

VII CONFERÊNCIA IBERO-AMERICANA DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL MÉXICO, ABRIL DE 2009

“ESTRUTURA E ATRIBUIÇÕES DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DA IBERO-
-AMÉRICA”

Relatório Português¹

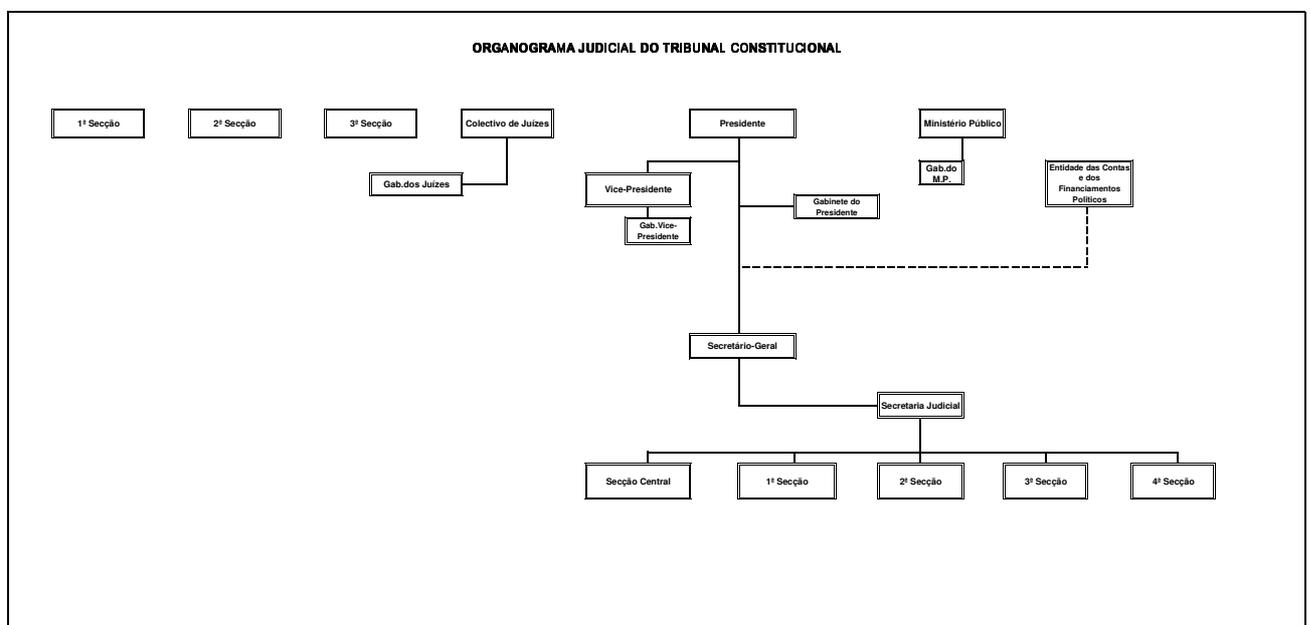
¹ António Duarte Silva e Manuela Baptista Lopes, assessores principais do Tribunal Constitucional

A. ESTRUTURA

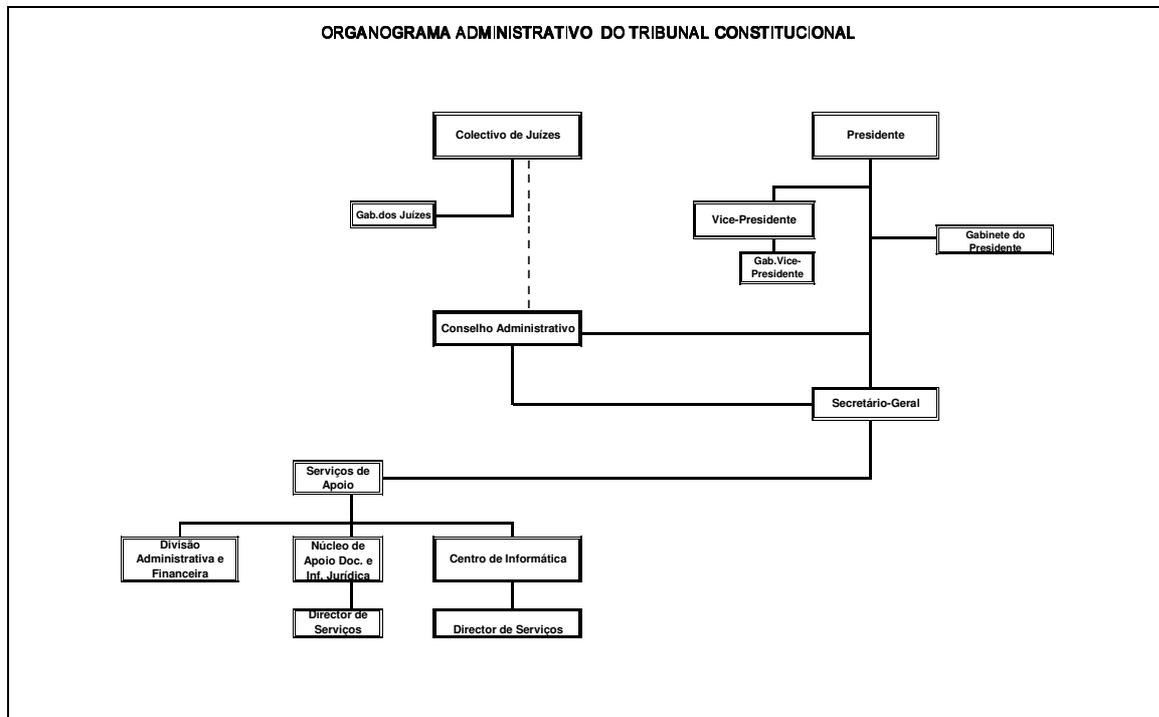
1. Organogramas:

Apresentam-se três organogramas:

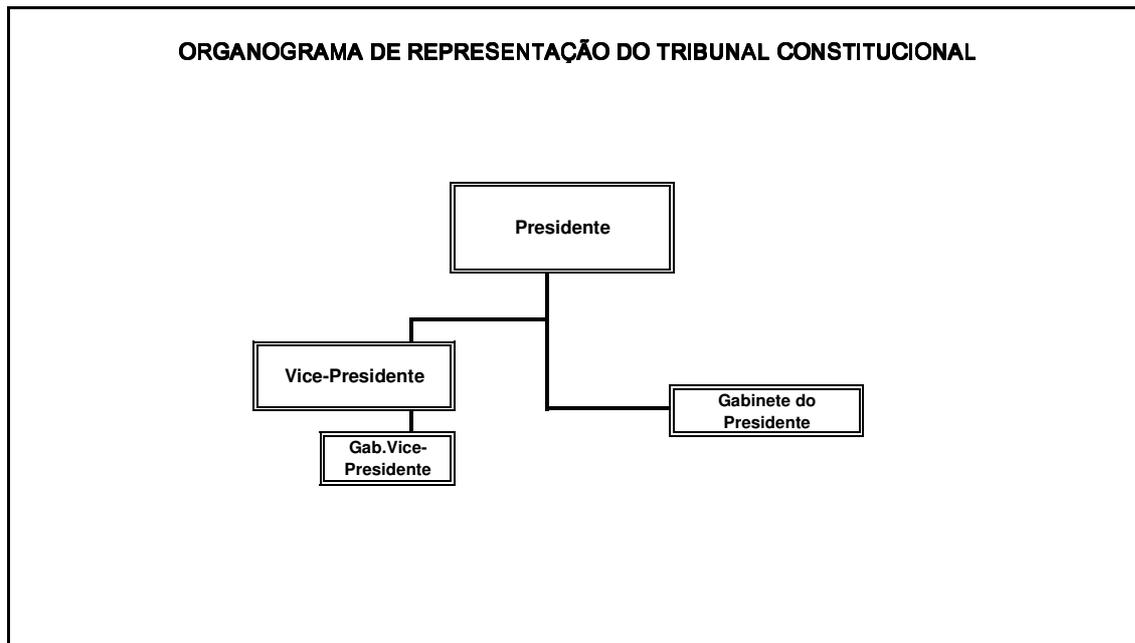
◆ Organograma judicial ou jurisdicional



◆ Organograma administrativo



◆ Organograma de representação



2. Descrição breve dos principais órgãos e serviços que compõem cada organograma

2.1. O organograma jurisdicional ou judicial compreende o corpo de juízes do Tribunal Constitucional (TC), seu Presidente, Vice-Presidente, Ministério Público junto do Tribunal e organização dos serviços na vertente processual: Secretaria Judicial, Secções de Processos e Gabinetes dos magistrados judiciais e do ministério público.

A Secretaria Judicial compreende uma secção central e quatro secções de processos. À secção central competem tarefas relativas à organização administrativa geral (designadamente, registo de papéis e documentos, distribuição de processos e organização de arquivo).

Às secções de processos compete, nomeadamente, a movimentação de processos, a apresentação de tabelas para julgamento, o registo de acórdãos e a sua notificação.

A Secretaria Judicial é dirigida por um funcionário de justiça que acumula com as funções da chefia da secção central.

As secções são dirigidas por escrivães de direito.

2.2. O organograma administrativo compreende os serviços do Tribunal Constitucional na vertente administrativa: Conselho Administrativo, Secretaria-Geral, Divisão Administrativa e Financeira, Núcleo de Apoio Documental e Informação Jurídica e Centro de Informática.

Ainda que, no rigor dos termos, os Gabinetes de Apoio ao Presidente, Vice-Presidente, Juízes e Ministério Público devessem ser mencionados no organograma administrativo, optou-se por os mencionar no organograma jurisdicional dada a sua instrumentalidade relativamente à função jurisdicional.

Ao Núcleo de Apoio Documental e Informação Jurídica competem funções relativas à organização e gestão da Biblioteca do Tribunal; à organização e actualização permanente de um arquivo documental; à promoção da publicação no jornal oficial (Diário da República) dos acórdãos que, nos termos da lei aí devam ser publicados; à edição de acórdãos seleccionados; à gestão das bases de dados informatizadas das decisões do Tribunal; a pesquisas e estudos de natureza jurídica determinados pelo Presidente do Tribunal; à cooperação com instituições nacionais e estrangeiras.

À Divisão Administrativa e Financeira compete, nomeadamente, a gestão dos recursos humanos, a gestão financeira e a preparação dos orçamentos e das contas do Tribunal.

Deve pôr-se em relevo, no organograma administrativo, a existência de um Conselho Administrativo que é composto pelo Presidente do Tribunal, dois Juízes, pelo Secretário-geral e pelo Chefe de secção de expediente e contabilidade.

A este Conselho cabe proceder à gestão financeira do Tribunal, designadamente elaborando os projectos de orçamento e a conta de gerência anual do Tribunal que é submetida à apreciação do Tribunal de Contas.

Ainda a nível do organograma administrativo, refira-se a existência de uma Entidade das Contas e Financiamentos Políticos. Esta é um órgão independente que funciona junto do Tribunal e que tem como atribuição coadjuvá-lo tecnicamente na apreciação e fiscalização das contas dos partidos políticos e das campanhas eleitorais para Presidente da República, para a Assembleia da República, para o Parlamento Europeu, para as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas e para as autarquias locais.

2.3. O organograma de representação compreende, para além do Presidente e do Vice-Presidente, os respectivos gabinetes.

O Chefe do Gabinete do Presidente dirige o gabinete e assegura a coordenação dos serviços de apoio directo à actividade do Presidente, desempenhando também, nesse âmbito, as funções de responsável pelas relações internacionais.

3. Número de juízes e de representantes do Ministério Público

Quanto à sua estrutura judicial ou jurisdicional, o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes (artigo 222.º da Constituição da República Portuguesa, doravante citada como CRP; art. 12.º, 1, da Lei do Tribunal Constitucional - Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, alterada pelas Leis nºs. 143/85, de 26 de Novembro, 85/89, de 7 de Setembro, 88/95, de 1 de Setembro e 13-A/98, de 26 de Fevereiro, doravante citada como LTC).

O Ministério Público é representado junto do Tribunal Constitucional pelo Procurador-Geral da República que pode delegar as suas funções no Vice-Procurador-Geral ou num ou mais Procuradores-Gerais Adjuntos (art.º 44.º, LTC).

4. Requisitos de elegibilidade

A CRP determina (art. 222.º, 2) que seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados pelos restantes juízes são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os sete juízes restantes são obrigatoriamente juristas.

A Lei do Tribunal pormenoriza as regras relativas ao estatuto dos juízes do Tribunal:

- Os candidatos a juízes têm de ser cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em direito ou juízes dos outros tribunais (artigo 13º, 1, LTC);

- Não existem quaisquer requisitos de idade mínima ou máxima ou qualquer tempo de experiência profissional para o exercício de funções como juiz constitucional, embora não possa deixar de considerar-se a existência de “limites implícitos” que decorrem de um limite mínimo de idade (que resulta da necessidade de possuir a licenciatura em Direito e/ou a qualidade de juiz dos outros tribunais) e de um limite máximo de idade, para os juízes dos restantes tribunais (não podem ser designados aqueles que, no momento da designação, já tiverem atingido o limite de idade para o exercício da função - 70 anos) ⁽¹⁾;

- Os juízes do Tribunal Constitucional gozam das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos às incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais (art. 222.º, 5, CRP);

- Os juízes do Tribunal Constitucional não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, excepto nos termos e limites em que o são os juízes dos tribunais judiciais (artigo 24º LTC).

5. Processo de nomeação e eventual reeleição

Quanto ao processo de nomeação, relativamente aos juízes designados pela Assembleia da República, são apresentadas candidaturas, devidamente instruídas com os elementos de prova da elegibilidade dos candidatos e respectivas declarações de aceitação de candidatura.

As candidaturas são apresentadas em lista completa por um mínimo de 25 e um máximo de 50 Deputados, perante o Presidente da Assembleia da República, até cinco dias antes da reunião marcada para a eleição e devem conter a indicação de candidatos em número igual ao dos mandatos vagos a preencher. Nenhum deputado pode subscrever mais de uma lista de candidatura e é competência do Presidente da Assembleia da República verificar os requisitos de elegibilidade dos candidatos e demais requisitos de admissibilidade das candidaturas. Da sua decisão cabe recurso para o Plenário da Assembleia da República.

A relação nominal dos candidatos é publicada no Diário da Assembleia da República e segue-se o processo de votação. São eleitos os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções (art. 14.º-16.º, LTC).

Quanto aos juízes cooptados pelos seus pares, em número de três, é organizada uma relação nominal dos indigitados, a partir dos nomes indicados pelos juízes eleitos pela Assembleia da República e segue-se uma votação, considerando-se designado o indigitado que obtiver um mínimo de 7 votos na votação e que aceitar a designação (art.ºs 17.º-19.º, LTC).

O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal são eleitos pelos juízes do Tribunal de entre os seus membros (art.º 222.º, 4, CRP e art.º 37.º, LTC).

6. Duração do cargo

O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional tem a duração de nove anos e não é renovável (art.º 222.º, 3, CRP e 21.º, LTC) .

O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos por um período de quatro anos e meio (metade do mandato de juiz do Tribunal Constitucional), podendo ser reconduzidos. No limite, podem, portanto, desempenhar funções por um período igual ao da duração do mandato (art.º 37.º, LTC).

7. Pressupostos de sanções e/ou abandono do cargo por cessação de funções

O regime da responsabilidade civil e criminal dos juízes do Tribunal rege-se pelas normas que regulam a mesma matéria relativamente aos juízes do Supremo Tribunal de Justiça, bem como pelas normas relativas à respectiva prisão preventiva (art.º 26.º, LTC).

Assim, movido procedimento criminal contra juiz do Tribunal Constitucional e acusado este por crime praticado no exercício das suas funções, o seguimento do processo depende de deliberação da Assembleia da República. Se esta autorizar o prosseguimento do processo, o Tribunal suspenderá o juiz do exercício das suas funções.

Se tiver sido deduzida acusação contra juiz do Tribunal Constitucional por crime estranho ao exercício das suas funções, o Tribunal decidirá se o juiz deve ou não ser suspenso de funções para o efeito de seguimento do processo.

É obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

Relativamente à responsabilidade disciplinar, compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional o exercício do poder disciplinar sobre os seus juízes, mesmo nos casos em que a acção disciplinar respeite a actos praticados no exercício de outras funções.

Compete, designadamente, ao Tribunal a instauração de processos disciplinares, a nomeação dos respectivos instrutores de entre os seus membros, a deliberação sobre suspensão preventiva eventual e o julgamento definitivo dos processos (art.º 25.º, LTC).

Das decisões do Tribunal Constitucional em matéria disciplinar cabe recurso para o próprio Tribunal e, relativamente aos casos não previstos na Lei do Tribunal Constitucional, aplica-se aos seus juízes o regime disciplinar estabelecido na lei para os magistrados judiciais.

No que diz respeito à cessação de funções, as funções dos juízes do Tribunal Constitucional apenas cessam, antes do termo do mandato para que foram designados, nos casos previstos no artigo 23º, LTC (morte, impossibilidade física permanente, renúncia, aceitação de lugar ou prática de acto legalmente incompatível com o exercício das suas funções, demissão ou aposentação compulsiva, em consequência de processo disciplinar ou criminal).

No caso de renúncia, esta é declarada por escrito ao Presidente do Tribunal e não depende de aceitação.

8. Características das sessões.

Modelo de acesso à informação

O Tribunal Constitucional funciona em sessões plenárias e por secções, reúne ordinariamente segundo a periodicidade a definir no regimento interno e extraordinariamente sempre que o Presidente o convocar, por iniciativa própria ou a requerimento da maioria dos juízes em efectividade de funções (art.º 40.º, LTC).

Quer em plenário quer em secção, só pode funcionar estando presente a maioria dos respectivos membros em efectividade de funções, incluindo o Presidente ou o Vice-Presidente (art.º 42.º, LTC).

As deliberações são tomadas à pluralidade de votos dos membros presentes, dispondo cada juiz de 1 voto e o Presidente, ou Vice-Presidente, quando o substitua, de voto de qualidade.

Os juízes do Tribunal Constitucional têm o direito de lavrar declarações de voto conformes ao sentido da decisão, mas explicitando diferentes fundamentações, e declarações de voto de vencido.

Os acórdãos são habitualmente decididos em secção, havendo intervenção do plenário quando o Presidente, com a concordância do Tribunal, assim o determinar para evitar divergências jurisprudenciais ou quando o considere necessário em função da natureza da questão. Assinale-se que a decisão da intervenção do plenário pode ser tomada até ao momento em que seja ordenada a inscrição do processo em tabela para julgamento, com

excepção dos recursos interpostos em processo penal em que a decisão de intervenção do plenário deve ocorrer antes da distribuição do processo.

Refira-se ainda que o processo constitucional é um processo escrito, isto é não há lugar a intervenções orais das partes ou dos seus advogados e não há audiências públicas.

A excepção a esta regra do processo escrito pode encontrar-se nos processos relativos à declaração de que uma qualquer organização perfilha a ideologia fascista e à sua consequente extinção. Na verdade, a estes processos aplica-se o regime processual previsto na Lei 64/78, de 6.10, havendo, designadamente, lugar à realização de audiência de discussão e julgamento.

◆ No que diz respeito à informatização processual, refira-se que o Tribunal Constitucional dispõe de um *software* de gestão de informação – SGI. Este sistema apoia a gestão processual, de modo a garantir uma evolução faseada e prudente para um processo tendencialmente em suporte maioritariamente informatizado. Assim, os processos no Tribunal Constitucional dão entrada em suporte papel, mas, a partir desse momento, muitos dos procedimentos estão informatizados. O registo do processo é feito em suporte informático, o processo é numerado automaticamente e um acervo de informação importante é imediatamente arquivado electronicamente, como, por exemplo, o tribunal de onde proveio o processo, todos os tribunais que nele intervieram e informações relevantes relativas ao(s) advogado(s) no processo constitucional. A distribuição do processo, feita pelo juiz distribuidor, também é feita com apoio informático. O sistema informático procede, de forma automática, aos procedimentos processuais correntes: notificação, vistas ao Ministério Público, termos de conclusão, termos de revisão.

O sistema informático também apoia as notificações, a elaboração da conta do processo e emite as guias nos casos em que há lugar a pagamento de custas.

Os requerimentos e alegações em processo constitucional podem dar entrada por correio electrónico.

Quanto à possibilidade de acesso aos processos no interior do Tribunal Constitucional, os funcionários judiciais têm acesso a todos os processos e os juízes têm acesso aos processos de que são relatores.

No momento, procede-se ao estudo da possibilidade do acesso exterior por via informática. Prevê-se que, num futuro próximo, os advogados possam ter acesso ao andamento dos processos em que intervenham através da atribuição de uma palavra-passe.

◆ Relativamente ao **modelo de acesso à informação**:

• São publicadas na 1.^a série do *Diário da República*, entre outras, as decisões que declarem a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de quaisquer normas, bem como as que verifiquem a existência de inconstitucionalidade por omissão (art. 3.º, LTC).

• São publicadas na 2.^a série do *Diário da República* todas as decisões que não devam ser publicadas na 1.^a série e não revistam natureza interlocutória ou não sejam meramente repetitivas de outras anteriores.

• O Tribunal Constitucional tem um portal na internet, acessível a qualquer utilizador (inclusivamente, portanto, exterior ao Tribunal Constitucional, abrangendo qualquer cidadão e não apenas os profissionais da área jurídica), em que se encontram publicados, em versão integral, todos os acórdãos desde 1989 e todas as decisões sumárias desde 1998. Existe o projecto de recuperar paulatinamente todos os acórdãos e todas as decisões sumárias anteriores a estas datas.

• Nas bases de dados jurídico-documentais do Ministério da Justiça, da responsabilidade do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça e disponíveis em portal na internet, constam acórdãos do Tribunal Constitucional até 1998, num total de 6107 documentos. É possível obter um conjunto de dados sobre cada um dos acórdãos inseridos na base, incluindo um sumário, e fazer pesquisa livre, por termos e por campos, mas não está disponível o texto integral dos Acórdãos. Esta base também disponibiliza um *link* para a secção de jurisprudência do portal do Tribunal Constitucional.

O *site* permite também a todos os utilizadores pesquisa simples e pesquisa avançada, com opções de vários descritores nos acórdãos.

• O Tribunal publica, em colectânea com a designação “Acórdãos do Tribunal Constitucional”, os seus acórdãos com interesse doutrinário, tenham ou não sido publicados em *Diário da República* (art. 115.º, 2, LTC). Tendencialmente, são publicados três volumes por ano, correspondentes aos quadrimestres. Foram publicados, até ao momento, 67 volumes, abrangendo os acórdãos proferidos até ao fim de Fevereiro de 2007. Esta publicação inclui sumários alargados dos acórdãos publicados, sumários sucintos dos acórdãos proferidos no período a que o volume se refere e nele não publicados e índice de preceitos normativos invocados nos acórdãos divididos por:

- Constituição
- Lei do Tribunal Constitucional
- Diplomas relativos a eleições e referendo nacional

- Diplomas relativos ao financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais
- Diplomas e preceitos legais e regulamentares submetidos a juízo de constitucionalidade

Cada volume inclui ainda um índice ideográfico e um índice geral.

Os acórdãos de cada volume são publicados não por ordem cronológica, mas sim agrupados por espécies:

- Fiscalização preventiva da constitucionalidade.
- Fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade.
- Fiscalização concreta (recursos).
- Outros processos (sendo aqui publicados, designadamente, os acórdãos relativos aos partidos políticos).

Refira-se ainda que, no termos do art.º 115.º, 1, LTC, deveriam ser publicados no Boletim do Ministério da Justiça todos os acórdãos do Tribunal com interesse doutrinário, cabendo a selecção ao Presidente. Esta publicação foi efectuada até Agosto de 2000, altura em que cessou a publicação do Boletim do Ministério da Justiça.

Ainda relativamente ao acesso à informação, refira-se:

- A existência de uma Biblioteca, a melhor do país na área do Direito Constitucional e da Ciência Política, aberta à consulta por parte de magistrados judiciais e do Ministério Público, docentes universitários, advogados e juristas, nacionais e estrangeiros.

Grande parte do catálogo consta de uma base de dados informatizada que se encontra disponível *in loco* e também no portal da internet. As obras de aquisição mais antiga, nomeadamente artigos de revistas, são pesquisáveis através de um ficheiro manual nas instalações da Biblioteca.

- O Tribunal Constitucional dispõe ainda de um importante acervo de obras que pertenceram à Professora Doutora Isabel Maria Magalhães Colaço e que estão guardadas numa sala própria.

Estas obras constam do catálogo Magalhães Colaço, também disponível no portal da internet.

Algumas das espécies bibliográficas são de acesso condicionado e todas se destinam a leitura presencial não podendo ser requisitadas para o exterior.

- A pedido e após autorização do Presidente, é possível efectuar visitas ao Tribunal. Os pedidos são de diversas origens e vão desde pedidos de académicos a grupos de estudantes.

• O Tribunal mantém relações de colaboração e de intercâmbio com as Instituições de jurisdição constitucional dos Países de língua oficial portuguesa.

9. Faculdade de apresentar iniciativas de lei

No sistema constitucional português, a competência legislativa incumbe à Assembleia da República (art.º 161.º, CRP) e ao Governo (art.º 198.º, CRP) e é a estes órgãos que compete a iniciativa legislativa.

Contudo, é evidente a função coadjuvadora da actividade legislativa por parte do Tribunal Constitucional, uma vez que a jurisprudência do Tribunal Constitucional provoca muitas vezes a iniciativa legislativa dos órgãos próprios, não apenas pela influência das posições doutrinárias que aí sustenta como ainda na sequência de declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art.º 281.º, CRP).

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das Regiões autónomas, dos Presidentes das Assembleias Legislativas destas Regiões, o Tribunal Constitucional tem também competência para apreciar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência dessa inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente, o que pode dar ensejo a iniciativas legislativas.

10. Orçamento dos últimos 10 anos:

1998- 2007

1998 – 3.787.896,00 € (euros)

1999 – 3.935.446,00 €

2000 – 4.485.814,00 €

2001 – 4.737.193,00 €

2002 – 4.464.160,00 €

2003 – 4.537.269,00 €

2004 – 4.537.269,00 €

2005 – 6.142.496,00 €

2006 – 5.891.952,00 €

2007 – 5.818.000,00 €

Relativamente à questão de saber se, como matéria integrante da independência judicial, existe na Constituição a fixação de uma percentagem mínima a alocar ao orçamento do Tribunal Constitucional, a resposta é negativa.

A Lei do Tribunal Constitucional dispõe que o Tribunal aprova o projecto do seu orçamento e apresenta-o ao Governo nos prazos determinados para a elaboração da proposta de lei do Orçamento do Estado, a submeter à Assembleia da República. A mesma lei dispõe ainda que o Tribunal aprova o orçamento das suas receitas próprias e das correspondentes despesas, inscritas segundo o regime de compensação em receitas (art. 47º-A, LTC).

São receitas próprias do Tribunal as dotações do Orçamento do Estado, o saldo da gerência do ano anterior, o produto de custas e multas, o produto da venda de publicações de que seja editor ou de serviços prestados pelo seu núcleo de apoio documental e outras que lhe sejam atribuídas por qualquer outro título.

B. SISTEMA DE CONTROLO CONSTITUCIONAL

1. DESCRIÇÃO GERAL DO SISTEMA DE CONTROLO CONSTITUCIONAL

No que respeita ao controlo da constitucionalidade, o sistema de fiscalização português compreende:

- **Controlo preventivo** (necessariamente abstracto)
- **Controlo abstracto sucessivo**
- **Controlo concreto**
- **Controlo da inconstitucionalidade por omissão.**

O controlo preventivo (art.º 278.º, CRP, art.º 51.º, LTC), o controlo abstracto sucessivo (art.º 281.º, CRP, art.º 51.º, LTC) e o controlo da inconstitucionalidade por omissão (art.º 283.º, CRP, art.º 51.º, LTC), são da exclusiva competência do Tribunal Constitucional.

A iniciativa **do controlo preventivo da constitucionalidade** cabe, desde logo, ao Presidente da República relativamente a qualquer norma de tratado internacional que esteja em processo de ratificação, de decreto em processo de promulgação como decreto ou decreto-lei ou de acordo internacional que lhe tenha sido remetido para assinatura.

Também os Representantes da República nas Regiões Autónomas (Açores e Madeira) podem requerer a apreciação preventiva de constitucionalidade de qualquer norma que conste de decreto legislativo regional pendente para assinatura.

Relativamente a decretos que tenham sido enviados ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, a iniciativa da fiscalização preventiva da constitucionalidade cabe ao próprio Presidente da República, ao Primeiro-Ministro e a um quinto dos deputados da Assembleia da República (o Parlamento Nacional) que estejam em efectividade de funções.

No que se refere ao **controlo abstracto sucessivo**, a fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade pode ser desencadeada por requerimento do Presidente da República; do Presidente da Assembleia da República; do Primeiro-Ministro; do Provedor de Justiça; do Procurador-Geral da República; de um décimo dos deputados da Assembleia da República.

Quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade tiver por base a violação dos direitos das regiões autónomas (Açores e Madeira) ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundamentar em violação do estatuto destas regiões, a iniciativa da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade cabe ainda aos representantes da República; aos Presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas; aos Presidentes dos Governos Regionais; a um décimo dos deputados da Assembleia Legislativa respectiva.

A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade nos casos de fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade tem força obrigatória geral. Esta mesma força é reconhecida à declaração pelo Tribunal Constitucional de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de qualquer norma que tenha sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

Atente-se em que a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, mas pode haver lugar a uma restrição de efeitos desta declaração.

Assim, se a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de uma norma se dever à violação de uma norma constitucional ou legal que é posterior à norma declarada inconstitucional ou ilegal, a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade só produz efeitos a partir da entrada em vigor da norma que deu origem à inconstitucionalidade ou ilegalidade.

O Tribunal Constitucional pode também declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral com efeitos mais restritos do que os que decorrem da produção de efeitos a partir da entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, ou da entrada em vigor de norma constitucional ou legal posterior que gerou a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma declarada inconstitucional, nos casos em que a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exijam. A faculdade atribuída ao Tribunal Constitucional de, nestes casos, fixar efeitos mais restritos depende de fundamentação desta necessidade.

Mencione-se ainda a situação da verificação da inconstitucionalidade por omissão. Também nestes casos vigora o princípio do pedido, isto é o Tribunal não tem competência *ex officio*. Nestes casos, a iniciativa da verificação de existência de inconstitucionalidade por omissão cabe ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça e ainda aos Presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas se estiver em causa a violação de direitos destas últimas.

Fala-se, neste caso, de reconhecimento da existência de inconstitucionalidade por omissão, visto que o Tribunal apenas constata essa omissão e dá conhecimento dela ao órgão legislativo competente, sem que a lei lhe permita formular uma recomendação. De um ponto de vista de magistério de influência, é de supor, no entanto, que esta verificação de inconstitucionalidade por omissão possa ter efeitos.

Assinale-se que a formulação do artigo da CRP que prevê a verificação da existência da inconstitucionalidade por omissão representa uma diferente tomada de posição relativamente ao regime que vigorava anteriormente à revisão constitucional de 1982 e à criação do Tribunal Constitucional. Na verdade, antes dessa revisão, o órgão de fiscalização da constitucionalidade tinha competência para recomendar aos órgãos legislativos competentes a emissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. Ter-se-á querido com esta alteração afirmar, também nesta matéria, a divisão de poderes entre o Legislativo e o Judicial, dando efectivamente ao Tribunal Constitucional competência para constatar inconstitucionalidades por omissão, mas não para as colmatar, nem mesmo de forma indirecta por meio de recomendações dirigidas aos órgãos legislativos.

Saliente-se ainda que não apenas a fiscalização da constitucionalidade por acção, mas também a fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas por omissão constitui limite material de revisão da Constituição (alínea 1) do artigo 288.º, CRP).

◆ Já quanto ao **controlo concreto da constitucionalidade**, o sistema português pode ser caracterizado como um sistema misto.

Na verdade, a Constituição portuguesa não consagrou o modelo americano de controlo difuso, a cargo de todos os tribunais, nem um modelo concentrado, que coloca a fiscalização da constitucionalidade concreta apenas na competência do Tribunal Constitucional.

O modelo português atribui a todos os tribunais (todos os tribunais e não apenas os tribunais de recurso) uma competência *ex officio* de controlo da constitucionalidade, ao dispor que, nos feitos submetidos a julgamento, não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (art.º 204.º).

A competência definitiva em matéria de conhecimento de constitucionalidade está reservada ao Tribunal Constitucional, já que de todas as decisões dos tribunais que **recusem** a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, que **apliquem** norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou que **apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional** (art.º 280.º, CRP) cabe recurso para o Tribunal Constitucional. O recurso é, em muitas circunstâncias (art. 280.º, 3, CRP, art. 72.º, 3, LTC), obrigatório para o Ministério Público. Este pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida sobre a mesma questão em jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional.

Quanto ao recurso de amparo, enquanto via de direito adjectivo para defender um direito substancial de amparo entendido como um “*um direito fundamental especificamente vocacionado para a defesa dos próprios direitos fundamentais*”⁽²⁾, e enquanto possibilidade de os cidadãos recorrerem directamente, sob certas condições, para o Tribunal Constitucional, não é reconhecido pelo direito constitucional português.

A fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade no direito constitucional português pressupõe sempre, como se disse *supra*, uma decisão anterior de um tribunal que já se pronunciou sobre uma questão de constitucionalidade. Daí que entre os requisitos de admissão do recurso de constitucionalidade conste a necessidade da indicação da peça processual em que o recorrente suscitou a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade no processo de cuja decisão recorre e que o âmbito do recurso seja o da questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade suscitada.

Se se tratar de recurso interposto de decisão que aplique norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional, ou de decisão que aplique norma

constante de convenção internacional em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional, é obrigatória a indicação da decisão do Tribunal Constitucional que anteriormente julgou inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão de que é interposto recurso aplicou. Nisto consiste o princípio do pedido, que impõe ao Tribunal Constitucional a limitação da declaração ou julgamento de constitucionalidade ou ilegalidade às questões suscitadas pelo recorrente. Contudo, o Tribunal não está limitado, para a fundamentação da inconstitucionalidade ou ilegalidade, às normas ou princípios constitucionais que foram invocados pelo requerente, pelo que pode fundamentar a sua decisão em normas ou princípios diferentes daqueles que foram aduzidos ou nos que o foram e também complementarmente em outros.

Entre os princípios processuais que caracterizam os recursos de fiscalização de inconstitucionalidade ou ilegalidade, devem também referir-se:

- O princípio da irrenunciabilidade do direito ao recurso.
- O princípio da indisponibilidade da instância que veda ao recorrente a desistência do pedido à excepção dos processos de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Nos processos de controlo concreto de constitucionalidade ou de ilegalidade, a decisão do Tribunal Constitucional tem força de caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada. No caso de o Tribunal Constitucional julgar a questão da constitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do adoptado anteriormente quanto à mesma norma cabe recurso dessa decisão para o plenário do Tribunal. Este recurso é obrigatório para o Ministério Público.

2. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS MEIOS DE FISCALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como se disse *supra*, os meios de fiscalização constitucional são o controlo preventivo, o controlo abstracto sucessivo, o controlo concreto e o controlo da inconstitucionalidade por omissão.

Vejamos o **itinerário processual** de cada uma destas formas de controlo da constitucionalidade.

◆ **Nos processos de fiscalização abstracta preventiva**, o pedido de apreciação da constitucionalidade ou da legalidade das normas jurídicas é dirigido ao Presidente do Tribunal Constitucional com a indicação específica de quais as normas cuja apreciação é requerida e de quais as normas ou princípios constitucionais que se presumem violados.

O prazo para apresentação de pedido de fiscalização preventiva é de 8 dias a contar da data da recepção do diploma para promulgação ou para aprovação (Presidente da República) ou para assinatura (representantes da República nas Regiões Autónomas) ou da tomada de conhecimento pelo Primeiro-Ministro ou pelos grupos parlamentares de que o Presidente da Assembleia da República enviou ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica.

- O requerimento é atuado, registado e concluso ao Presidente do Tribunal. Este decide sobre a admissão do pedido e pode notificar o requerente para suprir as deficiências do mesmo nos casos em que entenda que há falta, insuficiência ou manifesta obscuridade das indicações que ele deve conter.

- Uma vez sanadas estas deficiências, o processo volta novamente ao Presidente para decidir da admissão do requerimento. A decisão do Presidente que o admita não obsta, no entanto, a que o Tribunal venha a rejeitá-lo.

- Se o Presidente entender que o pedido não deve ser admitido, submete os autos à conferência para o que mandará entregar cópias do requerimento aos juízes. O prazo para a decisão de admissão do pedido é nestes processos de dois dias. Será notificada à entidade requerente a decisão de não admissão do pedido.

- O prazo para a decisão sobre a admissão do pedido é de um dia.

- Se o requerimento foi admitido, o Presidente notifica o órgão autor da norma para, se o quiser fazer, se pronunciar no prazo de três dias.

- O processo é concluso ao relator que dispõe de um prazo de 5 dias para elaborar um memorando com o enunciado das questões sobre as quais o Tribunal se deverá pronunciar e a solução que para elas propõe. Se, entretanto, der entrada resposta do órgão de que emanou o diploma à notificação para eventual tomada de posição, a secretaria remete essa resposta ao juiz relator.

- São distribuídas cópias do processo, da eventual resposta da entidade de que emanou a norma e do memorando a todos os juízes.

- No caso do Presidente, o processo é-lhe concluso com a entrega do memorando. O Presidente inscreve o processo na ordem do dia de sessão plenária que se deverá realizar no prazo de 10 dias a contar da entrada da admissão do pedido.

- Os juízes dispõem de 2 dias a contar da entrega do memorando para estudo da questão.

- Segue-se discussão e tomada de decisão por parte do Tribunal.

• O processo é concluso ao relator para elaboração de acórdão no prazo de 7 dias, ou se o relator tiver ficado vencido, o processo é concluso ao juiz que deva substituir o relator que disporá do mesmo prazo de 7 dias para elaboração de acórdão.

• Saliente-se que nestes processos de fiscalização abstracta preventiva pode haver lugar a encurtamento de prazos pelo Presidente do Tribunal sempre que o Presidente da República, quando é ele o requerente, tiver invocado urgência.

◆ **Fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade**

• Os pedidos de apreciação da inconstitucionalidade ou da ilegalidade podem nestes casos ser apresentados a todo o tempo.

• A secretaria dispõe de um prazo de 5 dias para autuar e apresentar o pedido ao Presidente do Tribunal.

• É de 10 dias o prazo para o Presidente do Tribunal decidir sobre a admissão do pedido ou, tal como nos processos de fiscalização preventiva, convidar o autor do pedido a suprir as deficiências do mesmo. Este dispõe para o efeito de um prazo de 10 dias.

• Não havendo convite para supressão de deficiências ou, tendo havido, uma vez junta a resposta do órgão de que emanou a norma ou decorrido o prazo para resposta sem que ela tenha sido recebida, é entregue uma cópia dos autos a cada um dos juízes acompanhada por memorando em que o Presidente do Tribunal formula as questões prévias e de fundo a que o Tribunal deve responder.

• É de 15 dias o prazo para estudo do processo após a entrega do memorando.

• Esgotado o prazo anterior, o memorando é submetido a debate. Uma vez fixada a orientação do Tribunal sobre as questões a decidir, o processo é distribuído a um relator que, por norma, é designado por sorteio.

• Uma vez concluso o processo ao relator, este tem um prazo de 40 dias para elaborar um projecto de acórdão segundo a orientação previamente fixada pelo Tribunal.

• Todos os juízes recebem, distribuídas pela secretaria, cópias do projecto de acórdão. O prazo para apreciação pelos juízes deste projecto é de, pelo menos, 15 dias.

• O processo é concluso ao Presidente ao mesmo tempo que lhe é distribuída cópia do projecto de acórdão e ele providenciará pela inscrição do processo em tabela de sessão do Tribunal, a realizar em data que respeite o prazo de que os juízes dispõem para estudo do projecto de acórdão.

◆ **Fiscalização concreta de constitucionalidade**

• O recurso para o Tribunal Constitucional é interposto por meio de requerimento no processo do qual se recorre.

• Se o requerimento sofrer de insuficiências, o juiz *a quo* profere despacho em que convida o requerente a supri-las.

• Se o requerimento sofrer de insuficiências e o juiz *a quo* não tiver convidado o requerente a supri-las, este convite pode ser feito pelo relator no Tribunal Constitucional.

• Se o requerente não suprir as deficiências e houver despacho do juiz *a quo* que indefira o requerimento de recurso, o requerente pode reclamar deste despacho para o Tribunal Constitucional.

• Existe igual possibilidade de reclamação do requerente para o Tribunal Constitucional de despacho que retenha a subida do recurso.

• Admitido o recurso, o relator do processo no Tribunal Constitucional procede ao seu exame preliminar.

• Se, como consequência do exame preliminar, o relator concluir que não pode conhecer-se do processo ou que a questão a decidir é simples - por exemplo, por já ter sido decidida anteriormente pelo Tribunal ou por ser manifestamente infundada – o relator profere decisão sumária. Esta decisão pode consistir em mera remissão para anterior jurisprudência do Tribunal.

• De uma decisão sumária do relator pode haver recurso para a conferência. Esta é constituída pelo Presidente ou Vice-Presidente, pelo relator e por outro juiz da mesma secção que é indicado pelo pleno da secção em cada ano judicial.

• Se, na conferência, houver unanimidade dos juízes que a compõem, esta decide as reclamações com carácter definitivo.

• Se não houver unanimidade na conferência quanto à decisão a proferir sobre a reclamação, a decisão definitiva cabe ao pleno.

• Com a concordância do Tribunal, o Presidente pode determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando a natureza da questão a decidir justifique a intervenção do plenário.

◆ **Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão**

O processo relativo à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão segue os mesmos trâmites dos processos relativos à fiscalização abstracta sucessiva de inconstitucionalidade.

◆ **Descrição sumária dos acórdãos**

A estrutura dos acórdãos é idêntica em todas as espécies de fiscalização de constitucionalidade: abrem com a identificação (donde consta o número do acórdão, segundo a ordem por que foi proferido e numeração única e anual), o número do processo e a indicação se foi tirado em secção ou plenário; segue-se o texto dividido em três partes: primeiro, um relatório (onde se faz uma sumária exposição dos dados do processo), depois, a fundamentação (onde se delimita e aprecia a questão de constitucionalidade e se apresentam os argumentos que sustentam a decisão) e, por fim, a decisão (cuja fórmula varia, como se verá, conforme os vários tipos de processo de fiscalização da constitucionalidade); como parte final do acórdão constam, sucessivamente, a data da aprovação, as assinaturas do relator e demais conselheiros presentes e, eventualmente, as declarações de voto.

As fórmulas das decisões variam consoante as espécies de processos. Limitando-nos aos casos em que o TC conhece da questão e decide no sentido da inconstitucionalidade (total ou parcial) da norma em causa é o seguinte o formulário das decisões:

◆ **Na fiscalização preventiva:** o TC pronuncia-se pela inconstitucionalidade, por violação do(s) artigo(s) ... da Constituição da República Portuguesa, da(s) norma(s) constante(s) do(s) artigo(s) do [*diploma em causa*];

◆ **Na fiscalização abstracta sucessiva:** o TC declara, com força obrigatória geral, por violação do(s) artigo(s) ... da Constituição da República Portuguesa, a inconstitucionalidade da(s) norma(s) constante(s) do(s) artigo(s) do [*diploma em causa*];

◆ **Na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão:** o TC verifica a inconstitucionalidade, por omissão das medidas legislativas necessária à execução do(s) artigo(s)... da Constituição da República Portuguesa;

◆ **Na fiscalização concreta:** o TC julga inconstitucional (ais), por violação do(s) artigo(s)... da Constituição da República Portuguesa, a(s) norma(s) constante(s) do(s) artigo(s) [ou da norma conjugada..., ou na medida em que..., ou da norma interpretada no sentido em que...] do [*diploma em causa*].

3. DESCRIÇÃO DE PROCEDIMENTOS PARA CRIAR JURISPRUDÊNCIA

A questão da criação de jurisprudência no Tribunal Constitucional merece ser objecto de especificações.

Na verdade, no domínio da fiscalização abstracta da constitucionalidade não se pode falar de criação de jurisprudência. Se se tratar de fiscalização abstracta preventiva da

constitucionalidade, o que está em causa são normas de tratados internacionais ainda não ratificados ou normas de decretos que estejam em processo de formação legislativa, isto é, ainda não promulgados pelo Presidente da República ou ainda não assinados pelos representantes da República, no caso de decretos legislativos das Regiões Autónomas (Açores e Madeira). Se, nestes casos, o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade, a consequência será o veto do Presidente da República ou a impossibilidade de ratificação. Em qualquer das situações, não se pode falar de criação de jurisprudência porque do que se trata é da constatação da existência de obstáculos ou impedimentos no decurso do processo legislativo.

Se se tratar de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da legalidade, uma vez que esta se exerce sobre normas vigentes que integram, portanto, o universo jurídico, a declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional tem força obrigatória geral. Contudo, uma vez mais, não é de criação de jurisprudência que se pode falar aqui, mas sim de uma consequência de natureza diversa e definitiva. As normas declaradas inconstitucionais ou ilegais desaparecem do ordenamento jurídico, havendo mesmo lugar à repristinação de normas que, eventualmente, tenham sido revogadas pelas normas que vieram a ser declaradas inconstitucionais ou ilegais.

Também nos casos em que o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma que por ele tenha sido julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos não pode, em rigor, falar-se de criação de jurisprudência.

Trata-se aqui de uma competência exercida *ex officio* ou por iniciativa do Ministério Público. O processo segue os mesmos trâmites do processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade e igualmente aqui a consequência é o afastamento da ordem jurídica da norma julgada pelo Tribunal inconstitucional ou ilegal.

A criação de jurisprudência, se assim a quisermos designar, ocorre aqui por uma limitação hetero-imposta ao Tribunal Constitucional que consiste em, tendo-se pronunciado três vezes sobre a mesma norma ou segmento de norma e sobre a mesma questão de direito, dever ocupar-se das mesmas em processo que será então o de fiscalização abstracta da constitucionalidade da norma, seguindo os termos processuais dessa forma de fiscalização.

Nos casos de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, como já se viu *supra*, os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional são os que decorrem do reconhecimento de força de caso julgado quanto à questão da inconstitucionalidade ou da

ilegalidade no processo submetido a julgamento. Nestes casos, apesar deste efeito limitado, pode falar-se efectivamente de criação de jurisprudência e não apenas pelas consequências do magistério de influência que o Tribunal Constitucional exerce sobre os outros tribunais. Muito mais do que isso, pode recorrer-se para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. Quer isto dizer que, se não se pode falar de uma obrigação de acatamento das decisões do Tribunal Constitucional pelos outros tribunais, pode, com certeza, falar-se de uma expectativa dos cidadãos de acatamento dessas decisões ou, quando menos, de uma obrigação reforçada de fundamentação por parte dos tribunais que discordem de decisões prévias do Tribunal Constitucional.

Na sequência da revisão constitucional de 1989, a Lei do Tribunal Constitucional passou a contemplar a jurisprudência constitucional em duas situações relativas aos processos de fiscalização concreta: no artigo 79.º- A, a propósito da intervenção do plenário, e no artigo 79.º- D, a propósito do recurso para o plenário. Ambas visam a uniformização da jurisprudência constitucional. O artigo 79.º- A prevê um mecanismo de carácter preventivo, ao dispor que, com a concordância do Tribunal, o Presidente pode “determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário, quando o considerar necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando tal se justifique em razão da natureza da questão a decidir (...)”. Por seu lado, o mecanismo do artigo 79.º- D tem carácter resolutivo, pois prevê recurso para o plenário da decisão do próprio Tribunal Constitucional que julgue a questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma, por qualquer das suas secções; então, a discussão tem por base o acórdão recorrido e, concluída ela, é lavrado novo acórdão, com a tomada de posição do Tribunal, uniformizando a sua jurisprudência quanto a essa questão ⁽³⁾.

Igualmente pode falar-se de criação de jurisprudência no seio do próprio Tribunal Constitucional nos casos de decisões sumárias. Quando o relator entender que a decisão é simples, designadamente por a mesma já ter sido objecto de decisão anterior do Tribunal, o relator proferirá decisão sumária. Esta decisão pode consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal. Há aqui autêntica criação de jurisprudência a nível interno, visto que as decisões proferidas em acórdãos anteriores são fonte de decisões posteriores que podem, como se disse, ser meramente remissivas.

O impacto desta criação de jurisprudência é importante. A título de exemplo e embora se não possa esquecer que as decisões sumárias não ocorrem apenas por haver jurisprudência

anterior do Tribunal, mas também porque as questões são infundadas, diga-se que, em 2007, o Tribunal Constitucional proferiu 625 acórdãos e 640 decisões sumárias. Do universo total que daqui resulta de 1265 decisões, o número de decisões sumárias representa uma percentagem de 51,59%. Insista-se que daqui se não pode inferir que 51,59% das decisões do Tribunal são decisões que remetem para jurisprudência anterior.

a) VOTAÇÃO SIMPLES OU QUALIFICADA

Nos processos de fiscalização preventiva e de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade e da legalidade é obrigatória a intervenção do plenário do Tribunal Constitucional (art. 224.º, 2, CRP).

Nos processos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da ilegalidade, os processos são habitualmente decididos em secção. Há três secções, não especializadas, constituídas pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal e por mais quatro Juízes.

As deliberações do Tribunal Constitucional, quer quando funciona em plenário quer quando reúne em secção, são tomadas por maioria simples.

O *quorum* de funcionamento, tanto para o plenário como para as secções, é o da maioria dos respectivos membros em efectividade de funções, incluindo o Presidente ou o Vice-Presidente. Cada Juiz dispõe de um voto e o Presidente ou o Vice-Presidente têm voto de qualidade.

Como já se disse *supra*, os Juízes do Tribunal Constitucional têm o direito de lavrar declarações de voto e votos de vencido.

a) CONTEÚDO DA JURISPRUDÊNCIA: apenas a decisão judicial ou também os considerandos-argumentos da mesma?

Como acaba de ser referido, a Lei do Tribunal Constitucional estatui que as decisões são tomadas por maioria (art. 42.º, 2), sendo omissa quanto à questão de saber se essa maioria abrange os fundamentos ou apenas a decisão em sentido restrito. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, incluindo a do próprio Tribunal Constitucional, têm entendido que a maioria deve abranger também os fundamentos. Na verdade, a decisão jurisdicional do Tribunal é a decisão de declaração (quando tem força obrigatória geral) ou de julgamento (quando os efeitos se limitam ao caso sob análise) sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade ou legalidade/ilegalidade da norma em apreço. Ora, como a declaração ou o julgamento de constitucionalidade /inconstitucionalidade ou de legalidade/ilegalidade da norma pode abranger apenas um segmento dessa norma ou apenas uma específica interpretação da mesma,

os considerandos-argumentos podem ser relevantes, ou mesmo determinantes, para a declaração ou julgamento tornando-se dele parte integrante.

Cite-se um interessante acórdão do Tribunal – o acórdão 58/95, de 16 de Fevereiro. Este acórdão foi proferido relativamente a uma arguição de nulidade por parte do Presidente da República quanto ao acórdão 13/95 de 25 de Janeiro. Na verdade, o acórdão tem sete votos de vencido, ainda que não obviamente quanto às mesmas questões. O que o Presidente da República argumenta é que um dos votos de vencido, que não foi contabilizado para algumas das questões, o deveria ter sido por haver oposição entre os fundamentos e a decisão de voto e, por essa razão, haver um lapso no procedimento decisional. Assim, deveria, segundo o Presidente da República, ser declarada a nulidade da decisão por força do prescrito no Código de Processo Civil que considera causa de nulidade a oposição entre os fundamentos e a decisão.

O acórdão 58/95 desatende o pedido de arguição de nulidade por considerar não ter havido, ao nível da fundamentação, uma maioria de votos dos Juízes do Tribunal. Implicitamente, pois, afirma a necessidade de concordância entre os fundamentos e a decisão e o facto de que a jurisprudência é composta por ambos os elementos.

c) SISTEMA DE ORDENAMENTO, UNIFICAÇÃO E ELIMINAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A resposta a esta questão já se encontra dada *supra*.

4. BALANÇO CRÍTICO do funcionamento dos meios de controlo constitucional

Socorrer-nos-emos, para a resposta a esta questão, do balanço feito pelo Presidente do Tribunal Constitucional em discurso proferido na sessão solene comemorativa do XXV aniversário do Tribunal, em 9 de Abril passado ⁽⁴⁾.

O Presidente afirma que “*em Portugal, depois da experiência promissora protagonizada entre 1976 e 1982 pela actuação conjugada do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional*”, o controlo concentrado da constitucionalidade “*cristalizou nos amplos termos em que hoje o conhecemos, que, além da fiscalização concreta realizada pelo Tribunal Constitucional através dos recursos de constitucionalidade, conhece a fiscalização abstracta, tanto a nível preventivo como sucessivo, e a fiscalização da própria inconstitucionalidade por omissão. Só este último instituto, aliás controverso no seu desenho e admissibilidade, não lograria impor-se na prática judicial, de modo aliás próximo do que sucede na maioria dos sistemas em que se encontra consagrado*”.

O mesmo discurso cita as estatísticas actuais: oito casos de fiscalização de constitucionalidade por omissão, cento e vinte e oito casos de fiscalização abstracta preventiva, mais de quatro centenas e meia de casos de fiscalização abstracta sucessiva, mais de onze mil e quinhentos acórdãos de fiscalização concreta, além de perto de 4.500 decisões sumárias.

O Presidente assinala, no seu balanço no XXV aniversário, que *“assegurar o controlo da constitucionalidade das leis corresponde a uma exigência do moderno Estado de Direito e que a fiscalização concreta nos sistemas que, como o nosso, a admitem, dificilmente deixará de se alargar, também como consequência da maior “substantivização” das Constituições nacionais [...]. A complexidade da tarefa interpretativa [...] não pode pois ser menosprezada, e, correspondendo aquela função de legislador negativo em que ele se acha investido a uma exigência da própria cidadania, pode dizer-se que o sistema edificado constitui um adquirido civilizacional cuja operatividade deverá ser preservada. Tal poderá exigir reformas de índole **procedimental** como as que este Tribunal já introduziu, com sucesso, ao instituir a figura das “decisões sumárias”* (destaque acrescentado). Assim, quanto às funções de controlo da constitucionalidade, o balanço que é feito não favorece a ideia de que seja necessária a sua reforma em aspectos substanciais.

B. POSIÇÃO FACE A QUATRO TEMAS RELACIONADOS COM A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1. USO DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

O direito comparado é crescente e variavelmente utilizado na fundamentação das decisões do TC ⁽⁵⁾. Porém, não é fácil apresentar conclusões seguras ou tendências inequívocas e para compreender o seu papel é preciso referir, antes de mais, dois factores. Por um lado, deve recordar-se o elevado número de acórdãos proferidos anualmente num sistema misto de fiscalização de constitucionalidade com centenas de acórdãos proferidos em fiscalização concreta, enquanto os acórdãos proferidos em fiscalização abstracta se contam na casa de uma ou, no máximo, duas dezenas; por outro lado, a maior ou menor abertura ao direito comparado é muito condicionada pela específica questão de constitucionalidade, pela cultura jurídica do relator (numa composição em que coexistem juízes de carreira com juristas universitários e onde são permitidos, e frequentes, os votos de vencido) e pelos materiais recolhidos na investigação prévia e utilizados como documentação.

Pode dizer-se que a elaboração dos acórdãos do TC português se enquadra no modelo, desenvolvido inicialmente na Alemanha, seguido na Espanha e semelhante à prática americana, de textos extensos, discursivos e, mesmo literários. Cada questão de direito a decidir é argumentada até ao seu termo e vista à luz dos casos precedentes ou das alternativas linhas de argumentação. Cita-se muito a doutrina e a jurisprudência, quer nacionais quer estrangeiras. Não existe, entretanto, nenhum documento – seja administrativo, seja jurisdicional – que defina a correspondente justificação e método de emprego.

Alguns factores propiciam a utilização do direito comparado na jurisprudência constitucional portuguesa: antes de mais, o processo de institucionalização e consolidação do TC, nas condições da revisão constitucional de 1982, que o criou; depois, a adesão e entrada de Portugal nas Comunidades Europeias, em 1985/1986; finalmente, a revisão constitucional de 1989 que expurgou a CRP de algumas “sobrevivências” ideológico-revolucionárias e da meta da transição para o socialismo.

Em geral, a jurisprudência do TC privilegia os chamados “sistemas jurídicos próximos”, pelo que as invocações mais frequentes se referem às normas (constitucionais e legais), à jurisprudência ou à doutrina correspondentes às ordens jurídicas de um grupo formado pela Itália, Alemanha e Espanha; a seguir vem a França e, com menor incidência, vários outros países ocidentais; fora do espaço europeu, quase só estão em causa a doutrina e a jurisprudência norte-americanas. No campo específico da elaboração jurisprudencial por órgãos de justiça constitucional têm grande relevância as decisões dos Tribunais Constitucionais alemão, espanhol e italiano, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal norte-americano, e ainda, mas em menor medida, as grandes decisões do Conselho Constitucional francês.

Numa apreciação muito geral, as questões de constitucionalidade mais propícias à invocação do direito comparado são as respeitantes aos direitos fundamentais (sobretudo quanto às liberdades negativas), ao direito penal e garantias do processo penal, bem como alguns temas recentes e fracturantes (por exemplo, protecção de minorias, genética, tolerância, discriminação positiva, terrorismo e sociedade de informação); quanto aos princípios constitucionais tem sido muito desenvolvida a invocação do princípio da subsidiariedade, do princípio da dignidade da pessoa humana e ainda (privilegiando o seu desenvolvimento alemão) do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Quanto à matéria dos direitos fundamentais, o TC não só segue atentamente a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, como, em muitos processos, quer

em fiscalização abstracta, quer em recursos de constitucionalidade, tem invocado o direito comparado dos referidos sistemas jurídicos mais próximos. Assim, por exemplo, aconteceu no Acórdão n.º 589/04 (com referência à liberdade de associação e de constituição de associações internacionais) ou no Acórdão n.º 187/01 (a propósito do regime de reserva de propriedade da farmácia para os farmacêuticos).

Em especial, quanto à matéria penal e processual penal, com extensas referências ao direito comparado, servem de exemplos quer o Acórdão n.º 247/05 (prática de actos homossexuais com adolescentes), quer o Acórdão n.º 4/06 (escutas telefónicas), quer o Acórdão n.º 617/06 (constitucionalidade do referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez).

2. IMPACTO ECONÓMICO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

No sistema português de fiscalização da constitucionalidade, visto que a questão de constitucionalidade se apresenta como exclusivamente jurídica, incidindo sobre normas, e se desconhecem as figuras do recurso de amparo ou de queixa constitucional, não existe propriamente uma apreciação ou política relativas às consequências da inconstitucionalidade na perspectiva do seu impacto económico. A matéria só pode ser analisada sob o ângulo dos efeitos das decisões judiciais ou da execução das decisões do TC e tem de se distinguir consoante se trata de processos de fiscalização abstracta, preventiva e sucessiva, ou de processos de fiscalização concreta ⁽⁶⁾.

No primeiro período do seu funcionamento, até à revisão constitucional de 1989, o TC proferiu em fiscalização preventiva várias decisões relevantes relativas à constituição económica, pois esta previa um modelo de “economia mista”, onde o sector público conservava um papel preponderante e a política legislativa, até pela adesão de Portugal à CEE, tendia a favorecer uma política liberal e de mercado ⁽⁷⁾. Assim aconteceu, por exemplo, com três acórdãos proferidos em 1988. No Acórdão n.º 108/88, o TC teve de interpretar o sentido do princípio da irreversibilidade das nacionalizações e as definições constitucionais dos sectores de propriedade dos meios de produção para admitir a transformação das empresas públicas em sociedades anónimas, desde que mantivessem a maioria pública do capital. No Acórdão n.º 186/88, a propósito da fiscalização preventiva da Lei de Delimitação dos Sectores, o TC admitiu o acesso da iniciativa privada a sectores económicos como a banca e os seguros ou os das indústrias de transportes, telecomunicações e petroquímica. No seguinte Acórdão n.º 187/88, o TC deu o seu aval a novas alterações à Lei

da Reforma Agrária, passando a garantir aos proprietários expropriados o retorno a áreas agrícolas.

Mas o TC também apreciou em fiscalização preventiva situações relativas à definição das políticas públicas, a problemas de direitos sociais e a medidas de carácter económico. Assim, no Acórdão n.º 24/98, relativo à eliminação da cobrança de portagens, o TC entendeu que as expectativas dos concorrentes num processo do concurso internacional para construção de certa auto-estrada, não tinham consistência bastante para pôr em causa o princípio da confiança, pois tratava-se de uma medida legislativa de mera política rodoviária, devendo tão só implicar a renegociação do contrato de concessão e, se houvesse prejuízos susceptíveis de serem indemnizáveis, relacionados com tal medida legislativa, teriam de ser decididos em sede de responsabilidade civil do Estado. Por outro lado, o TC entendeu que a intervenção do legislador parlamentar, da qual resulta a eliminação da cobrança de portagens não põe em causa o núcleo essencial da função administrativa do Governo, não havendo uma intromissão intolerável do Parlamento na esfera puramente administrativa do Governo, em domínios que são próprios da sua actividade executiva e, por consequência, não se detectava um desrespeito dos limites constitucionais de natureza funcional à liberdade e extensão de conformação do legislador.

No Acórdão n.º 509/02, o TC pronunciou-se pela inconstitucionalidade da revogação do rendimento social mínimo garantido (criado em 1996), que se pretendia substituir por um “rendimento social de inserção”. O TC tomou em consideração os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito ao mínimo de existência condigna e, ainda, da proibição do retrocesso, destacando, por um lado, que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste passa também a ser uma obrigação negativa; por outro lado, o TC tem vindo a reconhecer, embora de forma indirecta, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, seja a propósito da actualização das pensões por acidentes de trabalho, seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais. O princípio do respeito da dignidade humana implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna, mas o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios.

Assim, no caso, podia perfeitamente considerar que, no que se refere aos jovens, não deveria ser escolhida a via do subsídio - designadamente, a do alargamento do âmbito de aplicação do rendimento social de inserção -, mas antes a de outras prestações, pecuniárias ou em espécie, como bolsas de estudo, de estágio ou de formação profissional, ou salários de aprendizagem (*maxime* quando associadas a medidas de inserção social). Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos.

Já na fiscalização sucessiva o TC dispõe de um mecanismo para modelar o efeito das suas decisões: a restrição de efeitos. A declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) com força obrigatória geral produz efeitos, em regra, desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela eventualmente haja revogado (artigo 282º, 1, da CRP). A regra geral é, pois, a da invalidade *ab initio* ou *ex tunc* (nulidade), embora fiquem ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal quando a norma respeitar a direito sancionatório público (matéria penal, disciplinar, ou de ilícito administrativo, ou seja, “ilícito de mera ordenação social”) e for de conteúdo menos favorável ao arguido (artigo 282º, 3, da CRP).

Mas o Tribunal pode ainda fixar os efeitos da inconstitucionalidade (ou ilegalidade) com um alcance mais restrito, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem (cfr. artigo 282º, 4). A importância da norma do artigo 281º, 4, da CRP consiste em permitir ao Tribunal Constitucional a «manipulação» dos efeitos das sentenças de declaração de inconstitucionalidade, abrindo-lhe a possibilidade de exercer poderes tendencialmente normativos.

Esta tem sido uma jurisprudência frequente do Tribunal ⁽⁸⁾. Muitas vezes essa possibilidade tem sido usada como forma de atenuação ou eliminação de efeitos negativos provocados por decisões de inconstitucionalidade que podem comportar fortes ónus financeiros para entidades públicas. No Acórdão n.º 24/838 (taxas moderadoras sobre o consumo de medicamentos), a restrição atendeu à “conveniência de evitar qualquer perturbação financeira ou no bom funcionamento dos serviços”; no Acórdão n.º 92/85 (taxa moderadora no internamento hospitalar), o TC restringiu os efeitos da inconstitucionalidade “por forma que não haja lugar à restituição das taxas pagas até à publicação” do acórdão; no Acórdão n.º 209/87 (relativo a despesas com cuidados de saúde), a restrição fundou-se em

razões de segurança jurídica e de interesse público; no Acórdão n.º 76/88 (quanto ao pagamento de taxas municipais de saneamento) a restrição de efeitos atendeu à perturbação que adviria para os serviços autárquicos se estes tivessem de restituir toda a “tarifa de saneamento” entretanto cobrada aos contribuintes; no Acórdão n.º 231/94 (quanto ao regime das pensões de sobrevivência), a restrição fundou-se em ponderosas razões de equidade. Finalmente, no Acórdão n.º 1203/96 (valor das taxas para o regime de segurança social), invocaram-se razões de segurança jurídica para limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No Acórdão n.º 57/95, sobre o Código do IRS (imposto sobre o rendimento das pessoas singulares), o Tribunal não conheceu do pedido relativamente a determinadas normas revogadas invocando expressamente a necessária limitação de efeitos a que procederia se as declarasse inconstitucionais, considerando que "seria totalmente insustentável exigir à administração fiscal, em consequência da hipotética declaração de inconstitucionalidade [...] a reapreciação de inúmeros actos de liquidação de impostos e impor ao Estado ou a outra entidade pública a restituição de importâncias percebidas com a cobrança dos impostos durante vários anos económicos".

Mas os custos dos direitos sociais também têm sido considerados pelo TC em fiscalização abstracta. Assim, no Acórdão n.º 94/148, em que apreciou a constitucionalidade da alteração do sistema de propinas devidas no ensino superior público, o TC desenvolveu extensa fundamentação e ponderou, *inter alia*, que não poderia perder-se de vista o horizonte económico, pois estava em jogo um pagamento da parte do consumidor do Ensino Superior como contrapartida da prestação desse ensino, sendo certo que, seja qual for o exacto sentido e alcance da incumbência do Estado quanto à progressiva gratuitidade do ensino superior público, nada proibia que o valor das propinas fosse actualizado em certos termos. Por isso, estando em causa, face à Lei das Propinas, um critério de actualização da componente de participação dos utentes no custo de um bem misto, um critério de oneração constitucionalmente adequado poderia consistir no Índice de Preços no Consumidor apurado pelo Instituto Nacional de Estatística e, nesta perspectiva, o TC iria concluir que uma actualização do montante das propinas, que corresponda a "uma simples actualização face ao crescimento geral dos preços", era constitucionalmente admissível.

Diferentemente se passam as coisas no domínio da fiscalização concreta, pois então o TC julga a questão da constitucionalidade em função da aplicação da norma ao caso concreto e as decisões proferidas nos recursos de fiscalização concreta valem apenas para as partes no recurso não tendo força obrigatória geral, nem eficácia *erga omnes*. Assim, para

atender aos efeitos económicos da decisão de inconstitucionalidade, o TC tende a ponderar a questão em função de certos princípios, como o princípio da proporcionalidade ou o princípio da razoabilidade. Um dos campos em que se destaca essa jurisprudência é o do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, garantido pelo artigo 20.º da Constituição.

Assim, no Acórdão n.º 470/07, o TC julga inconstitucional uma norma do Código das Custas Judiciais, quando interpretada por forma a permitir que as custas devidas pelo expropriado excedam de forma intolerável o montante da indemnização depositada, como flagrantemente ocorre em caso, como o presente, em que esse excesso é superior a € 100 000,00. Recordou o TC que são os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade e pelo próprio direito de acesso aos tribunais (que fica comprometido quando o risco de ter de pagar custas incomportáveis funciona como inibidor do recurso à justiça por parte dos cidadãos), que são claramente desrespeitados, quando resulta, que, tendo os recorrentes ficado privados do seu prédio por força da expropriação, não só a indemnização que lhes era devida pela expropriação lhes é totalmente absorvida pelas custas, como ainda terão de pagar a mais, de custas, o valor de € 111 816,46.

Considerações semelhantes são utilizadas numa série de recentes acórdãos (Acórdão n.º 654/06, Acórdão n.º 126/08, Acórdão n.º 159/08 e Acórdão n.º 326/08) relativos ao rendimento relevante para requerer o benefício de apoio judiciário em que o TC tem julgado inconstitucionais as normas que determinam que seja considerado, para efeitos do cálculo do rendimento relevante do requerente do benefício de apoio judiciário, o rendimento do seu agregado familiar, sem permitir em concreto aferir da real situação económica do requerente, em função das suas despesas concretas.

3. ESTRATÉGIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Sobre a actividade do Tribunal, nomeadamente, sobre a prolação de acórdãos que revistam interesse para a opinião pública, o Tribunal Constitucional elabora comunicados ou notas de imprensa, que, também disponibiliza no respectivo portal da Internet.

Um dos assessores do Gabinete do Presidente desempenha as funções de assessor de imprensa, na dependência directa do Presidente. Trata, sobretudo, de mediar as relações entre o Tribunal Constitucional e os órgãos de comunicação social quanto às matérias mais relevantes e de interesse público (caso, por exemplo, dos pedidos de fiscalização preventiva de constitucionalidade), ou que despertem um interesse mais mediático, competindo-lhe também responder às questões que lhe sejam colocadas sobre matérias relacionadas com

acórdãos proferidos, declarações de rendimentos dos titulares de cargos políticos ou fiscalização das contas dos partidos políticos.

4. CIÊNCIA E DIREITO

Só é possível falar de assessoria científica e técnica no labor jurisdicional do Tribunal Constitucional em duas situações.

A primeira decorre dos processos eleitorais, a propósito das assembleias de apuramento geral. Nos termos do artigo 98.º da LTC, tais assembleias são constituídas pelo Presidente do Tribunal Constitucional e por uma das secções determinadas por sorteio, mas a Lei Orgânica do Regime do Referendo (Lei 15-A/98, de 3 de Abril) prevê, no artigo 164.º, que, da assembleia de apuramento geral dos resultados do referendo, também participam dois licenciados em Matemática, designados pelo Presidente do Tribunal Constitucional. Por isso, sempre que necessário é requerida a respectiva indicação ao Ministério da Educação.

A segunda situação diz respeito à Entidade das Contas e Financiamento dos Partidos Políticos. Esta Entidade (composta por um Presidente e dois vogais) foi criada pela Lei 19/2003 que, no artigo 23.º, atribuiu ao TC a competência para apreciação da regularidade e legalidade das contas anuais dos partidos políticos e das contas das campanhas eleitorais, acrescentando ainda que poderia requisitar ou destacar técnicos qualificados de quaisquer serviços públicos ou recorrer, mediante contrato, aos serviços de empresas de auditoria ou a revisores oficiais de contas para a realização de peritagens ou auditorias.

O artigo 24.º prevê uma Entidade das Contas e Financiamentos Políticos a quem competirá coadjuvar o TC tecnicamente na apreciação e fiscalização das contas dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. É responsável pela instrução dos processos que o TC aprecia, bem como pela fiscalização da correspondência entre os gastos declarados e as despesas efectivamente realizadas. Exercerá também a sua competência relativamente aos partidos políticos e às campanhas eleitorais para a Assembleia da República, para o Parlamento Europeu, para as Assembleias Legislativas Regionais, para as autarquias locais e para Presidente da República.

A organização e funcionamento desta Entidade das Contas e Financiamento Políticos, como órgão independente e funcionando junto do TC, foi depois definida através da Lei Orgânica 2/2005, de 10 de Janeiro.

D. DEZ DECISÕES RELEVANTES NOS ÚLTIMOS DEZ ANOS

I. EM FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA

1. Acórdão n.º 617/06 – *Referendo nacional sobre a interrupção voluntária da gravidez*

O Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade da proposta de referendo aprovada pela Assembleia da República do seguinte teor: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?”

As questões fundamentais que o Tribunal tinha de apreciar eram as seguintes: a) - a conformidade da pergunta aos requisitos constitucionais e legais, com especial incidência na clareza e objectividade da sua formulação e no seu carácter dilemático ou binário; b) - a determinação do universo eleitoral; c) - a verificação se o dilema suscitado pela pergunta poderia suscitar, pelo menos, uma resposta incompatível com a Constituição ou com a lei.

Para o TC, o legislador, dentro de limites constitucionalmente definidos, mantém uma margem de liberdade de decisão quanto ao âmbito da criminalização, da justificação e do afastamento da punibilidade da interrupção voluntária da gravidez. E mantém essa margem de liberdade porque o Direito Penal não é conformado constitucionalmente como um imperativo categórico imposto ao legislador ordinário, regulando-se antes por ponderações de valores e de interesses situados num contexto histórico e por uma justificação derivada de necessidades político-criminais e da realização da justiça em função do modo como, em cada momento, os problemas criminais se colocam. Por outro lado, essa margem de liberdade também não está vedada em nome do reconhecimento de direitos insusceptíveis de ser objecto de referendo. Com efeito, não seriam esses direitos, em si, o objecto do referendo, mas antes uma ponderação sobre um conflito de direitos e valores ou a possível solução para um tal conflito em conexão com a intervenção do Direito Penal.

O TC reitera nada impedir que uma matéria de conflito de direitos e valores constitucionalmente protegidos - ou até mesmo de concretização de limites imanentes, que

implique a realização de uma concordância prática dos mesmos direitos e valores - possa ser devolvida por um dos seus intérpretes – o legislador da Assembleia da República – para o voto dos cidadãos, em certas circunstâncias. E essa conclusão vale desde que as soluções possíveis não impliquem alteração ou violação da Constituição, situando-se, ainda, naquele plano das interpretações possíveis sobre o modo de desenvolvimento dos valores constitucionais.

Em conclusão, o TC teve por verificada a constitucionalidade e a legalidade do referendo proposta, pois não só considerou preenchidos todos e cada um dos requisitos formais e orgânicos, incluindo os relativos ao respectivo universo eleitoral, perante as disposições relevantes quer da CRP quer da Lei Orgânica do Referendo, como, quanto ao aspecto material, entendeu que nenhuma das respostas – afirmativa ou negativa – à pergunta formulada implicaria necessariamente uma solução jurídica incompatível com a Constituição.

2. Acórdão n.º 65/02 – *Competência do Governo de gestão*

A questão de constitucionalidade a resolver decorria da circunstância de, pelo Decreto do Presidente da República, de 17 de Dezembro de 2001, ter sido “demitido o Governo, por efeito da aceitação do pedido de demissão apresentado pelo Primeiro-Ministro”, e prendia-se com a definição constitucional dos poderes de um governo demitido. Em conclusão, o TC decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas em causa, pois considerou não ocorrer violação da exigência constitucional de que a sua aprovação fosse “estritamente necessária”, nos termos do artigo 186.º, 5, da CRP.

Com efeito, considerou preenchido o requisito constitucional da estrita necessidade quanto ao objectivo último que o Governo se propôs atingir com o decreto que aprovou: a contenção das despesas no âmbito dos estabelecimentos hospitalares e dos centros de saúde, dado o seu peso no conjunto das despesas públicas. E, do mesmo modo, considerou demonstrado o carácter urgente ou inadiável dessa necessidade.

Depois, restava determinar se a estrita necessidade patente nos objectivos do diploma, tal como foram abstractamente considerados, valia igualmente para legitimar a aprovação das normas que, em concreto, integram o decreto sob apreciação, ou seja, se essas normas se mostram adequadas à realização dos objectivos invocados. Ora, dentro dos limites em que se deve conter a apreciação do TC, no que diz respeito ao controlo dos motivos determinantes

dos actos dos governos demitidos, parecia seguro concluir que a justificação apresentada pelo Governo, além de não revelar incongruências ou obscuridades de fundamentação, não permitia sustentar a existência de qualquer manifesta inadequação entre as medidas aprovadas e o fim pretendido. O TC devia apenas verificar se elas se continham dentro dos parâmetros mínimos ditados por um requisito geral de adequação e proporcionalidade e, em suma, não viu razões para duvidar de que as medidas em questão se conformavam com tais parâmetros.

3. Acórdão n.º 442/07 – *Infracções tributárias e sigilo bancário*

O Presidente da República requereu a apreciação preventiva da constitucionalidade das normas constantes dos artigos 2 e 3 do Decreto da Assembleia da República que “Altera a Lei Geral Tributária, o Código de Procedimento e de Processo Tributário e o Regime Geral das Infracções Tributárias”.

Ora, quanto à primeira questão de constitucionalidade suscitada (ou seja, a parte final da primeira norma quando determina que as decisões definitivas sobre matéria colectável são comunicadas, não apenas ao Ministério Público, mas também - tratando-se de funcionário ou titular de cargo sob tutela de entidade pública - à tutela deste para efeitos de averiguações no âmbito da respectiva competência) insere-se num articulado que dispõe sobre situações tributárias em que falta a declaração de rendimentos e o contribuinte evidencia manifestações de fortuna. Por isso, na perspectiva do Tribunal Constitucional, não se vislumbra qualquer discriminação dos sujeitos por ela abrangidos, atentatória do princípio da igualdade, na sua dimensão de proibição de arbítrio e de diferenciações injustificadas, pelo que a norma não é inconstitucional.

A segunda questão de constitucionalidade é relativa à norma que vem permitir o levantamento do sigilo bancário em caso, respectivamente, de reclamação graciosa ou de impugnação judicial pelos contribuintes, desde que fundadamente tal se justifique.

Para o TC, a solução em causa não garante um procedimento e um processo justos quanto à derrogação do sigilo bancário. Só por si, tal constituiria fundamento bastante para uma decisão de inconstitucionalidade. Mas aquele vício, traduzido na falha de efectivação do “direito à normação procedimental”, de forma precisa e adequada, repercute-se agravadamente no processo em que se reclama ou impugna, fundamentalmente na medida em que coloca o cidadão-contribuinte perante um dilema constitucionalmente inaceitável: ou corre o risco forte de perder a reserva sobre a sua privacidade, ou perde um instrumento importante de defesa dos seus direitos e interesses. Em vez de uma limitação harmónica e

equilibrada das duas posições, permitindo a preservação simultânea do essencial das vantagens que elas propiciam, aquelas alterações “forçam” o contribuinte a uma opção entre uma ou outra.

II. EM FISCALIZAÇÃO ABSTRACTA SUCESSIVA

4. Acórdão n.º 23/06 - *Investigação da paternidade*

O representante do Ministério Público veio requerer a declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma do Código Civil que prevê a extinção, por caducidade, do direito de investigar a paternidade, em regra, a partir dos 20 anos de idade do filho. O pedido formulado fundamentou-se na circunstância de a norma referida ter sido julgada inconstitucional, pelo Tribunal, em três casos concretos (ou seja, tratou-se de um pedido de generalização dos juízos de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 281.º, 3, da CRP).

Para o TC, não estava em causa qualquer imposição constitucional de uma ilimitada averiguação da verdade biológica da filiação, mas apenas o concreto limite temporal de dois anos a contar da maioridade ou emancipação (portanto, no máximo, os vinte anos de idade do investigador). Era este limite temporal de “dois anos posteriores à maioridade ou emancipação”, e não a possibilidade de um qualquer outro limite, que cumpria apreciar. Por isso, para a decisão da questão de constitucionalidade, era necessário analisar, numa perspectiva substancial, se o tipo de limitação ao direito fundamental em causa, pela gravidade dos seus efeitos e pela sua justificação, é ou não actualmente aceitável, à luz do princípio da proporcionalidade.

Não deveria, igualmente, ignorar-se a valorização da verdade e da transparência, com a possibilidade de acesso a informação e dados pessoais e do seu controlo, com a promoção do valor da pessoa e da sua “auto-definição”, que inclui, inevitavelmente, o conhecimento das origens genéticas e culturais. De facto, a CRP consagra, no artigo 26.º, o “direito ao desenvolvimento da personalidade”, comportando dimensões como a liberdade geral de acção e uma cláusula de tutela geral da personalidade, e, se tanto o pretense filho como o suposto progenitor podem invocar este preceito constitucional, não é excessivo dizer-se que ele “pesa” mais do lado do filho, para quem o exercício do direito de investigar é indispensável para determinar as suas origens.

O regime em apreço, ao excluir totalmente a possibilidade de investigar judicialmente a paternidade (ou a maternidade), logo a partir dos vinte anos de idade, tinha como consequência uma diminuição do alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade ou da maternidade. Violava também a exigência da proporcionalidade (em sentido amplo), consagrada no artigo 18.º, 2, da CRP.

Em conclusão, o Tribunal Constitucional decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do Código Civil que previa, para a caducidade do direito de investigar a paternidade, um prazo de dois anos a partir da maioridade do investigador

5. Acórdão n.º 590/04 - Crédito à habitação

Um Grupo de Deputados requereu a apreciação das normas que revogaram os regimes de crédito bonificado para contratação de novas operações de crédito destinadas à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária e de beneficiação de habitação própria permanente.

Apreciando sucessivamente as questões colocadas, o TC concluiu, primeiro, que o crédito bonificado não é uma medida de acesso à habitação própria constitucionalmente exigida, nem mesmo uma medida indispensável para assegurar o cumprimento por parte do Estado das políticas que, neste domínio, a CRP lhe impõe. Os únicos condicionamentos constitucionais são, neste campo, o facto de ter de haver algumas medidas, independentemente da sua configuração e a necessidade de tais medidas de promoção de aquisição de casa própria serem distintas do incentivo ao arrendamento.

Depois, quanto à concretização da política de favorecimento dos jovens, em especial do seu direito de acesso à habitação, pode ser levada a cabo por medidas de diversa natureza e mediante instrumentos que respeitem, quer ao acesso à habitação própria, quer ao arrendamento.

Enfim, quanto ao princípio do não retrocesso social, as normas constitucionais relativas ao direito à habitação e à protecção especial dos jovens no acesso à habitação não contêm uma ordem de legislar, concreta e precisa, de forma a permitir identificar os instrumentos de execução que o Estado deve utilizar na concretização dos preceitos constitucionais, gozando o legislador, neste domínio, de liberdade de escolha dos meios de prossecução das determinações constitucionais. Em tais casos, só existirá retrocesso social

constitucionalmente proibido quando se deixe de assegurar o núcleo essencial de um direito fundamental consagrado na Constituição.

Em conclusão, a revogação do regime de crédito bonificado não afecta o conteúdo essencial dos direitos à habitação e à protecção especial dos jovens.

6. Acórdão n.º 368/02 - Dados de saúde

Foi o Procurador-Geral da República quem requereu a declaração de inconstitucionalidade de várias normas sobre a obrigatoriedade de realização de exames de saúde, destinados a verificar a aptidão física e psíquica do trabalhador para o exercício da sua profissão, bem como a repercussão das condições do trabalho na saúde do trabalhador.

O TC considerou que, em princípio, o direito à reserva da intimidade da vida privada incluirá também um dever de respeitar o segredo, isto é, a proibição de obter informações sobre a vida privada de outrem, incluindo obviamente os elementos respeitantes à saúde. Mas esse direito não é absoluto em todos os casos e relativamente a todos os domínios.

No âmbito das relações laborais, o direito à protecção da saúde, bem como o dever de a defender e promover (artigo 64.º, 1, da CRP), não podem deixar de credenciar suficientemente a obrigação para o trabalhador de se sujeitar, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar - tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade - que ele não representa um risco para terceiros, conquanto essa sujeição se não revele, pela natureza e finalidade do exame de saúde, como abusiva, discriminatória ou arbitrária.

Deve-se admitir que a obrigatoriedade de sujeição a exame médico possa radicar na própria necessidade de verificar que a prestação de trabalho decorra sem risco para o próprio trabalhador, tendo em consideração que a protecção do trabalhador e a eliminação das nocivas sequelas sociais da sua desprotecção constituem historicamente o próprio cerne da razão de ser da existência de uma legislação do trabalho baseada em disposições imperativas que conferem aos trabalhadores direitos e regalias a que eles não podem renunciar.

Por isso, tendo em conta as indiscutíveis e significativas repercussões sociais das doenças profissionais e dos acidentes de trabalho, não repugna admitir que o legislador, imponha a realização de um exame de saúde com carácter periódico, conquanto esse exame se contenha no estritamente necessário, adequado e proporcionado à verificação dos fins de prevenção dos riscos profissionais e prevenção de saúde dos trabalhadores.

Por outro lado, como o médico do trabalho não pode transmitir ao empregador, sob pena de violação do segredo profissional, qualquer indicação que traduza um diagnóstico sobre o estado de saúde, não é possível entender que o diploma em apreço permite que se crie um banco de dados sobre o estado de saúde dos trabalhadores no âmbito da própria empresa empregadora.

III. EM FISCALIZAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

7. Acórdão n.º 474/02 – *Desemprego dos trabalhadores da Administração Pública*

Neste acórdão, o TC decidiu dar por verificado o não cumprimento da CRP, por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível o direito previsto no seu artigo 59.º, 1, alínea e), sobre assistência aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, relativamente a trabalhadores da Administração Pública.

O TC começou por salientar que a disposição constitucional em que se funda a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem de ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal possa determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas. A verificação da inconstitucionalidade por omissão supõe a existência de uma concreta e específica situação de violação da Constituição, demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não conferiu atempadamente exequibilidade.

Ora, a assistência material a que se reporta o artigo 59.º, 1, alínea e), da CRP tem necessariamente de assumir a forma de uma prestação específica, directamente conexas com a situação de desemprego involuntário, prestação essa que se deve obrigatoriamente integrar no âmbito da segurança social, não podendo ser estabelecida sem precedência de recurso à via legislativa.

Ocorre, pois, indubitavelmente uma omissão parcial, já que o legislador deu exequibilidade à norma constitucional que lhe impõe assegurar o direito à assistência material dos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, mas apenas relativamente a alguns deles, com exclusão da generalidade dos trabalhadores da Administração Pública.

IV. EM FISCALIZAÇÃO CONCRETA

8. Acórdão n.º 614/05 - *Pensão de sobrevivência/ Recurso para o Plenário*

Neste recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, foi proferido, em 29.03.2005, pela 2.ª Secção do Tribunal Constitucional, o Acórdão 159/05, pelo qual se decidiu não julgar inconstitucional a norma do Estatuto das Pensões de Sobrevivência, na interpretação segundo a qual a titularidade de pensão de sobrevivência em caso de união de facto depende de o companheiro do falecido ter direito a obter alimentos da herança. Foi interposto recurso para o Plenário do Tribunal Constitucional, ao abrigo do artigo 79.º-D da Lei do Tribunal Constitucional, por aquele acórdão ter julgado em sentido divergente do que anteriormente fora decidido quanto a esta mesma norma do Estatuto das Pensões de Sobrevivência pelo Acórdão 88/04, proferido em 10.02.2004, pela 3.ª Secção, que se pronunciara no sentido da sua inconstitucionalidade.

O Tribunal Constitucional considerou que o entendimento expresso no citado Acórdão 159/05 (que, aliás, seguia a orientação anteriormente definida pelo Acórdão 195/03) é de manter e reafirmar.

Por um lado, na óptica do princípio da igualdade, a diferenciação de tratamento não pode ser considerada como destituída de fundamento razoável ou arbitrária. Existem diferenças importantes, que o legislador pode considerar relevantes, entre a situação de duas pessoas casadas, e que, portanto, voluntariamente optaram por alterar o estatuto jurídico da relação entre elas, e a situação de duas pessoas de sexo diferente que, embora convivendo há mais de dois anos "em condições análogas às dos cônjuges", optaram, diversamente, por manter no plano de facto a relação entre ambas, sem juridicamente assumirem e adquirirem as obrigações e os direitos correlativos do casamento. Ora, um dos pontos em que o tratamento

jurídico diverso entre ambas as situações pode relevar é, justamente, o das condições para o reconhecimento do direito à pensão de sobrevivência no caso da união de facto.

Por outro lado, quanto à eventual violação do princípio da proporcionalidade, o que está em causa no confronto de uma solução normativa com o princípio da proporcionalidade não é simplesmente a gravidade ou a dimensão das desvantagens ou inconvenientes que pode acarretar para os visados, mas apurar se o recorte de um regime jurídico é aceitável (isto é, se segue um critério constitucionalmente aceitável) tendo em conta o fim prosseguido e as alternativas disponíveis. Ora, como revela o paralelo da solução normativa em causa com a posição sucessória do cônjuge sobrevivente e da união de facto, o tratamento *post mortem* do cônjuge é, justamente, um daqueles pontos do regime jurídico em que o legislador optou por disciplinar mais favoravelmente o casamento.

Esta distinção entre a posição *post mortem* do cônjuge e a do companheiro em união de facto – que, aliás, podem concorrer entre si depois da morte do beneficiário – é adequada à prossecução do fim de incentivo à família fundada no casamento, que não é constitucionalmente censurável (e recebe até particular acolhimento no texto constitucional).

9. Acórdão n.º 198/04 – *Escutas telefónicas e “prova proibida”*

Tratava-se de um recurso de constitucionalidade sobre o artigo 122.º, 1, do Código de Processo Penal (CPP), mas a questão de constitucionalidade referia-se à interpretação ou dimensão perfilhadas, competindo ao TC apreciar a questão da constitucionalidade daquela norma entendida como autorizando (face à nulidade/invalidade de intercepções telefónicas realizadas) a utilização de outras provas, distintas das escutas e a elas subsequentes, quando tais provas se traduzam nas declarações dos próprios arguidos, designadamente a sua confissão.

Para o TC, o sentido de uma norma prescrevendo que a invalidade do acto nulo se estende aos que deste dependerem ou que ele possa afectar (artigo 122.º, 1, do CPP) é, desde logo, o de abrir caminho ao “efeito-à-distância” e à ponderação que subjaz à chamada doutrina dos “frutos da árvore venenosa” (“*fruit of the poisonous tree*”). Ora, certas situações de “efeito-à-distância” não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal, permitindo verificar se o nexó naturalístico que, caso a caso, se considere existir entre a prova inválida e a prova posterior é, também ele, um nexó de antijuridicidade que

fundamente o “efeito-à-distância”, ou se, pelo contrário, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela.

Assim, interpretando o artigo 122º do CPP à luz do artigo 32º da CRP e com base na doutrina dos “frutos da árvore venenosa”, haverá que procurar relações de dependência ou de produção de efeitos que, com base em critérios racionais, baseados em valores constitucionais, exijam a projecção no acto derivado do mesmo valor negativo que afecta o acto anterior.

Em conclusão, o TC não julgou inconstitucional a norma do artigo 122.º, 1, do Código de Processo Penal, entendida como autorizando, face à nulidade/invalidade de interceptações telefónicas realizadas, a utilização de outras provas, distintas das escutas e a elas subsequentes, quando tais provas se traduzam nas declarações dos próprios arguidos, designadamente quando tais declarações sejam confessórias.

10. Acórdão nº 155/07 – *Colheita coactiva de vestígios biológicos*

Nos autos de um processo, em que se investigavam factos, em abstracto, susceptíveis de integrar a prática de dois crimes de homicídio qualificado, terão sido colhidos no local do crime “vestígios biológicos, alguns deles referentes aos autores dos crimes”. Tendo os arguidos recusado o seu consentimento, e considerando essencial que se procedesse a “exame na pessoa dos arguidos tendo como finalidade a colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e subsequente comparação com o dos vestígios biológicos colhidos no local do crime” e que o arguido “pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente” à realização do mencionado exame, foi proferido despacho determinando que tais arguidos comparecessem nas instalações do Instituto Nacional de Medicina Legal para serem sujeitos à realização de exame médico-legal com vista à obtenção de vestígios biológicos, “sempre na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável à prossecução do fim a que se destinam.”. Todavia, logo no dia seguinte, um dos arguidos requereu que fosse declarada ilegal a prova obtida através desta sujeição coactiva à colheita de saliva realizada.

As normas cuja constitucionalidade era questionada visam a salvaguarda de interesses constitucionalmente protegidos (designadamente os que são próprios do processo penal, como a realização da justiça e a prossecução da verdade material), têm carácter geral e abstracto, não têm carácter retroactivo, nem aniquilam os direitos, liberdades e garantias em causa em causa, não atingindo o respectivo conteúdo essencial. Por outro lado, a CRP não proíbe, em

absoluto, a recolha coactiva de material biológico (designadamente de saliva) e a sua posterior análise genética, sendo decisivo, no entanto, verificar se as normas em causa respeitam as exigências constitucionais de adequação, de exigibilidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

No caso em análise, o TC não considerou que as restrições aos direitos fundamentais necessariamente implicadas por tais normas violem qualquer dos subprincípios enunciados. Considerou ainda que não se verifica, no caso, uma ausência de critérios de actuação restritiva de direitos fundamentais constitucionalmente censurável: trata-se de uma norma que permite a colheita coactiva de material biológico - mais concretamente, de saliva - realizada apenas para efeitos de determinação do perfil genético do arguido em termos de possibilitar a comparação com outros vestígios biológicos encontrados no local do crime; ora, tratando-se da mera fixação de um perfil genético na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável para comparação com vestígios colhidos no local do crime, fica à partida delimitado o âmbito do exame e excluída qualquer possibilidade de tratamento do material recolhido em termos que permitam aceder a informação sensível que exceda o absolutamente indispensável ao fim visado.

Porém, contendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende da prévia autorização do juiz de instrução, de nada valendo uma intervenção *a posteriori* daquele juiz (como aconteceu no presente processo), pois que a mesma não poderia desfazer a restrição de alguns dos direitos (*v.g.*, o direito à integridade física ou o direito à reserva da vida privada) entretanto irremediavelmente afectados.

Assim, o Tribunal acabou por julgar inconstitucional, quer a norma constante do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita, quer, ainda, consequencialmente, a norma do mesmo Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos.

NOTAS

-
- (1) Contudo, “os juízes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completem 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato” (art. 21.º, 3, LTC).
- (2) Gomes Canotilho, “As Palavras e os Homens – Reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau”, *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 70 (1994), pág. 124, citado por Jorge Menezes de Oliveira, “A letra, o espírito e o direito ao amparo” publicado no número especial da *Revista Jurídica de Macau*, dedicado ao Direito de Amparo, Dezembro de 1999.
- (3) Cfr. Carla Amado Gomes, “Os pressupostos do recurso para uniformização de jurisprudência constitucional: breves notas ao artigo 79.º-D/1 da LOTC”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 511 e segs.
- (4) Discurso do Presidente, www.tribunalconstitucional.pt.
- (5) Em especial, Romano Orrù, “La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l’esperienza portoghese” (estratto), in Giuseppe Franco Ferrari e Antonio Gambaro (a cura di), *Corti Nazionali e Comparazione Giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2006.
- (6) Matéria já desenvolvidamente tratada em “A execução das decisões do Tribunal Constitucional pelo Legislador”, Relatório do Tribunal Constitucional Português à *Conferência Tripartida Portugal, Espanha e Itália* [Roma, 28 de Maio de 2001], in www.tribunalconstitucional.pt, e Rui Manuel Moura Ramos, “La mise en oeuvre des décisions des juridictions constitutionnelles: le cas portugais”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. IV, 2004-2005, Coimbra Editora, pp. 39 e segs. Na doutrina, sobretudo, Rui Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- (7) Cfr. José Manuel Cardoso da Costa, “O Tribunal Constitucional português face a uma Constituição em mudança”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 479 e segs., e José Joaquim Gomes Canotilho, “Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas”, *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. III, 2003, Coimbra Editora, pp. 77 e segs.
- (8) – Casos já reportados no Relatório “Os órgãos de fiscalização da Constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no Sistema Constitucional perante os demais poderes do Estado” apresentado à *III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América* (Guatemala, Novembro de 1999), in www.tribunalconstitucional.pt