação da Carta, o que, de resto, seria incompatível com a independência da função jurisdicional e das magistraturas em geral que faz parte integrante das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, mas antes tornar público qual o entendimento dos autores da Carta sobre os vários preceitos.

Por último, devem referir-se os limites que resultam do estatuto especial de que gozam alguns Estados relativamente à Carta, como é o caso da Polónia e do Reino Unido, por força do protocolo n.º 30⁶⁰, o qual é extensivo à República Checa, com base num acordo político entre este Estado e os restantes Estados-Membros, concluído sob a forma de um protocolo a integrar

⁵⁹ Sobre as modificações da CDFUE, cfr. EMILIO PAGANI, “Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali”, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, p. 94 e segs; ORESTE POLLICINO / VINCENZO SCIARABBA, “La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona”, *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, p. 101 e segs; JULIO VAQUERO CRUZ, “What’s left of the Charter? Reflections on Law and Political Mythology”, *Maastricht Journal of Comparative and International Law*, 2008, p. 65 e segs.

⁶⁰ Sobre este protocolo, ver FLORENCE BENOIT ROHMER, “Valeurs et droits fondamentaux”, in E. BROSSET *et al.*, *Le Traité de Lisbonne – Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l’Union européenne?*, Bruxelas, 2009, p. 155 e segs; SILVERE LEFEVRE, “Le Royaume-Uni et la Charte des Droits Fondamentaux”, in E. BROSSET *et al.*, *Le Traité de Lisbonne...*, cit., p. 165 e segs; ROBERTO BARATTA, “Le principali novità del Trattato di Lisbona”, cit., p. 39 e segs; MICHAEL DOUGAN, “The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts”, *Common Market Law Review*, 2008, p. 665 e segs; AURELIE MORICEAU, “Le Traité de Lisbonne et la Charte des Droits Fondamentaux”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, 2008, p. 362 e segs; FRANZ C. MAYER, „Schutz vor der Grundrechte-Charta oder durch die Grundrechte-Charta? Anmerkungen zum europäischen Grundrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon“, in INGOLF PERNICE (dir.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? – Kolloquium zum 10. Geburtstag des WHI*, disponível no sítio www.ecln.net, p. 88.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nos Tratados numa futura revisão dos mesmos. Este acordo constituiu *conditio sine qua non* de ratificação do TL por parte do Presidente checo.

5.4. A tutela dos direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça da União Europeia

Antes de mais, deve salientar-se que a União Europeia contém mecanismos adequados para assegurar a tutela dos direitos fundamentais.

Segundo o artigo 19.º, n.º 1, do TUE, o TJUE garante o respeito do Direito na interpretação e na aplicação dos Tratados. Para tal o TJUE é dotado de uma competência muito vasta, que vai desde o controlo preventivo dos projetos de convenções internacionais de que a União é parte ao controlo sucessivo dos atos das outras instituições, órgãos e agências da União, passando pela fiscalização do cumprimento das obrigações dos próprios Estados-Membros. Além disso, o artigo 344.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) estabelece que “*os Estados-membros se comprometem a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação e à aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que estão neles previstos*”.

O TJUE atua, do ponto de vista material, como um verdadeiro tribunal constitucional quando exerce o controlo da constitucionalidade do Direito derivado, quando salvaguarda os princípios do equilíbrio institucional, da subsidiariedade e da proporcionalidade, quando garante a repartição de atribuições entre os Estados-Membros e a União Europeia e quando assegura a proteção dos direitos fundamentais.

Aliás, no que diz respeito aos direitos fundamentais, o âmbito da competência do TJ abrange não só a legislação da União como também a apreciação de medidas estaduais de execução de atos de Direito derivado⁶¹.

⁶¹ Ac. de 25/11/86, *Klensch*, proc. 201 e 202/85, Rec. 1986, p. 3477 e ss e ac. de 13/7/89, *Wachauf*, proc. 5/88, Rec. 1989, p. 2609 e segs.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Apesar de ser o TJUE que desempenha o papel mais importante na tutela dos direitos fundamentais ao nível da União, os tribunais nacionais, em geral, e os tribunais constitucionais, em particular, como tribunais comuns do Direito da União Europeia também interpretam e aplicam as normas da União que consagram direitos fundamentais.

5.5. A abertura do sistema de direitos da UE às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros nacionais e ao Direito da CEDH

Tendo em consideração que, no espaço territorial da União Europeia, concorrem três sistemas jurídicos de direitos fundamentais – o Direito da União Europeia, que inclui a CDFUE, a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros – a Carta sentiu necessidade de estabelecer a forma como eles se articulam entre si.

Das disposições finais da Carta resulta, desde logo, implicitamente um princípio geral de abertura ao sistema da CEDH e das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros.

Assim, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta refere que sempre que os direitos contidos na CDFUE coincidam com os da CEDH, o seu sentido e alcance são idênticos. Segundo as anotações à Carta, este número do preceito visa garantir a coerência necessária entre a CEDH e a CDFUE. Por CEDH deve entender-se tanto a Convenção como os seus protocolos e ainda a jurisprudência do TEDH que os aplica. Esta disposição não se opõe, todavia, a que o Direito da União confira uma maior proteção às pessoas. Ou seja, admite-se um princípio de tratamento mais favorável por parte da União Europeia.

Por seu turno, o n.º 4 do artigo 52.º da Carta reproduz o sentido do n.º 3 do preceito, aplicando-o às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, não salvaguardando, todavia, o Direito da União que consagre uma proteção mais ampla, o que pode vir a ter consequências a vários níveis, dos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

quais se destaca a afirmação do princípio do primado do Direito da União sobre o Direito dos Estados-Membros.

O artigo 52.º, n.º 6, da Carta, vem corroborar que as legislações e práticas nacionais devem ser tidas em conta, tal como precisado na Carta. Esta disposição não traz nada de novo, somente confirma o que consta de diversos preceitos ao longo da Carta.

O artigo 53.º estabelece que as disposições da Carta não devem ser interpretadas no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos pelo Direito Internacional e pelas convenções internacionais de que a União ou todos os Estados-Membros são partes, designadamente a CEDH. Segundo a anotação a este preceito, ele visa preservar o nível de proteção atualmente conferido pelas diversas Ordens Jurídicas no domínio dos direitos fundamentais – a da União Europeia, as dos Estados-Membros e a internacional.

6. Algumas conclusões intercalares

Todo este excursus – que num relatório deste tipo até se poderia considerar dispensável – visou, por um lado, clarificar o que se entende por tutela multinível dos direitos fundamentais e, por outro lado, demonstrar como o Estado Português está sujeito a diversos níveis de proteção, os quais interagem entre si e, em certos casos, até se interseitam.

Além disso, pensamos ter deixado claro que os três níveis de proteção de direitos fundamentais analisados contêm particularidades que os distinguem claramente uns dos outros. Desde logo, no que diz respeito aos catálogos de direitos fundamentais de cada um deles, não se verifica uma plena convergência. Pelo contrário, o catálogo de direitos fundamentais constante da CRP ultrapassa largamente o catálogo mais restrito da CEDH e até o da CDFUE, que, sendo bastante amplo, mesmo assim, fica aquém do da Constituição Portuguesa.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No que toca aos mecanismos de controlo dos direitos fundamentais, todos os sistemas incluem controlo jurisdicional, sendo, por vezes, complementares ou subsidiários uns dos outros. Note-se, porém, que a forma como esse controlo é exercido depende dos meios jurisdicionais disponíveis, os quais não coincidem.

Por último, note-se que os sistemas de proteção dos direitos fundamentais apreciados apresentam muitos pontos de convergência, que se manifestam, desde logo, na coincidência de certos direitos constantes dos diversos catálogos e na abertura que cada um deles revela em relação aos outros.

Do exposto não se pode, contudo, inferir que da tutela multinível dos direitos fundamentais decorram apenas vantagens nem que se afigure fácil torná-la efetiva. Pelo contrário, também se verificam riscos ou perigos que dificultam a sua aplicação prática. Daí que a necessidade de articulação entre os diversos níveis de proteção envolvidos assuma uma importância fundamental. Essa articulação tem vindo a ser ensaiada, nos últimos tempos, em especial, pela jurisprudência dos vários níveis de tribunais enquanto últimos garantes dos direitos fundamentais.

Estes são os pontos que vamos estudar em seguida.

III

As vantagens e os riscos da tutela multinível dos direitos fundamentais

7. As vantagens da tutela multinível dos direitos fundamentais

Cumprido, antes de mais, notar que a tutela multinível dos direitos fundamentais apresenta vantagens inegáveis.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em primeiro lugar, a tutela multinível dos direitos fundamentais pode contribuir para ultrapassar eventuais lacunas de proteção que existam em cada um dos níveis.

Em segundo lugar, a tutela multinível dos direitos fundamentais é suscetível de ter como destinatários sujeitos que, nos modelos clássicos, em que o Estado é o único garante dos direitos fundamentais, nunca o seriam, como é o caso das instituições, órgãos e agências da União Europeia.

Em terceiro lugar, a multiplicação das jurisdições proporciona um maior acesso do indivíduo à Justiça, que deixa de estar limitado aos tribunais nacionais, e, em simultâneo, contribui para a emergência de uma ordem comum europeia, no domínio dos direitos fundamentais⁶².

Daqui decorre um reforço da proteção dos direitos fundamentais das pessoas.

8. Os riscos da tutela multinível dos direitos fundamentais

Como se disse, a tutela multinível dos direitos fundamentais, além das vantagens acabadas de enunciar, comporta igualmente riscos que, com frequência, são muito enfatizados por aqueles que lhe são adversos.

Assim, em primeiro lugar, não há nenhuma garantia de que a multiplicação de catálogos de direitos fundamentais contribua efetivamente para uma melhor proteção das pessoas, na medida em que até pode gerar nelas uma maior incerteza e insegurança.

Em segundo lugar, o facto de existir uma multiplicidade de catálogos de direitos fundamentais, em que o conteúdo de cada um dos direitos pode variar, é suscetível de contribuir para a emergência de conflitos de direitos, cuja solução pode estar dependente de jurisdições de várias ordens jurídicas.

⁶² Neste sentido, ANDREAS VOSSKUHL, "Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts", in *Our Common Future*, Hannover/Essen, 2-6 November 2010, disponível em www.ourcommonfuture.de.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em terceiro lugar, a pluralidade de jurisdições competentes pode funcionar como um entrave à proteção dos direitos fundamentais, uma vez que, por um lado, é suscetível de encarecer e de prolongar os prazos da aplicação da Justiça e, por outro lado, pode conduzir a decisões contraditórias. Ora, o acesso ao Direito e à Justiça implica, por natureza, que a Justiça deve ser célere e não deve ser cara. As decisões em sentido oposto trarão problemas em termos de confiança e aceitação da justiça.

Estes perigos não devem, todavia, entravar ou mesmo impedir a tutela multinível dos direitos fundamentais, pois as vantagens compensam os riscos que lhe estão associados⁶³. Devem antes procurar-se formas de articulação entre os diferentes níveis de proteção que, de um lado, potenciem as vantagens e, de outro lado, contribuam para anular os riscos que lhe são inerentes.

9. Em busca da articulação dos diferentes níveis de proteção de direitos fundamentais

A articulação entre os diferentes níveis de proteção deve ser realizada tanto no plano substantivo como no plano do controlo judicial.

9.1. No âmbito substantivo

Do ponto de vista substantivo, assiste-se, atualmente, a uma progressiva convergência de direitos, a qual resulta da incorporação de parâmetros muito idênticos quer nos direitos constitucionais nacionais quer nos instrumentos internacionais e ainda no Direito da União Europeia.

Com efeito, o ponto de partida de todos os catálogos de direitos fundamentais é o respeito da dignidade da pessoa humana⁶⁴ e da igualdade de

⁶³ Neste sentido, ANDREAS VOSSKUHL, "Protection of Human Rights in the European Union. Multilevel Cooperation on Human Rights between the European Constitutional Courts", cit.

⁶⁴ Sobre a dignidade humana, cfr., *inter alia*, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia...*,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

direitos de todas as pessoas⁶⁵. A partir daí os vários catálogos de direitos fundamentais desenvolvem uma série de outros direitos que, numa percentagem relativamente elevada, se afiguram coincidentes.

Assim, se compararmos os três catálogos de direitos fundamentais, sobre os quais nos temos vindo a debruçar ao longo deste relatório, facilmente se chega à conclusão que existe um conjunto amplo de direitos que é transversal a todos eles – o direito à vida, o direito à integridade pessoa, o direito à liberdade e à segurança, etc.

Aliás, a transversalidade de certos direitos no espaço europeu assenta não só numa herança cultural e jurídica comum europeia, mas também na partilha de valores e de princípios por parte de toda a Humanidade e na consequente visão universalista dos direitos humanos⁶⁶.

Além disso, a convergência dos direitos é igualmente o resultado da influência mútua dos vários níveis de proteção dos direitos fundamentais. Nalguns casos, essa influência é, à partida, expressamente assumida, como foi o caso da CDFUE, a qual “importou” direitos da CEDH e das tradições

cit, p. 500 e segs; J. LUTHER, ‘Ragionevolezza e Dignità Umana’, in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional y otros Estudios de Derecho Público*, Madrid, 2008, p. 306 e segs; M. HERDEGEN, ‘Art 1 Abs. 1’ in: MAUNZ / DÜRIG, *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 1, Munique, 2007, §§ 30 e segs; L. INGBER, ‘De l’égalité à la dignité en Droit: de la forme au contenu’, in: *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelas, 2000, p. 905; F. BORELLA, ‘Le concept de dignité de la personne humaine’, in P. PEDROT (Dir.), *Ethique, Droit et Dignité de la Personne – Mélanges Christian Bolze*, Paris, 1999, p. 30 e segs; H. HOFMANN, ‘Die versprochene Menschenwürde’, *Archiv des öffentlichen Recht*, 1993, p. 355 et segs.

⁶⁵ Sobre a igualdade como ponto de partida de todos os catálogos de direitos humanos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia...*, cit, p. 39 e segs, bem como toda a bibliografia aí citada.

⁶⁶ Sobre o universalismo dos direitos humanos, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “Chapter 18 – Universality and Binding Effect of Human Rights from a Portuguese Perspective”, in RAINER ARNOLD (ed.), *The Universalism of Human Rights*, Dordrecht, 2013, p. 299 e 300; JAVAID REHMAN, *International Human Rights Law*, 2.^a ed., Harlow, 2010, p. 8 e 9; HENRY STEINER / PHILIP ALSTON / RYAN GOODMAN, *International Human Rights in Context Law, Politics, Morals – Text and Materials*, 3.^a ed., Oxford, 2007, p. 517 e segs; ANTONIO BLANC ALTEMIR, ‘Universalidad, indivisibilidad e interdependência de los derechos humanos a los cinquenta años de la Declaración Universal’, in ANTONIO BLANC ALTEMIR, (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cinquenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2001, p. 21; GERARD COHEN-JONATHAN, ‘De l’universalité des droits de l’homme’, in *Hommage à René-Jean Dupuy – Ouvertures en droit international*, Paris, 2000, p. 25.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionais comuns aos Estados-Membros, noutros casos, embora não se invoquem expressamente outros catálogos, a comparação leva a concluir no sentido afirmativo.

Note-se que a convergência de direitos não significa uma total coincidência dos vários catálogos de direitos e, muito menos, do conteúdo de cada um deles nos diferentes sistemas jurídicos.

Apesar de serem admissíveis eventuais divergências, é possível a coexistência pacífica de catálogos não totalmente coincidentes. Além disso, o facto de um mesmo direito constar de vários catálogos não significa que tenha exatamente o mesmo conteúdo em todos eles.

Daí que se afigure necessário estabelecer regras de articulação entre os vários sistemas.

Mais uma vez, um exemplo ilustrativo do que a acaba de se afirmar advém da CDFUE. Como vimos, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta estabelece que sempre que os direitos nela contidos coincidam com os da CEDH, o seu sentido e alcance são idênticos e o artigo 52.º, n.º 4, estabelece o mesmo para as tradições constitucionais dos Estados-Membros.

9.2. No âmbito judicial

Tendo em consideração que quando se fala de tutela de direitos são tão relevantes os textos que consagram catálogos de direitos fundamentais como a interpretação e a aplicação que deles fazem os vários intervenientes, designadamente, os tribunais, além de divergências muito acentuadas dos textos, torna-se necessário evitar divergências profundas de jurisprudência. Ou seja, a articulação dos vários níveis de proteção de direitos fundamentais deve passar igualmente pela jurisprudência dos tribunais dos diversos sistemas jurídicos.

Atualmente, existem já alguns meios – institucionalizados e informais – que têm em vista obter essa articulação.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De entre as formas institucionalizadas de cooperação judicial deve referir-se o caso do processo das questões prejudiciais previsto no artigo 267.º do TFUE, o qual, ainda que não tenha sido criado para operar exclusivamente em sede de direitos fundamentais, tem desempenhado um papel importante neste domínio.

Além disso, a nossa Constituição estabelece, como vimos, no artigo 8.º, n.º 4, uma regra de prevalência do Direito originário e derivado da União Europeia, desde que respeitados certos requisitos. Porém, esta norma não esclarece qual é o juiz competente para resolver os conflitos de direitos. A prevalência do Direito originário e derivado da União implica, por um lado, que a União tenha respeitado as suas competências e, por outro lado, que os princípios do Estado de Direito Democrático tenham sido igualmente respeitados. Se algum destes requisitos falhar quem é o último árbitro da constitucionalidade nestes casos – o Tribunal Constitucional (e os Tribunais nacionais em geral) ou o Tribunal de Justiça?

Este é um problema que, no estágio atual de evolução do Direito da União, não tem uma resposta unívoca. Tudo depende da ótica em que nos colocarmos.

Se procurarmos resolver a questão na perspetiva da CRP, o Tribunal Constitucional português tem de ser o último guardião dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, assim como é a ele que lhe compete aferir se os poderes que o Estado português transferiu para a União Europeia foram ultrapassados. Se, ao invés, nos colocarmos na ótica do Direito da União Europeia, o Tribunal de Justiça é, de acordo com o artigo 19.º do TUE, o último guardião do Direito da União Europeia, pelo que se deverá considerar competente para aferir se a União Europeia violou os princípios do Estado de Direito Democrático, uma vez que ela também se fundamenta neles assim como está particularmente vocacionado para apreciar se as instituições da União exerceram ou não os seus poderes adequadamente.

Do exposto resulta que, não obstante o facto de a nossa Constituição tentar responder à magna questão dos conflitos de direitos provenientes da



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ordem jurídica constitucional e da ordem jurídica da União Europeia, com a cláusula constitucional relativa ao princípio do primado do Direito da União sobre o Direito interno, o facto de as relações entre o Tribunal de Justiça e os tribunais nacionais se fundamentarem num princípio de cooperação e não num princípio hierárquico, levará, em Portugal, tal como já sucedeu em outros Estados-Membros, ao diálogo com o Tribunal de Justiça, através da suscitação de questões prejudiciais com base no artigo 267.º do TFUE⁶⁷.

Uma outra situação em que vai ser necessário criar mecanismos institucionalizados de cooperação judicial prende-se com a adesão da União à CEDH. Na verdade, passará a haver dois tribunais – o TEDH e o TJUE – que potencialmente serão competentes para apreciar as violações de direitos fundamentais. Aliás, nas negociações da adesão já se equacionaram algumas hipóteses⁶⁸.

Deve, no entanto, sublinhar-se que nem sempre a cooperação judicial assume mecanismos institucionalizados, como os que acabamos de mencionar. Pelo contrário, surge até mais frequentemente na forma de um “diálogo judicial” informal, a saber:

- a) O diálogo direto entre tribunais, o qual pressupõe que os tribunais constitucionais nacionais entre si e com os tribunais internacionais bem como com o TJUE estabeleçam procedimentos formais de cooperação, como, por exemplo, a criação de redes judiciais, encarregadas da troca de informação, da organização de colóquios e conferências, da publicação de livros sobre proteção dos direitos fundamentais, etc⁶⁹;

⁶⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, ver, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, cit., p. 516 e segs.

⁶⁸ Sobre os trabalhos preparatórios da adesão da UE à CEDH, cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, “A Portuguese Perspective of the Accession on the European Union to the European Convention of Human Rights”, in ILIOPOULOS-STRANGAS / PEREIRA DA SILVA / POTACS (eds), *The Accession of the European Union to the ECHR*, Baden-Baden, 2013, p. 219 e segs.

⁶⁹ Cfr. JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, cit., p. 74; DUTHEILLET DE LAMOTHE, “Constitutional court judge's roundtable: comparative constitutionalism in practice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- b) O diálogo indireto entre os tribunais, o qual se revela a partir da análise da jurisprudência dos outros tribunais, sejam eles tribunais constitucionais nacionais, o TEDH ou o TJUE. Este diálogo parte da consulta das bases de dados públicas⁷⁰;
- c) O diálogo através da receção da doutrina estrangeira, a qual é citada nas decisões dos vários tribunais constitucionais⁷¹ e europeus.

O incremento dos meios tecnológicos de comunicação à distância⁷², assim como o uso do inglês⁷³, como língua franca, contribuirá para o acesso

555-556; AUSTEN PARRISH, “Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law”, *University of Illinois Law Review*, 2007, p. 675; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «lus est ars boni et aequi...»”, cit., p. 467-469; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The limits of global judicial dialogue”, *Washington Law Review*, 2011, p. 535-538; ANNE MEUTWESE/MARNIX SNEL, “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 2013, p. 131.

⁷⁰ Cfr. ALEC STONE, *The Birth of Judicial Politics in France – The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford, 1992 p. 7 e 8; JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, cit., p. 74; NEIL WALKER, *The migrations of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the EU case*, EUI Working Paper Law n.º 2005/04, p. 3; JUAN COLOMBO CAMPBELL, “Constitutional court judge’s roundtable: comparative constitutionalism in practice”, *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 544; DUTHEILLET DE LAMOTHE, “Constitutional court judge’s roundtable...”, cit., 553-555; HÉLÈNE LAMBERT, “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, cit., p. 520; ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «lus est ars boni et aequi...»”, cit., p. 457-458 and 464-465; PINTO BASTOS (JR.)/CECÍLIA LOIS, *Beyond the Borders of the National Constitution*, cit., p. 5; TERESA VIOLANTE, *A adjudicação constitucional e o Direito Comparado, in Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo – Um Conjunto de Perspetivas*, Coimbra, 2011, p. 338; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, p. 526; ANNE MEUTWESE/MARNIX SNEL, “Constitutional Dialogue: An Overview”, cit., p. 130-131.

⁷¹ Cfr. IDDO PORAT, *The use of foreign law in Israeli constitutional adjudication*, in <http://www.clb.ac.il/uploads/Porat%20-%20Foreign%20Law%20-%20May%204.pdf>, Telavive University, 2011, p. 3; DAVID LAW/MILA VERSTEEG, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, cit., p. 1166 e 1167; ANNE MEUTWESE/MARNIX SNEL, cit., 123-124). No que diz respeito ao Tribunal Constitucional Português, cfr., por todos, ROMANO ORRÚ, “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese: «lus est ars boni et aequi...»”, cit., p. 462.

⁷² JULIANE KOKOTT, “From Reception and Transplantation to Convergence of Constitutional Models”, cit., p. 74; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, cit., p. 1328-1329; RAN HIRSCHL, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, *Indian Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 11; HÉLÈNE LAMBERT/RAZA HUSAIN, “The British judiciary and the search for reciprocal relations with its continental partners”, in *The Limits of Transnational Law* (org. Guy Goodwin-Gill/Hélène Lambert), Cambridge, 2010, p. 142; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The limits of global judicial



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

dos tribunais a fontes de normatividade externas. Em consequência, a aceitação de um conjunto de normas globalmente vinculativas tem vindo a aumentar no domínio da proteção dos direitos fundamentais. Essas regras abrangem um núcleo duro de parâmetros constitucionais comuns que vinculam todos os Estados e comunidades políticas, independentemente das especificidades culturais e antropológicas de cada um deles⁷⁴.

Em suma, a tutela dos direitos humanos frente a todos os entes – públicos ou privados – e poderes – nacionais e internacionais (universais ou regionais) – que potencialmente têm capacidade para os condicionar, restringir e violar, bem como para os implementar e efetivar, na atualidade, só se conseguirá realizar através da interação e da influência mútua dos diversos sistemas de proteção, a qual opera numa base horizontal e não numa base hierárquica.

Assim sendo, o constitucionalismo multinível maximiza a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que permite um diálogo constante e

dialogue”, cit., p. 526; DAVID LAW/MILA VERSTEEG, “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 1183; VLAD PERJU, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, cit., p. 1305.

⁷³ HÉLÈNE LAMBERT “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, cit., p. 531; PAUL TIEDEMANN, “The use of foreign asylum jurisprudence in the German administrative courts”, in *The Limits of Transnational Law* (org. Guy Goodwin-Gill/Hélène Lambert), Cambridge, 2010, p. 67; HÉLÈNE LAMBERT/RAZA HUSAIN, “The British judiciary and the search for reciprocal relations with its continental partners”, cit., p. 141; DAVID LAW/MILA VERSTEEG “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 1183.

⁷⁴ Considerando que está em formação o conceito de “*universal commonly recognized values*”, cfr. ROLANDO QUADRI, “La tutela penale degli interessi stranieri e internazionali”, in *Scritti Giuridici*, 1988, p. 58; DIEZ SANCHEZ, *El Derecho Penal Internacional (Ambito espacial de la Ley Penal)*, Editorial Colex, 1990, p. 174; VICKI C. JACKSON, “Comparative constitutional federalism and transnational judicial discourse”, cit., p. 91-92; GÁBOR HALMAI, “The use of foreign law in constitutional interpretation”, cit., p. 1329; AUSTEN PARRISH, “Storm in a teacup: The U.S. Supreme Court’s use of foreign law”, cit., p. 642 a 644; PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, cit., p. 488; RAN HIRSCHL, “The rise of Comparative Constitutional Law: Thoughts on substance and method”, cit., p. 12; GEORG NOLTE, *Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung*, in «VVDStRL», 67 (2008), 137-139; PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado*, Coimbra, 2010, p. 242 a 246; DAVID LAW/WEN-CHEN CHANG, “The limits of global judicial dialogue”, cit., p. 525-526; JOHN BELL, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2011, p. 458-459; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, 2013, p. 182 a 191; SAM HALABI, “Constitutional Borrowing as Jurisprudential and Political Doctrine in Shri DK Basu v. State of West Bengal”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 2013, p. 13 a 15.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

permanente do Direito Internacional dos Direitos Humanos com os direitos nacionais e com o Direito da União Europeia (especialmente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual conferiu caráter vinculativo à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) e vice-versa.

IV

A Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português

10. A evolução da Jurisprudência Constitucional no domínio da tutela multinível dos direitos fundamentais

Face à postura amigável do texto constitucional português relativamente à aceitação do constitucionalismo multinível, seria expectável que os tribunais portugueses e, em especial, o Tribunal Constitucional, também se revelassem favoráveis à tomada em consideração e à aplicação de fontes internacionais de normatividade e, em especial, da jurisprudência consolidada nos tribunais europeus e internacionais. Acresce ainda que a ordem jurídica portuguesa sempre foi extremamente permeável à influência internacional, por força da sua histórica tradição de relação com outros Povos e culturas, fruto da sua posição geoestratégica e do movimento das Descobertas marítimas.

Porém, o Tribunal Constitucional depara com uma dificuldade que se prende com o sistema português de fiscalização da constitucionalidade, o qual não se revela tão “amigo” da tutela multinível dos direitos fundamentais como seria de prever.

Com efeito, como já se disse, não existe em Portugal recurso de amparo ou queixa constitucional. Pelo contrário, o sistema português de fiscalização da constitucionalidade das normas prevê um sistema de controlo difuso por parte de todos os tribunais com recurso para o Tribunal Constitucional, o qual apenas pode apreciar a constitucionalidade das normas aplicadas ou desaplicadas por inconstitucionalidade e não das decisões judiciais. Assim sendo, nos processos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, a norma surge ao Tribunal Constitucional como um dado. No fundo, é nos tribunais comuns que a questão da aplicação ou não de fontes de normatividade internacionais e europeias se joga.

Em consequência, a participação do Tribunal Constitucional Português na articulação dos diversos níveis de tutela dos direitos fundamentais tem vindo a ocorrer, essencialmente, num plano informal, através do diálogo judicial, e não tanto no plano da cooperação institucionalizada, como tem vindo a acontecer com outros tribunais constitucionais, designadamente o espanhol e o italiano.

Convém sublinhar que mesmo esse diálogo judicial não foi evidente desde o início.

Na verdade, a jurisprudência constitucional tem vindo a evoluir muito lentamente de uma mera tomada em consideração de fontes internacionais e europeias, enquanto instrumento de reforço das opções constituintes nacionais, para uma aplicação autónoma de parâmetros de constitucionalidade de fonte externa.

Esta evolução é particularmente visível, nos últimos anos, na medida em que o Tribunal Constitucional acaba por ter de reconhecer a influência de condicionantes exógenas das próprias soluções normativas nacionais. Nesse sentido, a globalização jurídica, a crise económico-financeira internacional de 2008 e as respetivas medidas de austeridade, associadas ao seu combate, motivaram uma maior consciencialização de que as imposições internacionais (em especial, de fonte europeia) acabam por assumir uma influência decisiva. Senão diretamente – enquanto fonte de normatividade constitucional –, pelo menos enquanto elemento decisivo de interpretação atualista e sistemática do próprio texto constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10.1. De uma fase inicial de (quase) negação

Numa fase inicial, o Tribunal Constitucional raramente invocava fontes internacionais ou europeias. Pelo contrário, na medida em que o texto constitucional de 1976 (posteriormente revisto em 1982) incorporava um desígnio explícito de democratização da sociedade portuguesa – anteriormente sujeita a um longo período de ditadura – e de intervenção do Estado na economia, com vista à redistribuição da riqueza e à correção das assimetrias sociais, através da garantia de prestações públicas aos cidadãos (ex: sistema nacional de educação, serviço nacional de saúde, sistema público de segurança social, etc.), a jurisprudência constitucional tende a omitir referências aos mais elementares textos de Direito Internacional e Europeu. Isto porque a extensão do texto constitucional e a preocupação em consagrar, de modo explícito, inúmeros direitos fundamentais, tornou dispensável a invocação de direitos constantes de textos internacionais.

Durante esse período, era mesmo usual proceder-se a uma análise relativamente longa das soluções consagradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros – através do método típico do Direito Comparado –, sem que se procedesse à correspondente análise do Direito Internacional aplicável a cada situação concreta. Por exemplo, no Acórdão n.º 423/87⁷⁵, o Tribunal Constitucional abordou o problema da fixação do ensino de religião e moral como disciplina obrigatória no sistema público de educação, tendo-se limitado a proceder a uma análise comparatista com as soluções ordenadas noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros. Porém, em momento algum, fez apelo a considerações ou parâmetros normativos de índole internacional, como a CEDH ou o PIDCP. Só muito mais tarde, já em 2014, no Acórdão n.º 544/2014⁷⁶, apreciando um problema de exercício da liberdade de crença e de culto religioso no local de trabalho, uma composição renovada do Tribunal Constitucional viria a invocar inúmeros textos internacionais para melhor

⁷⁵ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870423.html>.

⁷⁶ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

configurar o conceito constitucional nacional de “*liberdade religiosa*” (ex: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou na Crença, o artigo 2.º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas e, já no quadro do Conselho da Europa, o artigo 9.º da CEDH, os artigos 7.º e 8.º da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1 de fevereiro de 1995, e, no âmbito da União Europeia, o artigo 10.º da CDFUE). E esta nova preocupação com a invocação de fontes internacionais de normatividade constitucional retira-se igualmente do Acórdão n.º 578/2014⁷⁷ relativo a tema próximo.

Um outro exemplo dessa prevalência comparatista – em que o coletivo de juízes se limitava a estudar as soluções normativas de ordenamentos jurídicos estrangeiros – é o do Acórdão n.º 25/84⁷⁸, que, a propósito da apreciação da constitucionalidade da norma do Código Penal que descriminalizava, parcialmente, a interrupção voluntária da gravidez, o Tribunal levou a cabo uma análise exaustiva, no plano do Direito Comparado, mas praticamente omissa quanto à referência ou análise de fontes jurídicas internacionais (com exceção de uma referência, esparsa, à Declaração Universal dos Direitos das Crianças).

Ainda assim, apesar desta renitência evidenciada durante o período inicial, permaneceu vigente a cláusula constitucional de interpretação da Constituição à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16.º, n.º 2, da Constituição), que foi incluída no texto constitucional, logo na sua versão originária, de 1976.

Nessa fase, o primeiro acórdão a fazer uma referência expressa a uma fonte de Direito Internacional – neste caso, à Declaração Universal dos Direitos do Homem – foi o Acórdão n.º 14/84, que, apreciando uma questão relativa ao

⁷⁷ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140578.html>.

⁷⁸ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840025.html>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

direito de arrendamento, se debruçou sobre a configuração que aquele texto internacional concedia ao direito de propriedade⁷⁹. Porém, só com a adesão de Portugal às Comunidades Europeias, em 1986, se passou a notar uma abertura mínima ao Direito Internacional e Europeu, potenciada pela natural curiosidade sobre um novo sistema jurídico.

O Tribunal Constitucional português nunca assumiu, contudo, a execução direta do Direito Internacional e Europeu, enquanto fonte autónoma de normatividade constitucional, antes tendo optado por utilizá-los apenas como um instrumento de reforço argumentativo das próprias soluções consagradas na Constituição portuguesa⁸⁰. Nesta linha de entendimento, várias decisões passam a conter um breve resumo sobre a proteção internacional dos direitos fundamentais em discussão perante o Tribunal Constitucional, evidenciando um estudo cada vez mais atento e uma preocupação crescente com as soluções decorrente do Direito Internacional e do Direito Europeu.

10.2. A uma fase posterior de progressiva abertura

A abertura às influências provenientes de fontes não nacionais de normatividade constitucional poderia sido influenciada pela alteração, em 1989, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (por força da Lei n.º 85/89, de 7 de setembro).

Com efeito, a partir dessa data, a própria lei passou a encarregar o Tribunal Constitucional do controlo da compatibilidade entre normas de atos legislativos adotados pelo legislador português e os parâmetros de normatividade resultantes de convenções internacionais que vinculem o Estado português (artigo 70.º, n.º 1, *al. i*), da Lei de Organização, Funcionamento e

⁷⁹ Cfr. <http://w3.tribunalconstitucional.pt/AcordaosV22/pesquisaacordao.mvc/Details/7690>.

⁸⁰ Bem exemplar deste entendimento interpretativo é o já referido Acórdão n.º 14/84, que expressamente afirmou a autossuficiência do texto constitucional face à Declaração Universal dos Direitos do Homem: «(...) o artigo 17.º da Declaração, respeitante ao direito de propriedade, não implica qualquer mudança na interpretação até agora feita do artigo 62.º da Constituição, e quando aquele afirma, no seu n.º 2, que «ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade», isso nada adianta à questão, pois se há alguma coisa que não se pode dizer da solução dada à extinção da colónia é que ela seja arbitrária».



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Processo do Tribunal Constitucional). Isto significa que as normas dos atos legislativos portugueses passam a poder ser julgadas nulas, quando contrariem disposições imperativas constantes de convenções internacionais às quais o Estado português se tenha vinculado.

Esta abertura do sistema de fiscalização português ao controlo multinível poderia ter potenciado a tomada em consideração das fontes internacionais e europeias na jurisprudência do Tribunal, mas o facto é que aquela alteração foi introduzida com outro fim – o de resolver uma divergência entre a 1.^a e a 2.^a secção quanto ao conhecimento da inconstitucionalidade indirecta.

Apesar disso, a preocupação dos juízes do Tribunal Constitucional com os aspetos relacionados com a função paramétrica, de nível constitucional, do Direito Europeu e do Direito Internacional acabou por se ir manifestando paulatinamente. De certo modo, a invocação de fontes externas de normatividade constitucional surge como prova da consistência das decisões do Tribunal, visto que se convoca jurisprudência internacional e europeia para justificar e reforçar os juízos formulados a propósito de situações que apenas convocam, diretamente, as normas e princípios constitucionais portugueses⁸¹.

Durante este período transitório passou a ser comum a inclusão de citações não só de jurisprudência internacional, europeia e estrangeira, mas também de obras e opiniões doutrinárias de professores e investigadores estrangeiros⁸². Foi, no entanto, necessária cerca de uma década e meia após a criação do Tribunal Constitucional para que este “tomasse a sério” as fontes de normatividade internacional e europeia.

⁸¹ Como nota MARTIN SHAPIRO, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, 1980, p. 1, o conhecimento sociológico comum diz-nos que quando duas pessoas não conseguem chegar a um acordo sobre um determinado assunto, a única forma de resolver a questão é recorrer a uma terceira pessoa. O Direito Constitucional Comparado atua aqui como essa terceira pessoa. No mesmo sentido, JOHN BELL, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, cit., p. 460.

⁸² Contrariamente ao que fazem outros tribunais estrangeiros, como, por exemplo, o Supremo Tribunal Americano e os tribunais ingleses (cfr. HÉLÈNE LAMBERT, “Transnational judicial dialogue, harmonization and the Common European Asylum System”, cit., p. 531) –, o Tribunal Constitucional Português cita, essencialmente, doutrina francesa, alemã, italiana e espanhola.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A primeira decisão que revela esta nova preocupação corresponde ao Acórdão n.º 352/98⁸³ que, a propósito da possibilidade de rejeição imediata de recurso penal, em função da sua manifesta improcedência, não deixou de analisar a jurisprudência do TEDH sobre as garantias de defesa dos arguidos. Apesar de reafirmar a autossuficiência do texto constitucional português, aquela decisão passa em revista a jurisprudência do TEDH e evidencia um particular à vontade no tratamento das soluções acolhidas pela CEDH. Mais tarde, na mesma linha, pode ainda identificar-se o Acórdão n.º 12/2005⁸⁴, que adota a mesma postura, a propósito do problema da fixação de indemnização civil, a suportar pelo Estado, por aplicação de prisão preventiva ilegal, fundada em erro grosseiro. Por último, no Acórdão n.º 589/2006, em que se colocava uma questão de segredo de Justiça e de acesso aos autos, para efeitos de impugnação jurisdicional de prisão preventiva decretada, o Tribunal Constitucional voltou a ter em devida conta a CEDH e a jurisprudência do TEDH, com vista a melhor delinear o seu juízo de constitucionalidade.

Em suma, apesar de continuarem a não constituir um parâmetro autónomo de decisão⁸⁵, o Direito Internacional e o Direito Europeu começaram a surgir como auxiliares do juiz constitucional, que a eles recorre para comprovar a bondade dos juízos por si formulados.

10.3. A caminho da total aceitação da tutela multinível?

Por força de fatores quer “*endógenos*”, quer “*exógenos*”, que veremos adiante (cfr. *infra* n.ºs 10.4. e 10.5.), o Tribunal Constitucional começou a encarar o recurso ao estudo do Direito Internacional e do Direito Europeu como se de uma “obrigação” argumentativa se tratasse. Sempre que se afigure

⁸³ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980352.html>.

⁸⁴ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050012.html>.

⁸⁵ Com efeito, a jurisprudência portuguesa, nesta fase, persistiu em afirmar a autossuficiência do texto constitucional e a admitir, apenas subsidiariamente, o contributo de fontes internacionais para densificação dos conceitos constitucionais nacionais. Nesse sentido, ver os Acórdãos n.º 12/2005 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050012.html>) e n.º 682/2006 (<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060682.html>).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

relevante, a jurisprudência constitucional procede à enunciação e análise da jurisprudência internacional, europeia e estrangeira conexas. Este fenómeno torna-se ainda mais visível a partir da composição do Tribunal, que entrou em funções no ano de 2007.

Assim, logo em 2007, o Acórdão n.º 416/2007⁸⁶, afirmou – ainda que “*ad latere*”, enquanto argumento subsidiário e adicional – que o Tribunal Constitucional estaria vinculado às fontes internacionais e europeias, designadamente, para efeitos de determinação do conceito de expropriação legítima. Daí em diante, passou a ser usual a referência às exigências decorrentes da DUDH e da jurisprudência do TEDH. Disso foram exemplo:

- i) O Acórdão n.º 70/2008⁸⁷, que, procurando resolver uma divergência jurisprudencial entre as próprias secções não especializadas do Tribunal Constitucional, optou pela não inconstitucionalidade da destruição de escutas telefónicas decretadas como irrelevantes, invocando em seu favor a jurisprudência do TEDH sobre a matéria – em especial, os Acórdãos “*Huvig*”, de 24 de abril de 1990 (considerando n.º 34), “*Kruslin*”, da mesma data (considerando n.º 35), “*Valenzuela Contreras*”, de 30 de julho de 1998 (considerandos n.ºs 46, IV, e 59), e “*Prado Bugallo*”, de 18 de fevereiro de 2003 (considerando n.º 30).
- ii) O Acórdão n.º 101/2009⁸⁸, que apreciou a constitucionalidade de normas relativas à procriação medicamente assistida, recorreu ao estudo do Direito Comparado, bem como da Declaração Universal sobre o Genoma Humano, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às

⁸⁶ Cfr. www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070416.html.

⁸⁷ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080070.html>.

⁸⁸ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090101.html>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), e, ainda, o respetivo Protocolo Adicional sobre Clonagem Humana;
- iii) O Acórdão n.º 121/2010⁸⁹, que apreciou a constitucionalidade da norma do Código Civil que passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, para tanto recorrendo ao estudo do Direito Comparado, da DUDH e da CDFUE. Neste Acórdão o Tribunal proferiu mesmo uma afirmação que alguns consideraram muito ousada, qual seja a de que a DUDH só deve ser tida em conta quando conduz a uma maior proteção das pessoas;
- iv) Os Acórdãos n.º 216/2010⁹⁰, n.º 548/2011⁹¹ e n.º 41/2012⁹², que apreciaram a opção legislativa de vedação às pessoas coletivas privadas (e, em especial, às empresas) do acesso a apoio judiciário, em caso de insuficiência económica, invocaram a DUDH com vista a justificar o direito de acesso aos tribunais com fundamento na dignidade humana bem como o artigo 6.º da CEDH;
- v) O Acórdão n.º 281/2011⁹³, sobre as garantias de imparcialidade e a participação, em sede de recurso, de juízes que tenham intervindo em sede de julgamento, o Tribunal chega ao ponto de citar os Acórdãos “*Saraiva de Carvalho v. Portugal*”, “*Procola v. Luxembourg*”, “*Hauschildt v. Denmark*”, “*Morel v. France*” and “*Warsicka v. Polónia*”, do TEDH, em abono da sua posição;
- vi) O Acórdão n.º 527/2011⁹⁴, sobre o dever de notificação ao arguido das contra-alegações do Ministério Público, cita o Acórdão “*Feliciano Bichão v. Portugal*” do TEDH;

⁸⁹ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>.

⁹⁰ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100216.html>.

⁹¹ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110548.html>.

⁹² Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120041.html>.

⁹³ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110281.html>.

⁹⁴ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110527.html>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- vii) O Acórdão n.º 340/2013⁹⁵, sobre a proibição de autoincriminação ou “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, cita expressamente os Acórdãos “*Funke v. France*”, “*J.B. v. Suisse*”, “*Shannon v. United Kingdom*” and “*Saunders v. United Kingdom*”, do TEDH, enquanto fundamento do juízo proferido;
- viii) O Acórdão n.º 544/2014⁹⁶, sobre a liberdade religiosa no âmbito do exercício profissional, no respetivo local de trabalho, além da abundante referência já mencionada a fontes internacionais e europeias, ainda explícita e pondera os Acórdãos “*X v. Reino Unido*”, “*Tuomo Konttinen v. Finlândia*”, “*Associação Litúrgica Judaica Cha`are Shalom ve Tsedek v. França*” e “*Francesco Sessa v. Itália*”, todos do TEDH.

Aliás, esta última decisão afigura-se como verdadeiramente paradigmática de uma nova abordagem do Tribunal Constitucional português sobre a metódica argumentativa própria do constitucionalismo multinível. Através do referido Acórdão n.º 544/2014, o Tribunal procede a uma análise exaustiva das inúmeras fontes internacionais e europeia da liberdade religiosa, robustecendo o conceito normativo nacional com as experiências decorrentes dessa consagração internacional. O grau de minúcia na identificação e compreensão dos textos internacionais relevantes evidencia um novo julgador, bem munido das ferramentas indispensáveis a uma compreensão global e mundividente do Direito, que já não se cinge aos territórios e aos instrumentos jurídicos nacionais.

Conforme melhor se demonstrará *infra* (cfr. n.ºs 10.4. e 10.4.), esse reforço da dimensão internacional e europeia deu-se, não só pela circunstância de o coletivo ter passado a incluir diversos juristas de mérito especializados nessas áreas juscientíficas, como pela influência das instituições europeias (Comissão Europeia, BCE) e internacionais (FMI) na definição do Programa de

⁹⁵ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>.

⁹⁶ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140544.html>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Assistência Económico-Financeira, que se seguiu à gravíssima crise internacional de 2008 e que obrigou o Estado português a solicitar auxílio internacional para obter o necessário refinanciamento da sua dívida pública.

Assim, na medida em que a Constituição portuguesa foi pensada para uma situação de normalidade económico-social – e não para uma situação de grave e excecional de crise conjuntural –, surgiram inúmeros conflitos entre a interpretação que alguns agentes políticos, económicos e sociais faziam das obrigações internacionais a que o Estado português estava vinculado e a aplicação literal e descontextualizada do texto constitucional. Como tal, o Direito e a jurisprudência internacional e europeia passaram a ser convocados para garantir uma interpretação atualista do texto constitucional, assim se contextualizando as soluções plasmadas na Constituição portuguesa formal, com as exigências decorrentes de uma noção material de Constituição.

Emblemáticos desta tensão foram, precisamente, os quatro “acórdãos orçamentais”; isto é, aquelas decisões que apreciaram a constitucionalidade de várias medidas restritivas, adotadas por força do programa de austeridade, que foram incluídas nos sucessivos orçamentos de 2011 a 2014 (respetivamente, Acórdãos n.º 396/2011⁹⁷, n.º 353/2012⁹⁸, n.º 187/2013⁹⁹ e n.º 413/2014¹⁰⁰). Em todas estas decisões, se ponderaram as vinculações internacionais do Estado português ao cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento, bem como as implicações decorrentes do Programa de Assistência Económico-Financeira celebrado com a Comissão Europeia, o BCE e o FMI. Através deles, procurou-se um equilíbrio entre a garantia dos direitos e dos princípios fundamentais consagrados na Constituição portuguesa e a exigência de respeito das obrigações internacionais decorrentes do Direito Internacional e do Direito Europeu.

⁹⁷ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>.

⁹⁸ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

⁹⁹ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

¹⁰⁰ Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Contudo, atenta a delicadeza desse equilíbrio, o potencial de conflito e de divergência entre a jurisprudência nacional e internacional torna-se, neste domínio, bem mais elevado. Um caso que importa ponderar a este propósito é o do Acórdão “*Conceição Mateus c/ Portugal*”¹⁰¹ do TEDH. Este Acórdão considerou que a suspensão de pagamento do subsídio de férias e do subsídio de Natal – que havia sido declarada inconstitucional pelo Acórdão n.º 353/2012 – não era contrário à CEDH, pelo que recusou atribuir uma compensação pecuniária aos queixosos, assim ilibando o Estado português. A verdade é que, em bom rigor, não se pode afirmar que estejamos aqui perante verdadeiras decisões jurisprudenciais contraditórias, mas antes perante uma divergência de catálogos de direitos fundamentais que remete os juízes dos dois tribunais para parâmetros diversos. Enquanto o juiz europeu apreciou a questão do ponto de vista do artigo 1.º, n.º 1, do Protocolo n.º 1, ou seja, do direito de propriedade, o juiz constitucional português utilizou outros parâmetros que a Constituição lhe oferece.

Aliás, a confirmação de que o juiz constitucional português se considera vinculado ao Direito Internacional e ao Direito Europeu resulta evidente de uma das suas decisões mais recentes em matéria de aplicação de medidas legislativas de austeridade – isto é, o Acórdão n.º 574/2014¹⁰². Neste Acórdão, o Tribunal Constitucional apreciou várias medidas de conteúdo orçamental, como, por exemplo, os cortes de salários de funcionários públicos e de pensões de reformados, tendo reiterado o seu compromisso com o Direito Internacional e com o Direito Europeu, os quais foram utilizados para reforçar o seu juízo de inconstitucionalidade¹⁰³. Ali se demonstrou que os princípios

¹⁰¹ Cfr. <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁰² Cfr. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>.

¹⁰³ Nesse sentido, ver a seguinte passagem do Acórdão n.º 574/2014: «**12. Independentemente de dúvidas quanto à vinculatividade destas recomendações – adotadas no âmbito do procedimento por défice excessivo –, a verdade é que elas não impõem a Portugal medidas concretas e determinadas para controlo da despesa pública e para redução do défice, antes se limitando a enunciar os objetivos ou metas, que, esses sim, devem ser obrigatoriamente cumpridos, por força das normas indubitavelmente vinculativas da União Europeia, quais sejam as de direito originário e de direito derivado acima citadas (no entanto, algumas medidas concretas podem resultar das decisões de execução do Conselho no quadro do PAEF). Dito por outras palavras, a vinculatividade do Direito da União Europeia neste domínio não abrange**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

constitucionais consagrados na Lei Fundamental portuguesa não divergem dos princípios gerais igualmente reconhecidos pela comunidade internacional e europeia e que cabe ao legislador, no cumprimento das suas obrigações internacionais e europeias, adotar as medidas que sejam compatíveis e admissíveis face à Constituição nacional. Assim sendo, recusou-se qualquer tensão ou conflito entre o parâmetro de validade constitucional de génese nacional e os idênticos parâmetros internacionais e europeus¹⁰⁴.

Porventura, este Acórdão constitui uma das mais impressionantes demonstrações de compatibilização e de interpenetração entre o Direito Constitucional nacional e os parâmetros normativos decorrentes de fontes internacionais e europeias. Fica, assim, demonstrada, à evidência a consciencialização do Tribunal Constitucional português quanto à urgência na compreensão e na aplicação de um método integrado típico do constitucionalismo multinível.

os meios que os Estados-membros utilizam para atingir os objetivos ou metas que lhes são impostos.

Assim sendo, o facto de se admitir que as normas adotadas e a adotar pelo legislador nacional com vista a prosseguir os objetivos acima referidos se devem conformar com as prescrições da União Europeia não tem consequências do ponto de vista da aplicação das normas constitucionais. Pelo contrário, num sistema constitucional multinível, no qual interagem várias ordens jurídicas, as normas legislativas internas devem necessariamente conformar-se com a Constituição [competindo ao Tribunal Constitucional, de acordo com a CRP, administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais (cfr. artigo 221.º da CRP)]. Aliás, o próprio direito da União Europeia estabelece que a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-membros, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (cfr. artigo 4.º, n.º 2, do TUE)».

¹⁰⁴ E mais se disse, nesse acórdão: «Sublinhe-se, por último, que neste domínio não há sequer divergência entre o Direito da União Europeia e o Direito Constitucional Português. Efetivamente, os princípios constitucionais da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança, que têm servido de parâmetro ao Tribunal Constitucional para aferir da constitucionalidade das normas nacionais relativas a matérias conexas com as que se apreciam nos presentes autos, fazem parte do núcleo duro do Estado de direito, integrando o património jurídico comum europeu, a que a União também está vinculada».



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10.4. As razões da evolução

10.4.1. Endógenas

A evolução da jurisprudência constitucional portuguesa acabada de enunciar não é produto do acaso. Pelo contrário, são várias as circunstâncias que têm vindo a contribuir para o reforço da atenção do Tribunal Constitucional português sobre as implicações do constitucionalismo multinível. Do ponto de vista da própria dinâmica interna do Tribunal, importa frisar a progressiva designação de membros provenientes de áreas de especialização em Direito Internacional e Direito Europeu. Entre 2003 e 2007, a Vice-Presidência do Tribunal Constitucional foi exercida por um anterior Juiz do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (1995-2003) e Professor Universitário especializado nas áreas do Direito Internacional (Público e Privado) e do Direito da União Europeia - Rui Moura Ramos – o qual viria a exercer a função de Presidente do Tribunal Constitucional entre 2007 e 2012. Entre 2003 e 2012 dois outros juízes – Maria Helena Brito e Gil Galvão – recrutados, na sua qualidade de juristas de mérito, revelavam uma particular sensibilidade para as questões internacionais e europeias, devido às funções que tinham exercido anteriormente à sua designação como juízes do Tribunal Constitucional.

Este movimento de crescente integração de especialistas nessas áreas reforçou-se com a designação de outras duas juízas – professoras universitárias especializadas nas áreas de Direito Internacional e Direito Europeu: Ana Guerra Martins (2007-...) e Maria José Rangel de Mesquita (2012-...).

Além disso, a própria formação dos juízes provenientes das magistraturas começou a revelar uma maior influência dos estudos de Direito Internacional e Europeu. Com efeito, o Centro de Estudos Judiciários passou a integrar nos seus programas de formação ações e palestras várias sobre Direito Internacional e Direito Europeu, tendo chegado mesmo a incluí-los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

como tema obrigatório nos exames de acesso à magistratura. Acresce ainda a consagração progressiva, a partir de 1986, nos programas curriculares das principais Faculdades de Direito portuguesas não só de disciplinas de Direito Internacional (Público e Privado), como também de Direito das Comunidades Europeias, atualmente, Direito da União Europeia.

Daqui decorre que os juízes de carreira, provenientes dos tribunais judiciais e administrativos/tributários, gozam, hoje, de um conhecimento bem mais exaustivo sobre as especificidades de disciplinas como Direito Internacional, Direito da União Europeia e Direito Comparado do que era habitual, há algumas décadas atrás.

10.4.2. Exógenas

Além destas razões que têm, essencialmente, a ver com a formação dos juízes que compõem o Tribunal, verificam-se, igualmente, causas externas que condicionam a mudança de paradigma argumentativo das decisões.

No caso português, a grave crise financeira internacional de 2008 traduziu-se na necessidade de adesão a um Programa de Assistência Económica Financeira, em 2011, que permitiu o acesso a uma linha de financiamento público do Estado português, mas, em contrapartida, implicou a vinculação internacional a um conjunto de deveres de resultado, designadamente, em matéria de equilíbrio orçamental das contas públicas. Assim, desde 2011, tiveram de ser adotadas, no ordenamento jurídico português, inúmeras medidas restritivas de direitos fundamentais, exigidas por uma política de austeridade orçamental, que acabaram por ser objeto de reiterada fiscalização do Tribunal Constitucional, a pedido de outros titulares de órgãos de soberania dotados de legitimidade processual ativa para o efeito. Todas as leis do orçamento, desde 2011 a 2014, deram lugar a outras tantas decisões de inconstitucionalidade (respetivamente, os Acórdãos n.º 396/2011, n.º 353/2012, n.º 187/2013 e n.º 413/2014).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ora, uma das principais questões em discussão, nessa sede, residia precisamente numa (pretensa) tensão entre o cumprimento das obrigações internacionais do Estado português e o respeito pelos imperativos constitucionais consagrados na Lei Fundamental. Assim sendo, o estudo e a análise do Direito Internacional, do Direito Europeu e das suas relações recíprocas com as fontes internas de constitucionalidade tornaram-se um ponto crucial da metódica constitucional prosseguida pelo Tribunal Constitucional.

Acrescente-se ainda que a progressiva globalização das situações jurídicas e a incapacidade dos Estados nacionais para resolverem satisfatoriamente, por si só, situações transnacionais, que envolvem pontos de contacto com diversos ordenamentos jurídicos, contribuiram igualmente para o reforço de um constitucionalismo multinível, que logre garantir, de modo adequado, as pretensões dos indivíduos e das empresas. De certo modo, o acesso imediato a uma informação globalizada denuncia a identidade de problemas jurídicos entre os vários ordenamentos jurídicos nacionais e tem convocado, cada vez mais, o Tribunal Constitucional português para um dedicado estudo de matriz comparatista. Por esta via, a jurisprudência constitucional não se furta a um verdadeiro “*benchmarking*” entre as soluções vigentes noutros ordenamentos jurídicos, deles extraíndo os melhores critérios para a solução dos casos concretos que é convocado a decidir.

11. Síntese conclusiva

Terminado o presente relatório, importa proceder a uma breve síntese conclusiva:

1. A tutela dos direitos fundamentais num Estado – como é o caso de Portugal – que é membro da União Europeia, do Conselho da Europa e das Nações Unidas tem obrigatoriamente de ser equacionada numa perspectiva multinível, uma vez que a proteção dos direitos fundamentais convoca não só a ordem jurídica constitucional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nacional como também a ordem jurídica da União Europeia, o Direito da CEDH e até o Direito Internacional universal.

2. Ora, esta multiplicação dos sistemas de tutela dos direitos fundamentais, que constitui parte integrante do constitucionalismo plural ou multinível, não deve conduzir, todavia, a uma redução dos níveis de protecção, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais.
3. A Constituição Portuguesa revela uma enorme abertura ao constitucionalismo multinível e à tutela multinível de direitos fundamentais que lhe está associada, o que não impede que quer do ponto de vista do conteúdo dos direitos quer da garantia dos mesmos se venham a verificar dificuldades de articulação entre os diversos níveis de protecção dos direitos fundamentais.
4. Essas dificuldades têm vindo a ser progressivamente minimizadas, por um lado, através do esforço realizado no sentido da convergência de direitos e, por outro lado, através da criação de meios de cooperação judicial institucionalizados ou informais que têm como objetivo primordial evitar a contradição de decisões judiciais.
5. O Tribunal Constitucional Português, não obstante as particularidades do sistema de fiscalização da constitucionalidade serem bastante adversas a uma participação institucionalizada na tutela multinível dos direitos fundamentais, tem acompanhado esta tendência.
6. A prová-lo está a jurisprudência, sobretudo, da última década, a qual passou a levar, cada vez mais, em linha de conta o Direito Internacional universal, o Direito Europeu dos Direitos Humanos e o Direito da União Europeia.
7. Note-se, porém, que, para o Tribunal Constitucional, as normas e os princípios destas áreas jurídicas não operam como parâmetro de constitucionalidade num plano equivalente ao das normas e princípios que integram a CRP.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. Aliás, no estágio atual de evolução do Direito, dificilmente se encararia uma tal possibilidade, na medida em que isso implicaria aceitar uma relação de hierarquia entre as ordens jurídicas mencionadas assim como entre os respetivos Tribunais.
9. Ora, atualmente, a tutela multinível dos direitos fundamentais é dominada por relações de cooperação e pelo diálogo judicial, no qual o Tribunal Constitucional Português participa ativamente, como se prova pela sua inclusão em vários *fora* internacionais.

outubro de 2014