

ESTUDOS SOBRE FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE

IMPORTÂNCIA, RELEVO E REGIME

COORDENADORES:

Luísa Neto / Anabela Costa Leão / Ana Rita Babo Pinto / Inês Neves

Anabela Costa Leão

Cristina M. M. Queiroz

Diogo Feio

Fernando da Silva Pereira

Paulo Ferreira da Cunha

Tiago Azevedo Ramalho

ESTUDOS
SOBRE FISCALIZAÇÃO
SUCESSIVA CONCRÊTA
DA CONSTITUCIONALIDADE



COLEÇÃO COLECTIVAS

**ESTUDOS
SOBRE FISCALIZAÇÃO
SUCESSIVA CONCRÉTA
DA CONSTITUCIONALIDADE
IMPORTÂNCIA, RELEVO
E REGIME**

Coordenadores:

**LUÍSA NETO
ANABELA COSTA LEÃO
ANÁ RITA BABO PINTO
INÉS NEVES**

Autores:

AA. VV.

1.^a edição, setembro 2023

Editor:

GESTLEGAL
Av. Fernão de Magalhães, n.º 136 – Piso 2
Edifício Azul – Salas U-T
3000-171 Coimbra
+351 239 053 838
editora@gestlegal.pt
www.gestlegal.pt

Design editorial: José Soler

ISBN e-book: 978-989-53745-8-8

Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT — Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do projeto UIDB/00443/2020.

Copyright © AUTOR This is an *open access* article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are properly credited.

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

GESTLEGAL

ESTUDOS SOBRE FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA CONCRÊTA DA CONSTITUCIONALIDADE

IMPORTÂNCIA, RELEVO E REGIME

Coordenadores:

LUÍSA NETO

ANABELA COSTA LEÃO

ANA RITA BABO PINTO

INÊS NEVES

ESTUDOS
SOBRE FISCALIZAÇÃO
SUCESSIVA CONCRETA
DA CONSTITUCIONALIDADE
IMPORTÂNCIA, RELEVO
E REGIME



NOTA PRÉVIA

Sendo o artigo 204.º da Constituição o ponto de partida necessário da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade (e da legalidade), a construção do modelo como sistema misto — de fiscalização jurisdicional difusa e concentrada por via de recurso — combina preocupações complementares que têm origens históricas e geográficas também distintas.

Esta fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade ocupa um lugar evidente na preocupação dos agentes do foro, assim como no volume de processos tramitados no Tribunal Constitucional. Ora, a observação da prática judicial aponta para um sucesso muito reduzido dos requerimentos de não aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade apresentados pelas partes em tribunais a quo e no Tribunal Constitucional.

Por outro lado, esta modalidade da garantia da constituição e da constitucionalidade levanta questões comparativas essenciais quanto ao modo de acesso à justiça constitucional, quando regularmente se levantam vozes a propor ou exigir a introdução de mecanismos como os da queixa constitucional ou do recurso de amparo.

Neste sentido, é este modo de fiscalização um verdadeiro sismógrafo do Estado de Direito Democrático que se quer sempre vindicar.

Foram estas constatações que centraram a organização de curso breve — já com duas edições — pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e pelo CIJ-FDUP e que agora são disseminadas através da presente publicação. Tendo em conta o escopo da obra, optou-se por preservar a geometria variável dos textos e respetiva forma.

P'la Organização

LUÍSA NETO
*Professora Associada com
Agregação da FDUP*

APORIAS DA ALAVANCA

LEGITIMIDADE & LEGITIMAÇÃO. DIREITO, CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUIÇÃO *

Lever aporia — *Legitimacy & legitimation law, constitution, constitutional justice and concrete inspection of the constitution*

Paulo Ferreira da Cunha **

Resumo: Este trabalho foi destinado a uma aula inaugural de um Curso na Faculdade de Direito do Porto. Nele se procura, de forma sucinta e com o estilo próprio das aulas inaugurais, anunciar o estudo desenvolvido e concreto da fiscalização concreta da constitucionalidade com uma reflexão sobre as questões prévias, históricas e teóricas, da legitimidade e da legitimação, em geral e no caso concreto da justiça constitucional.

Palavras-chave: Fiscalização concreta da constitucionalidade, justiça constitucional, Constituição, legitimidade, legitimação.

Abstract: *This work was intended for an inaugural class of a Course at the Faculty of Law of Porto. It seeks, in a succinct manner and with the style typical of the inaugural lectures, to announce the developed and concrete study of the concrete inspection of constitutionality with a reflection on the previous, historical and theoretical questions, of legitimacy and legitimation, in general and in the case concreteness of constitutional justice.*

Keywords: *Concrete enforcement/inspection of constitutionality, constitutional justice, Constitution, legitimacy, legitimation.*

* Texto baseado nas nossas aulas de abertura de dois cursos *online* de *Fiscalização concreta da constitucionalidade* organizados pela FDUP e pelo CIJ-FDUP. Embora se mantenham evidentes marcas de oralidade, e referências incidentais, assim como palavras iniciais de agradecimento, alterou-se o título, aditaram-se, naturalmente, notas de rodapé, e desenvolveram-se vários pontos e fizeram-se necessárias atualizações.

** Supremo Tribunal de Justiça, Terreiro do Paço, Lisboa; FDUP (atividade suspensa para o exercício da magistratura judicial), lusofilias@gmail.com

Sumário: 1. Considerações preliminares; 1.1. Agradecimentos; 1.2. Sobre Bibliografias. 2. Entre Lassalle e Hesse. 3. Legitimidade e Legitimação: Exemplos Constitucionais Históricos. 4. Discursos Legitimadores. 5. Legitimidade da Constituição. 6. Legitimidade da Justiça Constitucional. 7. Legitimidade da Fiscalização Concreta. 8. Tópicos de Legitimação. 9. Final.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1. Agradecimentos

Antes de mais, o meu agradecimento às organizadoras deste Curso, na pessoa das Professoras que há mais tempo conheço, a Prof.^a Luísa Neto e a Prof.^a Anabela Leão, que me honraram com o convite para proferir esta aula inaugural.

Um agradecimento público desejo também fazer, pelo apoio bibliográfico, à Biblioteca desta Casa, que continuo a sentir minha, na pessoa da Senhora Dr.^a Maria José Parreira. E — *last but not the least* — a quantas e quantos me estão a ver e ouvir neste fim de tarde convidativo a outras atividades, quantos depois de um pesado dia de trabalho ou de estudo. Estudar é, hoje, para “resistentes” — não gosto do anglicismo “resilientes”, quanto muito próprio da Física.

No dia da 1.^a edição deste curso, faria 89 anos, se ainda estivesse entre nós, o meu velho Professor, publicista não obscuro (ao contrário de como ele se batizou um dia, na sua modéstia), António Barbosa de Melo, a quem a nossa Constituição muito deve. Não posso deixar de o lembrar com emoção. Prometi-lhe um dia dar uma aula sobre Constituição e Utopia em resposta à inspiração do seu opúsculo *Democracia e Utopia*. Não a cheguei a dar, mas tenho andado toda a vida a pagar, de uma forma ou de outra, essa promessa. Não interessa muito a efeméride que hoje poderíamos comemorar (há sempre muitas), permitam-me que de novo relembre esse grande publicista.

1.2. Sobre Bibliografias

Falava em bibliografia. Como as bibliografias finais não se leem ou não se escutam, andamos com sorte, porque falei sobre estes temas, que me recorde, apenas uma meia dúzia de vezes. Referir-me-ei a

alguns títulos agora, mas a bibliografia estará sempre presente ao longo desta exposição. Ensinar Humanidades (e o Direito é uma delas) na Universidade é dialogar com livros.

O problema começa com a questão fulcral de todo o Direito, que traduzi quando era caloiro num trabalhinho apresentado ao Doutor Rui Moura Ramos, depois Presidente do Tribunal Constitucional: *O Ponto de Arquimedes*, que inspiraria o título homónimo, saído em 2001, ano em que comecei a dar aulas nesta Faculdade. Essa é a questão geral: encontrar um ponto fixo de apoio para a alavanca que há-de levantar o edifício da juridicidade.

Falo depois destes temas, mais especificamente, no meu livro, logo esgotado, *Direito Constitucional Anotado*, na 2.^a edição portuguesa do meu manual *Direito Constitucional Geral* (bases gerais do problema), ambos da Quid Juris (hoje em 4.^a edição na Intersaberes de Curitiba), e naturalmente em *Síntese de Justiça Constitucional*, d'A Causa das Regras. Também na minha *Filosofia do Direito e do Estado*, da Almedina, relembro a gigantomaquia entre Carl Schmitt (de quem os franceses diziam, com finura, “bête d’intelligence”) e Hans Kelsen. A polémica sobre quem deve ser o *defensor da Constituição* ainda hoje está viva ¹ — e significativamente o Prof. Marcelo Rebelo de Sousa a invocou, logo no início do seu artigo sobre legitimação da Justiça Constitucional, em 1995 ². Outro trabalho que merece ser referido logo à cabeça é o estudo de Otto Bachof, entre nós traduzido como *Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política* ³. Finalmente, aludo às polémicas da *potestas* e da *auctoritas* do Tribunal Constitucional numa conferência proferida num congresso constitucionalista em Marrocos, em 2018: *La justice constitutionnelle portugaise. Vol d’oiseau*, cuja edição está ainda no prelo... mas que já foi editado em português, num

¹ HANS KELSEN, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, *Die Justiz*, 1930-31, n.º 11-12, vol. VI, pp. 576-628, trad. port., *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, in *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2016, p. 237 ss.

² MARCELO REBELO DE SOUSA, Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais, in *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*, Lisboa, Coimbra Editora, 1995, p. 213.

³ OTTO BACHOF, Estado de Direito e Poder Político: Os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. LVI, 1980, trad. de J. M. Cardoso da Costa.

livro editado pela Gestlegal, *Arte Justa*, que conta com prefácio do Conselheiro Alexandre Reis, o qual, tal como a Conselheira Clara Sottomayor, nos deu a honra de me acompanhar na sessão do 1.º curso, por excecional simpatia da organização. Os três formámos um saudoso coletivo na 1.ª secção cível do Supremo Tribunal de Justiça, antes de eu enveredar *pela via do Crime...* como, salvo erro, um dia ironizou, para si próprio, o Doutor Jorge de Figueiredo Dias.

Não levem a mal servir-me eu próprio de apontamentos e segui-los de perto. Creiam que, se não o fizesse, esta aula seria pouco menos que interminável. Os apontamentos permitem-me não perder (muito) o fio à meada.

2. ENTRE LASSALLE E HESSE

Não vou falar da polémica sobre quem deva ser *o defensor da Constituição*, que seria a tentativa mais óbvia. Vou a algum tempo antes e a algum tempo depois. Contudo, é uma polémica muito instrutiva. A meu ver, propiciou das melhores páginas de Kelsen, a quem o indubitavelmente inteligente Carl Schmitt (que não nega os fantasiosos *Protocolos dos Sábios do Sião* ⁴) estigmatizou, desde logo, como “judeu”... Kelsen historicamente ganhou no plano constitucional, embora a nosso ver estivesse equivocado no domínio filosófico. Coisa singular...

Num dos títulos constitucionais mais citados e certamente menos lidos, e menos ainda razoados ou digeridos, que era leitura recomendada quando cursei Direito Constitucional pela primeira vez, com o Doutor Gomes Canotilho, pode ler-se mais ou menos isto (não cito do meu velhinho exemplar, que, entretanto, emprestei, e obviamente, como mandam velhas leis naturais, fiquei sem ele):

“Mas todas essas definições legais formais e outras semelhantes estão tão distantes quanto a resposta anterior de uma resposta real à minha pergunta. Porque todas essas respostas contêm apenas uma descrição externa de como uma Constituição é criada, de qual é o

⁴ ADAMO DIAS ALVES/MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.º 105, jul./dez. 2012, p. 261.

“papel” da Constituição, mas não a indicação do que é uma Constituição. Eles dão critérios, sinais de que uma Constituição é externa e legalmente “reconhecida”. Mas eles de forma alguma nos dizem o que é a “essência”, o que é a “noção” de uma Constituição. É por isso que não nos esclarecem onde e quando uma dada Constituição será boa ou má, possível ou impossível, durável ou insustentável. Porque tudo isso só poderia decorrer da “noção” de Constituição. Devemos primeiro conhecer a “essência” de uma Constituição em geral para saber se uma Constituição específica “corresponde” a ela e o que é”.

Não me recordo de estas palavras terem tido um eco especial no caloiro que então era, e só me apercebi da sua importância muito mais tarde. Deste livro, que é, como terão detetado já, *O que é uma Constituição Política?*, de Ferdinand Lassalle, outras lições retirei. Algumas, como a diferença entre constituição real e outras dimensões da constituição, nem sempre apercebidas ou nem sempre unânimes na doutrina. Outras, como a ideia de “folha de papel” para a constituição formal, cheia de simbolismo e apta a inspirar outros desenvolvimentos. E ainda o depois batizado “conceito histórico-universal de constituição” neste opúsculo presente, que sendo referido em inícios de certas obras, só mais tarde seria aceite com as suas devidas implicações quanto ao nascimento da Constituição e às suas diferentes modalidades, históricas e de natureza.

Lassalle não foi aquele livrinho de capa cor-de-rosa pequenino sem utilidade aparente, mas um manancial de inspirações. Porém, da referida passagem, como dizia, não ficara nada de especial.

Até que tomei contacto com o texto da aula inaugural de 1959 do Prof. Konrad Hesse, na Universidade de Freiburg, na então República Federal da Alemanha. Como se sabe, Hesse, catedrático nessa Universidade desde 1956, foi juiz constitucional na Alemanha de 1975 a 1987. O seu discípulo Peter Haerberle, em conversas publicadas no México, enfatizou a independência do seu mestre, assinalando que teria sido o último grande constitucionalista sem vinculação partidária no seu país ⁵.

⁵ PETER HAEBERLE, *Conversaciones Académicas com...*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, máx. p. 121.

Na sua lição, *Die normative Kraft der Verfassung*, que bem pode considerar-se, nos nossos termos, uma oração de sapiência, e é um texto fundante do Direito Constitucional hodierno, Hesse começa por referir essa conferência de 16 de abril de 1862, e dela extrai imediatamente uma tese que, podendo estar latente na primeira interpretação que muitos terão feito da leitura do texto de Lassalle, eu nunca vira expressa de forma tão clara, tão evidente, tão polémica, talvez — se quisermos colocar a questão nesses termos.

Na equação de Lassalle há, evidentemente, no problema da Constituição, duas dimensões. Uma, exterior, exógena, que é a jurídica, e uma outra, interior, endógena, que é a política. Quando um autor alemão cujo nome parece ter-se perdido, depois de tão aceite, citada e difundida a sua fórmula, acabou por dizer que a Constituição é o “estatuto jurídico do político”, acabou por unir, de forma feliz, as duas dimensões.

Mas o problema de base subsiste. E por isso importa visitar Lassalle e Hesse.

E não o fazer de forma simplista, ou com base em restritas definições pré-concebidas de “constituição”. Contudo, para o que nos importa hoje, retenhamos apenas alguns tópicos relevantes.

Tenhamos como dado que a Constituição, em si, é mescla de direito e de política. Nem só uma nem só outra coisa. Mas, se assim é (e cremos que assim deve ser) não se trata de uma Constituição real, sociologicamente entendida, como fatores reais de poder em jogo — portanto, política — contra uma Constituição formal, texto escrito que não passa de “mera folha de papel”. Ponto para Hesse contra Lassalle?

Não verdadeiramente. Apenas numa simplificação Hesse se coloca totalmente do lado da Constituição “jurídica” contra a dimensão social e política. Afirma mesmo a dependência da constituição política da realidade histórica, embora haja também uma força normativa constitucional jurídica que interfere na realidade social e política. Há, pois, uma interação, que se poderia dizer, em termos jurisfilosóficos clássicos, entre o Ser (*sein*) e o dever-ser (*sollen*).

Quem ler atentamente um e outro dos opúsculos (e têm essa excelente qualidade de serem breves), poderá verificar que a oposição entre os dois autores não é abissal, embora se possa realmente compreender que, na estratégia retórica contextual de um e outro, ao conferencista revolucionário conviesse mais sublinhar a importância das forças

políticas contra o hieratismo do texto da magna carta, e ao catedrático, de algum modo sacerdote do direito, fosse simpático reconhecimento de uma magia própria da normatividade constitucional, capaz de, como diria Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, como Midas criador de ouro, transformar em juridicidade tudo aquilo em que toca.

A Constituição não é nunca uma simples folha de papel, isso poderá ser uma tese aceite. Porque tem uma legitimidade que lhe dá uma vida própria, que lhe dá lastro, que a impede, assim, de voar ao sabor de qualquer brisa política nova.

3. LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO: EXEMPLOS CONSTITUCIONAIS HISTÓRICOS

A legitimidade das Constituições dá-lhes uma consistência que muito contrabalança os elementos voláteis ou volúveis da tese da “folha de papel”. Não quer dizer que um vendaval mais forte não possa abalar esses edifícios juspolíticos, mas em geral têm um lastro de legitimidade. Falamos, obviamente, das que a possuem, porque há Constituições ou afins que são meros estatutos decorrentes do poder nu e cru — e por isso só terão legitimação na força, na vontade do soberano, fontes de “legitimidade” hoje proscritas da nossa geral cosmovisão democrática.

A legitimidade é como a efetividade constitucional da classificação de Karl Loewenstein⁶ — ser maior ou menor: muito pouca, ou quase nula legitimidade, terá uma “constituição” como a de 1933, aprovada por um referendo sobre o qual ainda hoje parece não se saber ao certo como foram os números da votação (mas em que o recenseamento era limitadíssimo e as abstenções contaram como votos a favor — para não falar das considerações de Salazar sobre o real valor dessa encenação de consulta popular, observações que estão registadas). Mas há fenómenos de aquisição gradual de legitimidade (é, pois, um processo de legitimação), como foi o caso da Carta Constitucional, que começou por ser vilipendiada quando dada por Dom Pedro, do Brasil — disseram até que fora

⁶ KARL LOEWENSTEIN, *Verfassungslehre*, 3.^a trad. cast. de Alfredo Gallego Anabitarre, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983, reimpr.

escrita “em folha de bananeira” —, mas que, com os acertos dos atos adicionais, viria a ser a mais longeva das constituições portuguesas... uma “síntese por habituação”.

Sublinhe-se, pois, já a dicotomia de conceitos. Legitimidade está sobretudo ligada à formação (na nossa civilização, democrática, como regra) constitucional. Prende-se com o que classicamente se diz *legitimidade de título* — desde antes dos tempos constitucionais modernos. Filipe II de Espanha, I de Portugal, salvo melhor entendimento e não sem pleno patriotismo nosso, que “herdou, comprou e conquistou” Portugal tinha, aos olhos das regras da época, legitimidade de título para ostentar também a coroa portuguesa, numa monarquia dual. Não, obviamente, a estória ulterior, com o espezzinhamento de direitos portugueses, envolvimento em querelas espanholas, e tentativas até de atentado direto à soberania, como os planos de retalhar o País em vários “senhorios”. Aí desapareceu a legitimidade, por falha de legitimidade de exercício. O que também poderíamos dizer, falta de legitimação.

Evidentemente, por vezes as terminologias são fungíveis, e dão lugar a confusões. No limite, poderíamos dizer que pode haver legitimidade sem legitimação — quando, por exemplo, um governo ou uma instituição claudica nos seus objetivos e no seu “pacto” *lato sensu* com a sociedade. E pode haver legitimação sem legitimidade: é o caso clássico da tirania no seu sentido antigo, na Grécia clássica. O tirano, tal como Édipo — a peça *Édipo-Rei* de Sófocles foi batizada originalmente *Oedipus Tyrannus* (naturalmente em grego) — é alguém que atinge o poder por mérito (a “meritocracia”, hoje começando a ser teoricamente questionada, vem de longe), é normalmente uma figura que, na classificação de Max Weber, estaria na área dos governantes carismáticos, ou, noutra classificação (embora seja enorme o anacronismo para o governante mítico de Tebas), dos bonapartistas. Édipo ou Napoleão não têm legitimidade objetiva (ver-se-á depois que Édipo a tem, mas não se sabia disso...). Em tempos de regras monárquicas de sucessão (regras também elas constitucionais, não se olvide), jamais nem um nem o outro possuiriam “título” para governar, plebeus que eram, em toda a aparência. E sem título não possuiriam legitimidade, a menos que interviesse uma outra fonte de legitimidade, espécie de válvula de escape socialmente aceite, e juridicamente reconhecida também (*tant*

bien que mal, pelo menos). Porém, *salus populi suprema lex esto*, e há situações de crise, limite, em que se ultrapassa a regra comum, meramente jurídica. E aí sim, a constituição formal (ainda que seja o “nomos”, ou as “leis fundamentais do reino”) acaba por ser varrida por um vendaval com uma legitimidade política. Édipo mata a esfinge, terrível, impiedoso monstro que assola Tebas, e ganha o direito a governar. Com uma subtileza de associação da nova à velha ordem: o direito também a desposar a recentemente viúva do anterior rei. Não revelemos, porém, nada mais da trama, que é a base “histórico”-mítica da de Antígona, que mil e um manuais consideram obrigatória para a cultura dos juristas (e para a formação da sua *forma mentis*) e outras tantas vezes contada em manuais e outros livros de Direito. E Napoleão? Do mito se passa à História, e não tão antiga assim... Este, por seus feitos bélico-políticos (não são só façanhas de um cabo de guerra), igualmente conquista legitimidade. E no seu protagonismo há imenso de mito, evidentemente, como convém ao herói carismático.

Sem legitimidade, pois, ambos. Mas com um certo tipo de legitimação, os dois.

Quando se fazem revoluções (e não contrarrevoluções — aí o problema é mais complexo, mas também a qualificação pode considerar-se subjetiva, pelo menos até certo ponto), podemos traduzir a ideia que a tais mudanças preside como que uma tentativa de repor uma ordem legítima (tal é dito explicitamente nas primeiras constituições escritas francesa, espanhola e portuguesa, logo nos textos proemiais), ou, se forem mais revolucionárias, de fundar uma legitimidade (embora a expressão, nestes casos, seja em geral apenas pressuposta — decerto porque se considere a legitimidade autoevidente, nesses casos). Há, nesse desiderato legitimador, algo que não pode deixar de fazer lembrar a legitimação antiga dos poderes carismáticos e bonapartistas, só que agora passando de um protagonista pessoal para um grupo, um movimento, a própria revolução. Não é por acaso que mais recentemente começaram a aparecer manuais de introdução ao Direito (desde logo o de Freitas do Amaral ⁷) em que a revolução é

⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2019, reimpr., pp. 483 ss., 566, 576 *et al.*

considerada como fonte de Direito. Já houvera relevantes aproximações à temática, de Castanheira Neves e do saudoso Miguel Galvão Teles. Mas quando uma teorização ganha foros de manual institucional (não falo dos meus manuais, que só os meus alunos leram, azar deles!) o caso muda de figura. Isso seria impensável em regimes mais cristalizados ou agelásticos e antidemocráticos. Embora seja difícil encontrar regimes desses que não hajam sido fundados num qualquer tipo de golpe — armado ou palaciano... Mas uma das formas de legitimação de qualquer mudança fraturante (golpe de estado, guerra, secessão, independência, etc.) parece ser a aquisição de uma pose de Estado e de um sentido institucional. O filme *Michael Collins* (apenas para falar de um clássico) mostra bem, na Irlanda, como é impressionante o passar-se de independentista com atos de terrorismo a institucional detentor do poder...

Obviamente que o 25 de Abril de 1974 foi *ilegal e ilegítimo, sem fundamentação, fora de lei*, relativamente à ordem jurídica e social constituídas, formalizadas, pela Constituição plebiscitada de 1933, e já, mais longinquamente, face ao movimento de 28 de Maio de 1926 (chamado “Revolução Nacional” — que obviamente os institucionais republicanos depostos, por seu turno, consideraram em geral um golpe de Estado... e poderia recuar-se mais...). Há até a circular na *Internet* um interessantíssimo ofício que disso nos dá conta. Em 26 de abril, um zelosíssimo funcionário desconhecedor da fonte de direito “revolução”, no plano jurídico, e da força normativa dos factos, no plano político-jurídico, transmite “a bem da nação” aos seus superiores as faltas injustificadas presumivelmente dos seus subordinados, que terão alegado a revolução como razão da falta ao serviço. Ora, comenta o bom do burocrata, tal causa justificativa ou impedimento não está elencada na lei...

“À Consideração superior
Exm.º Senhor Diretor-Geral

Informo V. Ex.^a que ontem, dia 25 de Abril de 1974, vários funcionários faltaram ao serviço, invocando ter ocorrido uma revolução no País. Esclareço que esta revolução não foi autorizada superiormente, não se vendo qualquer justificação para as faltas, tanto mais que o serviço se atrasou consideravelmente.

Como na legislação vigente não estão previstas faltas pela ocorrência de revoluções, submeto o assunto ao alto critério de V. Ex.^a, na certeza de que o mesmo merecerá a atenção devida.

Lisboa, 26 de Abril de 1974

A Bem da Nação

O Chefe da 3.^a Secção (...)"

4. DISCURSOS LEGITIMADORES

Numa perspetiva jurídica que se pode dizer mais próxima de um pensamento tópico-problemático como foi a de João Baptista Machado (o que seria sublinhado em homenagem póstuma por Antunes Varela), e, portanto, beneficiando do perspetivismo (diga-se entre parêntesis que é um regalo para a mente ler as *Tópicos* de Francisco Puy — para quem obviamente o Direito não é uma estátua de gelo nem de sal, nem sequer um cavalo amestrado — *Es un toro bravo que pelea y que pelea a muerte*⁸), o Direito parece ser, afinal, um discurso legitimador. Todo o Direito. O seu manual (de que alguns alunos dizem “saltar as partes chatas”, ou seja, as mais inovadoras, originais, quando diz coisas que os demais não dizem) chama-se, precisamente, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*⁹. Mas não deveria chamar-se, é certo que muito mais provocatoriamente ainda, *Introdução ao Direito, discurso legitimador?*

No fundo, é sempre o mesmo problema: ou encarar as coisas e as teorias ou perspetivas com moderação e integração até de opostos (*coincidentia oppositorum*) ou, de forma extrema, excluindo tudo o que não seja concorde com um unilateralismo. A Constituição jurídica, a constituição formal, é, sim, folha de papel, até certo ponto. O Direito é discurso legitimador, sim, mas até certo ponto.

⁸ FRANCISCO PUY, *Tópica Jurídica*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1984, p. 798.

⁹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 1985, reimpr.

E, neste caso, distinguir-se-iam duas dimensões: legitimador como justificador e máquina de defesa da ordem instituída, portanto “integrado” (jamais “apocalíptico” que é a outra categoria, simétrica) na classificação de Umberto Eco; mas também legitimador como ordem de legitimação em si, e, portanto, não um discurso retórico, de persuasão sobre (e para) a legitimidade, mas de efetiva explicação e raciocínio lógico que procura alcançar vera legitimação.

Numa versão, o Direito é, sem dúvida, aparelho ideológico do Estado (veja-se Althusser ¹⁰, numa perspectiva marxista — mas a tese em causa não o é exclusivamente, longe disso), arma da política, e nesse sentido a sua legitimidade e força legitimadora são formais e frias, tão frias quanto a do Estado que afinal procuram justificar, nas palavras de Nietzsche. O Estado seria um monstro mentiroso (e frio) que diria ser ele mesmo o próprio povo. Concomitantemente, o Direito seria seu laçao. Kelsen, ao procurar purificar o Direito, talvez o tenha conseguido, à primeira vista, face a entidades como a moral, a etiqueta, a religião (o que não será certo), mas atirou-o para os braços do Estado, que obviamente o enleou e o prendeu...

5. LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Colocadas assim, longa mas sinteticamente, creiam, as bases (algumas) do problema da legitimidade, em geral, será mais fácil descer ao particular da legitimidade e legitimação das Constituições e da Justiça Constitucional, e falar, finalmente, da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Da primeira questão importa recapitular, sobretudo. As Constituições modernas, que se baseiam na tríade mítica Separação dos Poderes, Direitos Humanos, e Sacralidade textual — com limites à revisão (os primeiros dois elementos estão já explícitos no artigo 16.º da primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — era assim

¹⁰ LOUIS ALTHUSSER, *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat*, La Pensée, trad. port. de Joaquim José de Moura Ramos, *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*, Lisboa, Presença, 1974.

que se chamava então —, de origem francesa, mas para todo o Mundo), ao contrário das formas constitucionais antigas (da chamada constituição natural, histórica, costumeira, etc. — leis fundamentais dos reinos e afins), não decorrem do costume, nem dos testamentos dos reis, nem de cortes, mais ou menos míticas (como as nossas apócrifas cortes de Lamego). Fundam-se em Cortes Novas (para usar a expressão oposta a Cortes Velhas, que adquire entre nós um particular significado nas Memórias de José Liberato Freire de Carvalho ¹¹). Ou seja, em Parlamentos modernos, com representação política que, partindo de formas limitadas de sufrágio, com incidentes maiores ou menores (houve avanços e recuos na latitude do direito de votar e de ser eleito), virá a alcançar em cada vez mais países, já no século passado, uma global tendência para o sufrágio universal, direto e secreto, sem limitações. Tendência apenas, porque a transparência eleitoral é ainda inexistente em alguns casos, e uma (uma apenas, mas significativa) das motivações para o projeto (cremos que, com a pandemia, meio parado nas Nações Unidas) da criação de um Tribunal Constitucional Internacional, sobre que se fez há uns anos um colóquio internacional nesta Casa, com interessantíssimos debates.

A legitimação das Constituições é, em última análise, *de título*. Fala-se muito na legitimidade *de exercício* das constituições (obviamente, não usando esta terminologia), alegando que são velhas, que seriam até “dinossauros”, que correspondem a “os mortos a mandar nos vivos”, etc. Um dos habituais desportos dos descontentes, ou dos que buscam álbis políticos, é a crítica constitucional, normalmente radical. A Constituição impediria maravilhas... Contudo, a caravana tem passado, com retoques mais ou menos cirúrgicos, ou cosméticos, ou (no caso da primeira revisão da atualmente vigente) limpeza de aspetos datados e ideológicos mais fraturantes. Mas o teste real de uma Constituição é político. É raro mudar-se de Constituição sem que uma profunda convulsão revolucionária o dite. Não são os juristas que reprovam a Constituição, são os processos históricos. Neles,

¹¹ JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Memórias da Vida de...*, 2.^a ed., Lisboa, Assírio e Alvim, 1982 [1.^a ed., 1855].

os políticos têm o peso que têm — tudo isso é muito controverso e não podemos enveredar por essas indagações.

Descendo ao concreto da nossa Constituição de 1976, não deixa de ser ainda justo não passar *a posteriori* certidão de hipocrisia a alguns deputados e partidos, e lembrar que apenas foi aprovada com os votos contrários dos deputados inscritos (não do deputado independente General Galvão de Melo) num único partido, totalizando quinze. Todos os demais votaram a favor. Já então essa votação denota uma legitimidade. Por muitas vicissitudes que tenha tido o processo político em que se inseriu (é certo que tinha havido, mas já havia passado, até um cerco, dito sequestro, da Assembleia Constituinte), a Assembleia não foi pressionada pela ponta das baionetas. E a legitimidade da Constituição sai reforçada pelas revisões constitucionais, que vão corrigindo e aprimorando o texto. Obviamente não serão clamores que não têm alcançado, apesar das suas declarações altissonantes, as maiorias parlamentares imprescindíveis para rever constitucionalmente o texto que constituirão real obstáculo à legitimação concreta da Constituição.

O problema da legitimidade da Constituição não pode ver-se à luz de um qualquer princípio monárquico, para o qual todo o edifício republicano seria ilegítimo, na melhor das hipóteses porque o 5 de Outubro não fora um referendo, ou por legitimações de dinastia, sangue, conquista, ou qualquer unção mística (milagre de Ourique — *in hoc signo vincas*) a derrapar para o esotérico num “direito divino dos reis”, ou dos “chefes” laicizados e formalmente (só formalmente) convertidos a uma forma de governo não coroada. Nos tempos que correm, a cosmovisão ainda profundamente imperante é a democrática, representativa, de constitucionalismo moderno, e por isso a legitimidade e a legitimação têm de fundar-se nessa lógica, sendo de excluir qualquer outra.

6. LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

A Justiça Constitucional, prevista pelo texto constitucional, usufrui da geral legitimidade deste. Pode colocar-se sempre o problema de saber se funciona bem, se cumpre a sua função (o que pode decorrer

do travejamento legal que a funda, ou da prática dos seus agentes) e essa é uma dimensão que pode dizer-se de legitimação concreta.

O rosto mais evidente da Justiça Constitucional é o órgão em que, *grosso modo*, confluem todas as formas de controlo, no topo, o Tribunal Constitucional.

A perceção do funcionamento da Justiça Constitucional já é ténue, entre nós, e sem dúvida que é sobretudo vista (aliás outra forma seria praticamente muito difícil) na sua corporização no Tribunal Constitucional. Embora muitos litigantes, hoje em dia, tenham interpretado a existência da fiscalização concreta como existência, afinal, de mais uma instância, para que indiretamente se pode recorrer de tudo (a exemplo do que já se faz, pelo menos algo *contra legem*, relativamente a pontos provadíssimos e incontroversos da matéria de facto para o Supremo Tribunal de Justiça, quantas vezes já com dupla conforme), não pode deixar de recordar-se que em Portugal já houve escassez de questões constitucionais, quando não havia controlo concentrado (de 1911 a 1976).

Há mais de vinte anos (mas até que ponto se muda significativamente o que parece ser uma tendência?), um extenso e interessante artigo de António de Araújo e Pedro Coutinho de Magalhães, na reputada revista “Análise Social”¹², dá-nos conta de um grande consenso entre académicos, políticos e magistrados acerca do Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo que ele seria “ignorado pela opinião pública”. Com elogios de Presidentes da República, diagnósticos de respeito mútuo e solidariedade por parte de altos magistrados, apesar de também se registarem críticas, sobretudo de políticos e membros de alguns governos, o que os autores explicam pelo carácter contra majoritário da instituição.

Não sendo este órgão de Justiça Constitucional consensual, cremos poder interpretar como sobretudo desagradando às maiorias que vêm assim o seu poder de algum modo cerceado pelo que pode ser visto como, para usar uma expressão que se tornou proverbial para situações de *checks and balances*, “força de bloqueio”.

¹² ANTÓNIO DE ARAÚJO/PEDRO COUTINHO DE MAGALHÃES, *A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?*, in “Análise Social”, vol. XXXV, n.º 154-155, 2000, pp. 207-246.

Na verdade, é um problema fulcral do entendimento da democracia atual: aos que creem que o simples voto maioritário tudo permite, ou muitíssimo, opõem-se os que (desde logo por defesa dos Direitos Humanos) consideram que não é lícito a quem tenha mais um voto (ou mais uns tantos) impor a minorias a sua verdade, sobretudo se as asfixiar... A democracia atual implica necessariamente formas (como o controlo da constitucionalidade) de moderar, mitigar, a simples lei dessa força subtil do voto, mas ainda assim força que pode tornar-se muito opressiva, das tiranias das maiorias. E de novo volta a galope a dicotomia política/direito. A judicialização de conflitos políticos é inevitável em situações de controlo da constitucionalidade. A questão (mas não é o nosso ponto hoje) é que possa haver formas de diminuir politizações excessivas de questões sobretudo jurídicas, e juridicizações abusivas de questões puramente políticas. O problema é que, de um lado e de outro, não há absoluta pureza... Temos que conviver com o problema, e, nesse contexto, chega a ser pueril, com o devido respeito, a panaceia de resolver tudo acabando com o Tribunal Constitucional (ignorando, antes de mais, as próprias lições do Direito Comparado), ou encontrando uma qualquer fórmula mágica de depurar a sua composição de qualquer sombra de suspeita política.

Pedi licença à minha Colega Conselheira Clara Sottomayor para dar este exemplo. Será que a jurista Prof.^a Doutora Clara Sottomayor era uma jurista de mérito acima de toda a suspeita quando conquistou, por concurso, o seu lugar no STJ, passou a ser política quando foi eleita para o Tribunal Constitucional, e voltou às vestes de jurista sem mácula de política quando regressou como Conselheira, ao STJ?

A questão da legitimação do Tribunal Constitucional é também problematizada com este eterno problema da “lepra política” que se lhe assaca, ignorando aquela básica verdade que é o ser o Direito Constitucional “estatuto jurídico do político”. Aliás, recordamos sempre Orlando de Carvalho, que nas matérias de Direito Civil (aparentemente tranquilas, embora sob a sua placidez corram rios de lava incandescente à espera de um vulcão que os liberte), sublinhava que o direito é sempre ideológico-político, e tanto mais ideológico-político quanto o procura ocultar (diríamos nós: com um discurso legitimador

de consenso, naturalidade, não autoria das teorias, etc.). Existe uma *exdenominação*, pelo menos em alguns terrenos jurídicos (e o domínio constitucional é até privilegiado, porquanto se conseguiram consensos à custa de polissemias, leituras negociadas, etc. — como pode compreender-se das análises de Roland Barthes e de John Fiske). Louis Favoreu, por exemplo, é muito claro praticamente identificando a questão da legitimidade da Justiça Constitucional com o problema da composição dos tribunais constitucionais¹³. E não será o único.

A questão, mais uma vez, aprofundando a temática e procurando ganhar altura face às polémicas superficiais (essas que agitam jornais e tabernas, na descrição de Lassalle), é de, a partir da verificação do problema (porque o há, ainda que falso, artificial ou, talvez melhor, agigantado), extrair ilações: moderadas ou extremistas. Francisco Puy, insuspeito de simpatias coletivistas, chegou a refletir sobre a social-democracia e a sua parentela ideológica, tendo considerado que, visto nos seus desenvolvimentos modernos, “El socialismo es una ideología discreta y adecuada para la coexistencia con las demás en un sistema de libertad y pluralismo como es el que hoy mayoritariamente deseamos todos en Europa”¹⁴. Aliás, de muita utilidade seria visitar a tese do Padre Teilhard de Chardin, segundo a qual, *o que se eleva conflui*. Não se pode deixar de considerar, *a contrario*, que muita da dissensão que se exhibe em vários setores da existência decorrerá certamente da falta de elevação que neles grassa.

Evidentemente que o Direito não é revistado à porta do Palácio Raton, e a política que eventualmente leve no bolso retida à porta. Mas também já foi estudado o comportamento dos juizes e, em termos gerais, se concluiu algo que se nos afigura até muito mais tranquilizador que perturbante. Os votos dos juizes não refletem as forças partidárias que os indicaram (salvo, julga-se, os que foram cooptados e não entram nesta conta), não são suas correias de transmissão ou comissários políticos. É bom. Mas também não renunciam às grandes opções, que preferiríamos chamar filosóficas a ideológicas, às respetivas cosmovisões.

¹³ LOUIS FAVOREU, *La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles*, in *Legitimidade e Legitimação...*, cit., p. 289 ss.

¹⁴ FRANCISCO PUY, *La socialdemocracia y su parentela ideológica*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. X (1993) 73-87, p. 84.

As quais, evidentemente, devem ter consonância com as que se presume sejam as dos partidos que os indicaram ou apoiaram, *latissimo sensu*. Um matiz: cremos que mercê dessa fidelidade a princípios (e não a partidos), o voto é mais negativo do que positivo. E isso também é bom. Veja-se, sobre tudo isto, o livro de Ana Catarina Santos, *Papel Político do Tribunal Constitucional*¹⁵. O estudo pioneiro nestas matérias entre nós foi de António de Araújo, *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um Estudo de Comportamento Judicial*¹⁶.

Não posso ainda deixa de citar (sem obviamente confundir política com comentário constitucional — *honi soit qui mal y pense*) um incisivo artigo do Dr. Paulo Rangel, em que defende a independência teórica e concreta do Tribunal Constitucional, nomeadamente afirmando: “Quem se der ao trabalho de ler as dezenas de volumes de decisões publicadas do TC, logo se aperceberá que mesmo juízes que foram (e são) políticos destacados — Vital Moreira, António Vitorino, Assunção Esteves — possuem, na sua actividade judicial, um historial modular de independência decisória.”. O artigo chama-se impressivamente “Astrologia Constitucional” (em alusão a expressão germânica). Tem mais de 20 anos, mas merece muito ser relido na íntegra. Foi publicado no “Público”, em 21 de junho de 2002¹⁷.

7. LEGITIMIDADE DA FISCALIZAÇÃO CONCRETA

Estamos a aproximar-nos do cume do nosso tema, a legitimação da fiscalização concreta.

Num curso com tão especializados nomes, e com temas tão vastos, seria pecado, e grave, nesta aula introdutória (e por isso, permita-se-nos algo um “prólogo no céu”), vir enquadrar a fiscalização concreta da constitucionalidade no complexo sistema de controlo da constitucionalidade

¹⁵ ANA CATARINA SANTOS, *Papel Político do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, máx. pp. 211-212.

¹⁶ ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um Estudo de Comportamento Judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

¹⁷ <https://www.publico.pt/2002/06/21/jornal/astrologia-constitucional-171863> (mais recente consulta em 28 de outubro de 2021).

da nossa Justiça Constitucional. Seria pecado, e supérfluo, porque se pressupõe que todos conhecem bem (e passarão a conhecer melhor) os mecanismos respetivos.

Todos sabemos, mas valerá a pena recordar, pelas palavras didáticas de uma dissertação de mestrado de um autor, Thiago de Almeida Ventura, que, sendo um *insider/outsider* (apresenta bibliografia mista luso-brasileira), mais claramente pode olhar o objeto em causa. Citamos sem as copiosas notas: “(...) o regime de fiscalização concreta da constitucionalidade se afigura «difuso na base e concentrado no topo» (...), ou melhor, «difuso na origem e eventualmente concentrado no fim» (...), na medida em que, na senda da tradição republicana do constitucionalismo português, todos os juizes são plenamente competentes para controlar (leia-se: conhecer e decidir) a constitucionalidade das normas aplicáveis aos casos concretos submetidos a julgamento, embora o «monopólio da última palavra» caiba, em princípio, ao Tribunal Constitucional (...). Tal solução demonstra nitidamente o caráter misto do regime de fiscalização concreta da constitucionalidade atualmente consagrado na Constituição de 1976 (...)”¹⁸.

Note-se, porém, que alguma nota de articulação entre a fiscalização na base e no topo ocorre noutros países, além do nosso, como assinalaria já, por exemplo, Cardoso da Costa, no seu relatório geral na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus¹⁹.

Esta situação mista do controlo da constitucionalidade por fiscalização concreta (de uma concretude que pode subir e até, depois, vir a ter efeitos gerais — no caso de ter subido três vezes e três vezes ter sido declarada a inconstitucionalidade — v. Constituição da República Portuguesa, artigo 281, n.º 3) tem a virtualidade de, em si mesma, fazer confluir (pelo menos em tese, porque a questão parece desgastada...) as angústias legitimadoras, quer suscitadas em

¹⁸ THIAGO DE ALMEIDA VENTURA, *A fiscalização concreta em Portugal: do texto da Constituição à prática jurisprudencial*, Coimbra, FDUC, 2015, p. 47.

¹⁹ J. M. CARDOSO DA COSTA, *A Justiça Constitucional no quadro das funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas jurídicas*, VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, Lisboa, abril de 1987, p. 45.

sistemas concentrados, quer em sistemas difusos, e sabe-se como o português colhe de ambos, encontrando-se, como assinala, por exemplo, Gomes Canotilho, numa confluência de culturas jurídico constitucionais: a *judicial review of legislation* dos EUA e a *Verfassungsgerichtsbarkeit*, da Áustria — veja-se, desde logo, o esclarecedor artigo de síntese do mestre de Coimbra no *Dicionário Jurídico da Administração Pública*.

Quer dizer, angústias sobre a legitimidade dos Tribunais Constitucionais e órgãos afins de controlo concentrado, e legitimidade de cada juiz, com acesso direto à Constituição, embora articulado com a “última palavra” do Tribunal Constitucional.

A questão não é nova e articula-se com um outro mito.

Ao mito do Tribunal Constitucional político, e, portanto, alegadamente com legitimidade por tal debilitada, se acrescenta o mito do governo dos juízes, que se substituiriam ao governo, feririam a separação dos poderes, e mais ou menos estabeleceriam uma forma de despotismo, para mais não tendo quem os controlasse. E pode invocar-se, com *gravitas* a rigor, o velho brocardo *quis custodiet ipsos custodes?* “Quem guarda os guardas?” Por detrás de múltiplas notícias e clamores subjaz essa dúvida, que é mais que isso: “quem controla os juízes”?

Leandro Emídio da Gama Ferreira elaborou um longo e documentado artigo que se faz eco das múltiplas teorias sobre a questão da legitimação da Justiça Constitucional. E o problema é também suscitado, nos seus termos mais decisivos, por um trabalho do Conselheiro José de Sousa e Brito, *Jurisdição Constitucional e princípio democrático*²⁰. Como aliás os demais artigos de *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, em que colaboraram grandes nomes desta área, nacionais e estrangeiros.

Propositadamente, como estão a ver há demasiado tempo, não pretendi embrenhar-me por essa interessante mas densa floresta de teorizações, que me atrevo a considerar uma manifestação matinal de um

²⁰ JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *Jurisdição Constitucional e princípio democrático*, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Lisboa, Coimbra Editora, 1995.

excesso lógico de consequências práticas de princípios teóricos, que tem vindo a florescer (não temos tempo, nem tema, para o desenvolver) nos tempos atuais.

Ou seja, hoje, pelo cotejo com outros lugares paralelos, já estamos em condições de identificar a armadilha lógica em que se pode, na melhor das intenções, cair, ao ensombrar, com suspeitas apenas logicamente (mecanicamente) “democráticas”, a impecabilidade da legitimidade de algumas instituições que não decorrem imediatamente e diretamente do voto popular.

Porque a democracia não é apenas essa dimensão técnica do voto. Tem, antes de mais, um sentido ético e funcional: vale pelo título, mas também pelo seu exercício. Esquece-se, portanto, o fator *legitimação, pelo procedimento* — que noutros pontos tanto se gosta de ir buscar a Niklas Luhmann ²¹.

Porque a democracia hodierna (mas provavelmente não só) não é apenas essa unívoca mundividência e prática social e política da decisão pela maioria. Ela é, goste-se ou não, admita-se ou não, um outro nome para o *regime misto*. Aristóteles era dos que já dele falava. Sabe-se, desde a velha Hélade, pelo menos, que os regimes puros (monarquia, aristocracia e democracia) facilmente são corrompidos e redundam em formas perversas, decaídas, corrompidas. Isto está claríssimo em Montesquieu, no *Espírito das Leis*.

Não é difícil que, perdido o seu princípio (*princípio ativo*, se diria em termos farmacológicos, afinal a “paixão — de *pathos* — que anima um governo”), que é a honra, a monarquia redunde em tirania; ou que, *mutatis mutandis*, a aristocracia se torne uma oligarquia; ou que, esquecida a virtude, a democracia (ou a república, ou “estado popular”, como por vezes lhe chama o autor das *Cartas Persas*) passe à demagogia ou até à anarquia... Montesquieu considera como ponto de Arquimedes da monarquia a honra, e da democracia a virtude (hoje, falamos mais, quando falamos, em virtudes republicanas, que também são democráticas). Assim como, por contraste, o despotismo também tem um princípio: o medo. Crítias chega a teorizar este temor: “para

²¹ NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 2.^a ed., Neuwied, 1975, trad. port., *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980.

ser verdadeiramente livre um cidadão deve sentir medo”, assim o exprime o helenista Vincent Azoulay ²².

Ora, a forma de moderar os excessos e os males intrínsecos que corroem as formas puras de governo, é a combinação dos vários regimes nas suas versões puras. E uma sábia, equilibrada ponderação é já a nossa democracia moderna, que tem tido muitas adjetivações que agora nos desviariam do nosso propósito. Aristóteles era até talvez mais maleável ao admitir como recomendável uma mescla de democracia e de oligarquia ²³, em que a tendência para a demagogia de uma e a inclinação para o segregacionismo ou elitismo de outra poderiam, quiçá, compensar-se. Mas note-se que já no tempo de Aristóteles havia algum preconceito contra a palavra democracia. Muitos preferiam-lhe a expressão *Politeia* (título do grande diálogo político de Platão) que traduzimos por República.

Mas olhemos os nossos sistemas institucionais ao mais alto nível, desde logo. Quem não vê monarquia mesmo nas repúblicas, com o órgão singular Presidente da República? *Monarquia* eletiva, mas ainda um elemento de monarquia, designadamente com poderes próprios, e mesmo “bombas atômicas”, como se convencionou chamar-se a alguns.

Para além da eleição direta, como não detetar aristocracia nos altos técnicos a vários níveis, com competências e poderes delegados por quem foi eleito, para exercerem funções e atingirem objetivos que só o seu saber (que também é legitimador) permite? E aqui, evidentemente, está o poder dos tribunais, que, na fórmula feliz da Constituição da República Portuguesa, retomada por algumas outras constituições, *administram a justiça em nome do Povo* (artigo 202, n.º 1). Não se adota uma fórmula de democracia direta. Aliás, só não se vê o que é óbvio. Houve um ministro que um dia terá retorquido, creio que na Assembleia da República, que não tinha sido eleito. Não me recordo do contexto. Em termos gerais, é bom ser-se eleito, numa democracia,

²² VINCENT AZOULAY/PAULIN ISMARD (entrevista a Christophe Ono, dito Biot, e Romain Brethes) — Pour l’élite grecque, la démocratie est le nom d’un scandale, Penser les Grecs, *Le Point — Références*, outubro-novembro 2021, p. 87.

²³ Mais recentemente, PIERRE PELLEGRIN (entrevista a Catherine Golliou), Pour Aristote, par définition, aucun régime n’est stable, *ibidem*, p. 48 ss.

sim. Mas não é crime para um Ministro ou outro governante não o ter sido. É certo que há países (como o Reino Unido) em que o ser deputado é *conditio sine qua non* para depois se sobraçar uma pasta ministerial... Mas não é uma regra geral. O carácter aristocrático dos governos é evidente: os membros dos governos em geral são escolhidos, ao que se crê, generalizadamente (creio) pela sua presumida competência e consonância com programas. Podendo mesmo não pertencer aos partidos vencedores das eleições.

É sempre muito elucidativo, instrutivo e de valor cultural, ao menos conhecer as polémicas e as posições sobre a legitimação da Justiça, e da Justiça Constitucional em especial. Sabe-se da plástica imagem do decano Vedel para o “legislador negativo” de que falava já Kelsen referindo-se à Justiça Constitucional: ele tem na mão uma borracha, não um lápis. Será que a borracha pode também inscrever traços, funcionar, como se diz nas Belas Artes, como “objeto ou instrumento riscador”? São todos os mil e um matizes dos que acreditam mais no Legislador, ou acreditam mais no Juiz. E introduzem mais “reservas” a favor de um, ou de outro...

Do mesmo modo que as teorias, também a simples história constitucional pode ser muito elucidativa. Há países, como a França, a que devo boa parte da minha formação (e o meu primeiro doutoramento), em que a História Constitucional é essencial e não saltada como “chata”, antiquada, ou supérflua. Não temos tempo para visitar a génese animada e ilustrativa do nosso Tribunal Constitucional, e das tentativas que o precederam, bem como as origens do complexo sistema constitucional que é o nosso. Remetemos para o já citado artigo do Prof. Marcelo Rebelo de Sousa e para uma coleção de discursos do antigo presidente da Assembleia da República, António de Almeida Santos, com o delicioso título *Com ironia e sumo de limão*²⁴. Outro texto muito útil nesta sede é a intervenção do antigo Presidente do Tribunal Constitucional Conselheiro Luís Nunes de Almeida no Colóquio dos 20 Anos da Constituição de 1976: *Da Politização da Justiça à Justicialização da Política — do Conselho da Revolução ao*

²⁴ ANTÓNIO DE ALMEIDA SANTOS, *Com Ironia e Sumo de Limão. Textos de Intervenção Política*, Lisboa, Perspectivas & Realidades, s.d., máx. p. 93 ss., 103 ss.

Tribunal Constitucional ²⁵. O título fala por si, mas vale a pena ler e meditar. Mais recentemente, e colocando a questão num contexto mais geral, veja-se o estudo de Wladimir Brito na revista “*Scientia Iuridica*”, *Os Juizes e a Política. O Mito da Apoliticidade dos Juizes* ²⁶.

Um dia, já lá vão muitos anos, num desses jantares de curso que a pandemia cancelou, era eu ainda professor, um discípulo meu, já então juiz, abeirou-se de mim e de uma outra colega também docente, e colocando-nos sacralmente as mãos sobre as cabeças, em gesto solene, proclamou algo como isto, ante o espanto dos colegas:

“Vocês, professores, deixem de massacrar os estudantes com essas coisas do Direito que passa. Uma coisa tenham sempre em mente, isso sim: Bom Senso. Bom Senso!”.

Foi quase um novo batismo. É certo que ainda massacrei (e hoje estou a dar provas disto) os estudantes com coisas que passam. E é indispensável ensinar algumas delas, porque o Direito também tem a sua temporalidade e historicidade. Mas estou convencido de que vos poupei a muitas teorias que certos códigos de boas maneiras académicas deveriam achar imprescindíveis.

O que interessa mais para a específica questão da legitimidade e da legitimação da fiscalização concreta? Recordemos: legitimação liga-se profundamente à *auctoritas*. Essa autoridade com raízes profundas, não simples poder da força (coaçoão, da violência) — nua *potestas*.

Coisa diferente da rigorosa questão da legitimação da fiscalização concreta é um tema adjacente, mas que nos levaria muito longe, *de iure constituendo*. Trata-se das discussões sobre se se deve manter o atual sistema de controlo da constitucionalidade (todo ele), ou migrar para outros modelos. A questão, em tese, em abstrato, poderia ser de legitimação. Mas parece mais ser de conceção do sistema, eficiência, etc. No debate, entraram nomes como os dos

²⁵ LUÍS NUNES DE ALMEIDA, Da Politização da Justiça à Justicialização da Política — do Conselho da Revolução ao Tribunal Constitucional, no *Colóquio dos 20 Anos da Constituição de 1976, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *Studia Iuridica*, 46, Colloquia 5, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2000, p. 277 ss.

²⁶ WLADIMIR BRITO, Os Juizes e a Política. O Mito da Apoliticidade dos Juizes, *Scientia Iuridica*, tomo LXX, n.º 355, janeiro/abril 2021, p. 127 ss.

constitucionalistas Jorge Miranda, Maria Lúcia Amaral, Maria Fernanda Palma, Jorge Reis Novais e Carlos Blanco de Moraes. Um opúsculo acessível na *Internet*, da autoria do primeiro, dá conta das diversas posições ²⁷, que, insistimos, não cremos versarem sobre reais questões de legitimidade ou legitimação, pelo menos até quanto nos é dado vislumbrar.

Muito antes de ser juiz, confesso-vos, e talvez isso tenha levado a essa estrada de Damasco (chamemos-lhe assim) que me fez concorrer ao Supremo Tribunal de Justiça, não me comovia nada com esse preconceito *democratista* (não verdadeiramente democrático) de que decidir de uma enfiteuse, de um litisconsórcio, de uma impugnação pauliana, de uma fraude fiscal, de uma omissão de pronúncia, de um *habeas corpus*, até, teria de ser apreciado por representante do Povo, diretamente legitimado pelo voto, e não pelo saber jurídico, comprovado por provas, diplomas, concursos... e de algum reconhecimento por pares.

O vigente modelo de justiça democrático é o da justiça democrática *ocidental*, não de uma justiça “popular”, e mesmo esta apenas em momentos de espírito revolucionário mais agudo prescindiram de juristas. A importância dos juristas na antiga URSS a breve trecho passou a ser reconhecida. As minhas lições de Processo Civil (em grande medida comparatísticas), de Alexandre Mário Pessoa Vaz, registam exemplos de afeição pelo Direito por parte de grandes líderes soviéticos. O antijuridismo primário, tal como a anticultura (hoje com manifestações absurdas e provas de manifesta ignorância histórica *tout court*), é semelhante à atitude daqueles operários que, no início da revolução industrial, começaram por dirigir a sua revolta contra as máquinas. Os gritos contra os advogados, então (porque sempre se podem chamar “juízes” aos decisores...e por isso sempre terá de haver juízes, *hoc sensu*), são sinal de situações em geral muito duvidosas na Justiça. Foi proclamada a abolição de advogados por monarcas despóticos (Shakespeare faz-se eco disso), pela Comuna de Paris, e em utopias literárias de caráter concentracionário.

²⁷ JORGE MIRANDA, *O Regime da Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal*, CJP, CIDP, máx. p. 22 ss., ed. eletrónica in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1119-2440.pdf>. (última consulta em 29 de outubro de 2021).

Legitimidade deriva também, a meu ver, da boa formação dos juristas, de todos os que compõem os tribunais, e não apenas dos juízes. Há legitimidade se houver essa boa formação, que tem de ser técnica, mas tem de superar a técnica — não vos sei dizer como... Queria dizer *ética*... Será que posso? Talvez se possa resumir por um anelo *constante e perpétuo* de Justiça. O qual não é ilegal, pelo contrário, é *secundum legem*. Pois os tribunais devem *fazer Justiça em nome do Povo* (em seu lugar e em seu benefício). Esta legitimidade redundará, naturalmente, em legitimação pelo correto procedimento.

Mas legitimidade da Justiça constitucional, na sua dimensão concreta, implica que se coloque o dedo na ferida de algo que o mesmo sentimento *democratista*, mas não democrático, certamente considerará positivo, quando nem sempre o é... Já em 1999, quando a situação não tinha atingido as proporções de hoje, o Conselheiro Guilherme da Fonseca tinha referido, num início de um artigo, que o recurso sobre a (in)constitucionalidade ou (i)legalidade de normas jurídicas é uma “arma importante ao dispor dos litigantes, ainda que por vezes *mal ou abusivamente utilizada*” (sublinhado nosso).

E dá estatísticas da época. Entre 1984 e 1998, em apenas 4 anos, o número de recursos provenientes de fiscalização concreta subiu de 152 para 1034.

Já em 1993, assistimos a uma lição inaugural do Prof. Jorge Miranda na Universidade do Minho, em que contabilizava nos primeiros dez anos do Tribunal Constitucional (1983-1992) 3252 decisões de vários tipos em fiscalização concreta.

Os números ulteriores serão muito elevados. E disso há empírica consciência por quem está no sistema, embora noutra sede. No Relatório do Tribunal Constitucional de 2015, apenas nesse ano, foram proferidos em recurso 508 Acórdãos, sendo 137 referentes a questões de mérito e os restantes sobre questões processuais. Este relatório faz questão de sublinhar que, tal como havia ocorrido já em anos anteriores, parte significativa do número de acórdãos nesta última modalidade “se deve ao não conhecimento de recursos por falta de um específico pressuposto do recurso de constitucionalidade: ‘não ter sido suscitada, durante o processo e de modo adequado, uma

questão de inconstitucionalidade de norma que tenha sido aplicada pela decisão recorrida”²⁸.

A estatística oficial entre 1983-2020 é de 88,3% de acórdãos em fiscalização concreta. Acaba por ser, de longe, a principal atividade, em percentagem, do Tribunal Constitucional.

Quando se pensa nos Tribunais Supremos como areópagos de deuses ou heróis ociosos, estes números desmentem-no. E o discurso de posse do Vice-Presidente do STJ, em que serena e rigorosamente comparou o apoio à decisão neste tribunal e no seu congénere espanhol, é também muito significativo.

8. TÓPICOS DE LEGITIMAÇÃO

Legitimação decorre também da *corresponsabilização* dos litigantes na Justiça, com sentido cívico e boa-fé, sem qualquer espírito de eternização das lides, com lealdade processual.

Legitimação decorre ainda de *investimento* do Estado na Justiça, dotando-a de meios, a todos os níveis, para que a equipa dos “maus”, ou seja, dos prevaricadores, dos infratores, dos criminosos, não seja mais eficaz, desde logo porque com mais meios — como nos lembramos ter visto explicitamente pela primeira vez no filme *And Justice for All*, de Norman Jewison, com Al Pacino.

Como vêm, creio que uma sociedade democrática que retome o alento, depois de tantas crises, não pode dar-se muito ao luxo de discutir de forma museológica ou diletante teorias que têm como base uma crença cega no número e uma descrença e desconfiança igualmente cegas no poder de julgar (mesmo a constitucionalidade das leis) de quem alcançou competência para tanto, devidamente avaliada, e se sentirá certamente até vexado que possa ser confundido com um comissário político. É certo que os juízes não são omniscientes nem santos. Mas que alternativas se perfilam? Cremos que

²⁸ *Relatório do Tribunal Constitucional de 2015*, p. 12. Ed. Eletrónica: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_reactiv2015/12/. (mais recente consulta em 29 de outubro de 2021).

só investir na *competência e na deontologia* de todos os profissionais da Justiça.

Entretanto, recordamos as aporias que concluem a nossa tese coimbrã de doutoramento, *Constituição, Direito e Utopia*: como convocar Habermas, Rawls, Luhmann na *démarche* fundamentadora, que é também legitimadora? Hoje, começam a assomar outros nomes na ribalta teórica. Mas normalmente insiste-se no beco sem saída (com mais ou menos volutas, ou “passos em volta”, para glosar Herberto Hélder) da legitimação judicial (ou mesmo constitucional) *vs.* democracia ou soberania popular (v., por exemplo, Jackson Borges de Araújo, *Legitimação da Constituição e Soberania Popular*²⁹). Creio que é o Físico Bernard d’Espagnat quem relata uma conferência cosmológica, em que uma velhinha, contrariando a hoje prevalecente teoria sobre a configuração da terra, e seus movimentos no espaço, insistia num ponto fixo que a sustentaria. Ainda não estavam em voga as teses terraplanistas... Perguntada onde assentaria então a Terra, respondeu, lestíssima: “sobre a carapaça de uma tartaruga”. E novamente perguntada sobre que repousava o animal feito Atlas, descontraidamente explicou: “são tudo tartarugas até lá em baixo”. Lá em baixo, onde, o quê? Derrotados, parece que não lhe perguntaram.

Se convocarmos um pouco as teorias autopoieticas do Direito, de forma não sofisticada, mas com o senso comum, não vemos que são *tartarugas até lá em baixo e até lá em cima*? O discurso legitimador do Direito não é apenas uma retórica para o exterior. Ele é uma legitimação intrínseca, por natureza. Não se pense que há uma qualquer desistência da nossa parte face à questão pela legitimação, o que seria, isso sim, até antidemocrático. O que vemos é um círculo vicioso na observação das imperfeições de uma dogmática democracia representativa perfeita comandando a Constituição, a Justiça, a Justiça Constitucional e seus aplicadores. Temos de tirar as consequências de o Direito ser não só um discurso legitimador, mas legitimador para além do simples discurso (apesar da força imensa da palavra, como viu Carl Schmitt e, entre nós, Baptista Machado). E igualmente associar a

²⁹ JACKSON BORGES DE ARAÚJO, *Legitimação da Constituição e Soberania Popular*, São Paulo, Nossa/Método, 2006.

autopoiesis à legitimação. O Direito, como o podemos ter esquecido, tantas vezes, quantas vezes, se auto funda, auto refere, auto legitima. E esquece-se a grande âncora e agora boia de salvação deste Direito que parece girar em círculo: o Direito (como parece pueril dizê-lo, no nosso tempo sofisticado de opiniões complicadas e *blasées*) é *caminho para a Justiça*. Ora, apenas a Justiça (agora não o aparelho, mas o valor, o princípio, o ideal) legitima realmente, profundamente, o Direito, a Constituição, a Justiça Constitucional, o controlo concreto, e muito mais. Pode haver rituais e indícios que propiciem um *fumus* de legitimação (desde logo a já clássica *Legitimation durch Verfahren*). Mas tal não é ainda a substantiva, material, legitimação.

Daí que se recomende para a *tranquillitas animi* dos juristas, um pragmático otimismo, sem fantasmas sobre a legitimidade das instituições, nomeadamente da Justiça Constitucional, sem perder de vista a possibilidade de reformas tranquilas, dentro dos limites constitucionalmente balizados. Enquanto se deve *procurar* (dir-se-ia, glosando texto canónico) *a Justiça e a sua República, e o resto lhes (nos) será dado por acréscimo...*

9. FINAL

O Rei Salomão, certamente um juiz muito heterodoxo, mas o mais conhecido desde há séculos, e dos mais justos, pediu a Deus um *coração inteligente* ³⁰. Peço também que a inteligência do vosso coração me absolva de vos ter dececionado com as minhas palavras, as quais, creio que isso é óbvio, foram proferidas totalmente com uma razão aliada à minha sensibilidade para o problema.

Não crendo que interessaria uma simples caixa de ferramentas (recordando o já sabido ³¹, ou antecipando outras palestras), ou um rol de guerras doutrinárias, mas procurando fazer o que diz Carl Sagan

³⁰ ALAIN FINKIELKRAUT, *Un Cœur intelligent. Lectures*, Paris, Stock/Flammarion, 2009.

³¹ Uma síntese da problemática geral pode colher-se na ainda em boa medida atual texto da palestra, a que assistimos, na abertura de Curso na Universidade do Minho, em 1993: JORGE MIRANDA, A Fiscalização da Constitucionalidade. Uma Visão Panorâmica, *Scientia Iuridica*, n.º 244/246, julho/dezembro de 1993, p. 161 ss.

ser a primeira tarefa em ciência: uma operação de limpeza. E aqui fazendo jus ao lema da Arcádia Lusitana: *Inutilia trunquat*. Espero que não tropecem mais em pruridos híper legitimadores, mas pensem na legitimação *democraticamente*, no contexto de um legado de moderação e de regime misto, único capaz de afastar tentações dissolventes ou totalitárias.

Estou descansado, porque outros se seguirão, com outros pontos de vista, e não tereis globalmente perdido o vosso tempo. Normalmente, as iniciações são sempre custosas. Entendei esta aula inicial como um sacrifício antes de entrar no sumo do tema.

Por entre o alvoroço das praxes aos caloiros nos primeiros dias de aulas, havia um decoroso álibi para aligeirar as primeiras lições, evitando ao professor ter de vir a repetir a dita “matéria”: dizia o mestre, solene — *prima non datur, et ultima non accipitur*. Longe de mim imiscuir-me nas demais aulas. Mas quanto à primeira aula, esta que me coube, podeis assegurar que não cumpri o brocardo.

Estou naturalmente disponível para responder a questões ou comentários que ainda haja tempo para fazer.

AS SENTENÇAS INTERMÉDIAS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

The intermediate rulings of the constitutional court

Cristina M. M. Queiroz *

Resumo: Do ponto de vista da função político-constitucional que os tribunais de Justiça Constitucional são chamados a desempenhar no sistema político, o texto analisa e sistematiza as principais questões e problemas suscitados pelas sentenças intermédias do Tribunal Constitucional, as quais, na minha perspectiva, decorrem de um “poder de recomendação” inerente ao exercício de uma função de controle da constitucionalidade. Do ponto de vista metodológico, o problema das sentenças intermédias dos tribunais de Justiça Constitucional encontra-se estreitamente relacionado com a especificidade do processo de interpretação constitucional, cujo objecto é a própria Constituição, as suas normas e princípios ordenativos básicos. Um processo que exige uma “metodologia específica”, um “discurso sobre a método”, o que pressupõe, necessariamente, uma “teoria da norma jurídica” e uma “teoria da argumentação jurídica prático-geral”.

Palavras-chave: sentenças intermédias; controle da constitucionalidade; justiça constitucional; justiça comum; poder de recomendação; interpretação da constituição.

Abstract: *From the point of view of the political-constitutional function that the courts of Constitutional Justice are called upon to perform within the political system, the text analyses and systematizes the main issues and problems raised by the intermediate rulings of the Constitutional Court, which derive from a “recommendation function” inherent to the exercise of judicial review. From a methodological point of view, the problem of the intermediate rulings of the courts of Constitutional Justice is closely related to the specificity of the process of constitutional interpretation, whose object is the Constitution itself, its norms, and basic principles. A process that requires a*

* Universidade Nova de Lisboa/Nova School of Law.

“specific methodology”, a “discourse on methodology”, which presupposes a “theory of the legal norm” and a “theory of practical-general legal argumentation”.

Keywords: *intermediate rulings; judicial review; constitutional justice; common justice; recommendation function; constitutional interpretation.*

Sumário: Nota Prévia. 1. A insuficiência da dicotomia clássica decisões de acolhimento/decisões de não acolhimento do pedido de fiscalização da constitucionalidade. 2. A relevância do “diálogo” e “colaboração” entre os tribunais de Justiça Constitucional e a Justiça Comum na actividade de interpretação da Constituição. 3. A admissibilidade das sentenças de conteúdo intermédio. 4. A questão da “eficácia” das sentenças interpretativas. 5. Os casos constitucionais difíceis. 6. A fixação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade. Em particular, o Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional.

NOTA PRÉVIA

O texto que se apresenta, “As sentenças intermédias do Tribunal Constitucional”, revisita outros estudos por mim já publicados, correspondendo a uma solicitação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto de leccionamento de um seminário no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas.

O texto analisa e sistematiza as principais questões e problemas trazidos por este tipo específico de decisões, as quais, do meu ponto de vista, decorrem de um “poder de recomendação” inerente ao exercício de uma função de controle da constitucionalidade. Nesta perspectiva, compreende uma relação de “cooperação” e “diálogo” entre os tribunais de Justiça Constitucional e os outros órgãos políticos, e, em particular, o legislador, sem esquecer os tribunais de Justiça Comum. Isto do ponto de vista da função político-constitucional que os tribunais de Justiça Constitucional são chamados a desempenhar no quadro dos respectivos sistemas políticos.

De um ponto de vista técnico-jurídico, “rectius” metodológico, o problema das sentenças intermédias dos tribunais de Justiça Constitucional encontra-se estreitamente relacionado com a especificidade do processo de interpretação constitucional, cujo objecto é a própria Constituição, as suas normas e princípios ordenativos básicos. Um processo que requer uma “metodologia específica”, um “discurso sobre o método”, o que pressupõe, necessariamente, uma “teoria da norma jurídica” e uma “teoria da argumentação jurídica práctico-geral”.

Sem estas duas advertências, e pontos de partida, o problema das sentenças intermédias dos tribunais de Justiça Constitucional resulta ininteligível.

C. Q.

“[W]e must never forget that it is a *constitution* we are expounding”.

John, MARSALL, *McCulloch v. Maryland*,
17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407 (1819)
(itálico no original).

1. A INSUFICIÊNCIA DA DICOTOMIA CLÁSSICA DECISÕES DE ACOLHIMENTO/DECISÕES DE NÃO ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

A questão das sentenças intermédias do Tribunal Constitucional, e dos correspondentes efeitos jurídicos, não detém unicamente uma natureza técnico-jurídica. Pelo contrário, o problema reporta-se a questões de princípio em matéria de Justiça Constitucional, e, designadamente:

- a questão da autoridade das decisões do próprio Tribunal Constitucional;
- a eficácia da interpretação produzida quanto às normas e princípios constitucionais sindicados;
- o papel que o Tribunal Constitucional é chamado a desempenhar no processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito Constitucional;
- a questão das relações de *cooperação* e *diálogo* entre o Tribunal Constitucional e os demais órgãos políticos; e,
- por último, mas não menos relevante, a questão da relação entre a Justiça Constitucional e a Justiça Comum.

Assim:

Há aqui que distinguir diversos parâmetros e questões, designadamente:

- as decisões intermédias tanto podem ocorrer no caso da fiscalização abstracta, por acção e omissão, como no caso da fiscalização concreta de normas;

- mas deve ter-se em consideração que nos ordenamentos jurídicos que nos são próximos esses casos reportam-se não à fiscalização abstracta de normas, mas antes à fiscalização concreta, incluindo o chamado “recurso de amparo” ou “Verfassungsbeschwerde”.

Por isso, no começo, os autores começaram por afirmar, no que se reporta aos efeitos jurídicos das “sentenças interpretativas”, que estas não gozavam de “força obrigatória geral”, unicamente de efeito “meramente preclusivo”, particularmente relevante no que concerne à repositura da questão objecto do juízo.

E, mesmo na hipótese dos processos de fiscalização concreta, em caso de não pronúncia pelo vício de inconstitucionalidade, sempre se sublinhou que a decisão do Tribunal Constitucional só produziria efeitos no processo “a quo”, fora do qual nem sequer produziria efeitos de caso julgado *inter partes*, e muito menos o efeito de vincular o Tribunal Constitucional quanto a decisões futuras sobre questões idênticas ou similares.

Tudo isto sem esquecer que as decisões interpretativas dos tribunais de Justiça Constitucional incorporam tanto uma *interpretação da lei* como da *Constituição*, deixando assim em aberto a questão dos efeitos das respectivas pronúncias no confronto com a Justiça Comum.

Hoje, na Alemanha, em Itália, em Espanha, em França, e também entre nós, a dicotomia clássica entre *decisões de acolhimento* e de *não acolhimento* revela-se insuficiente, havendo mesmo quem proponha, em alternativa, outros modelos de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, distintos dos estabelecidos na Constituição ou nas diferentes leis orgânicas.

Na verdade, os efeitos do juízo concreto de constitucionalidade nem sempre se adequam às exigências processuais práticas, havendo casos nos quais a declaração parcial de inconstitucionalidade do preceito ou norma impugnados não se materializa numa declaração de “inconstitucionalidade em si mesma” (*on its face*), antes na sua aplicação ao caso particular (*as applied*).

Deste modo, mesmo que nos encontremos, formalmente, em presença de *decisões de não acolhimento do pedido*, *materialmente* essa declaração apresenta-se como uma *decisão de acolhimento parcial do pedido*. O Tribunal Constitucional, sem alterar o teor do texto do enunciado linguístico, modifica efectivamente o seu conteúdo

normativo, *seleccionando* de entre as várias interpretações possíveis, conformes ao texto constitucional, *normas derivadas* (alternativas ou acumulativas), *declarando quais os sentidos que resultam constitucionais*, separando-os *dos que se consideram inconstitucionais*, impondo essa interpretação à Justiça Comum.

E, aí sim, aquilo que originariamente era uma concepção “objectiva” e “abstracta” de controle da constitucionalidade transforma-se numa concepção “subjectiva” e “concreta”. Ao proteger os Direitos Fundamentais implicados, o Tribunal Constitucional vê-se obrigado objectivamente a eliminar a norma que os violava.

A esta luz, aquilo que originariamente se compreendia, no quadro de uma concepção kelseniana de sistema concentrado — de necessária separação entre a *Justiça Constitucional* e a *Justiça Comum* — como uma concepção “objectiva” e “abstracta” de controle da constitucionalidade, transforma-se numa concepção “subjectivista” e “concreta” de garantia e protecção efectiva dos direitos e liberdades implicados ¹.

Com efeito, de acordo como o modelo europeu de controle da constitucionalidade, o juiz constitucional, não é um “*juiz de casos*”, mas, essencialmente, um “*juiz de normas*”, cabendo-lhe em primeira linha a tarefa de proferir um *juízo lógico de compatibilidade entre normas*.

O resultado deste modelo conduz à dissociação da função de *interpretação da Constituição* da *interpretação do restante ordenamento*. O que leva, por exemplo, à intelecção do princípio da “interpretação conforme” como uma actividade reservada, em última instância, ao Tribunal Constitucional.

Ora, esta “distorção”, se é que assim a podemos designar, do modelo kelseniano de Justiça Constitucional, ocorre porque originariamente a arquitectura da “constituição positiva” prevista por Kelsen ² era meramente

¹ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale* (trad. cast. “La ley e su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional”), Madrid, 2014, pp. 233 e 318 ss., e *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, in: “La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio”, V, México, 2008, pp. 415 ss.

² HANS KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in: 45 “*Révue du Droit Public*” (1928), pp. 197 ss., e *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin, 1931.

institucional, não compreendendo a inclusão dos Direitos Fundamentais. Só assim, pensava-se, o modelo norte-americano de “supremacia da Constituição” poderia suplantar o modelo europeu de “supremacia da instituição parlamentar”³.

A inscrição de um catálogo de Direitos Fundamentais na Constituição, e a função de protecção e garantia efectivas desses direitos e liberdades atribuída aos tribunais de Justiça Constitucional, acabou por fazer evoluir o sistema na direcção de *formas “mistas”* ou *“mitigadas”*, nas quais os tribunais de Justiça Constitucional não se apresentam unicamente como *“juiz de normas”*, mas ainda como *“juiz de casos”*, com todas as consequências daí advenientes⁴.

Ora, é esse modelo de separação entre a *Justiça Constitucional* e a *Justiça Comum*, explicável pelas diferentes origens e caracterização da função jurisdicional nos continentes americano e europeu, aliado, por último, à forte “desconfiança política” face à magistratura comum, reduzida a uma mera função de execução da lei em sentido estrito, o que explica que no “juízo concreto” de normas a declaração de *inconstitucionalidade parcial* não seja considerada uma *“inconstitucionalidade em si mesma”*, mas somente em relação às *“hipóteses concretas”* objecto do juízo “a quo”.

É essa circunstância que explica ainda, no continente europeu, o florescimento de toda uma tipologia de *“sentenças intermédias”* e/ou *“interpretativas”*, incompreensíveis no quadro da lógica do *“juízo abstracto”*, mas facilmente compreensíveis no âmbito da lógica do *“juízo concreto”* de constitucionalidade, já que o objecto do juízo de constitucionalidade não é o *“texto da norma”* nem o seu *“conteúdo”*, mas a *“situação normativa”* (*Rechtsslage, Rechtszustand*), isto é, a situação que resulta da aplicação da norma a um contexto particular⁵.

Neste último caso, torna-se necessária a constatação da violação de um *“direito constitucional específico”* (*spezifische Verfassungsrecht*),

³ CRISTINA QUEIROZ, *Justiça Constitucional*, Lisboa: Petrony, 2017, p. 234.

⁴ LUCIO PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Turim, 2015, pp. 83 ss.

⁵ CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 173 ss., e *Justiça Constitucional*, cit., pp. 234 ss., com referências adicionais.

derivada de um acto de aplicação da lei ou norma legislativa em questão. Razão pela qual se impõe, nestes casos, uma *concreta e uniforme interpretação da norma legislativa* (ou equiparada) no sentido de se evitar conflitos interpretativos na relação entre a Justiça Constitucional e a Justiça Comum.

Designadamente, é essa a questão que se coloca quando o Tribunal Constitucional, em processo de fiscalização concreta, não se pronuncia pela inconstitucionalidade da norma objecto do juízo.

Em ambos os casos, porém, trata-se de uma “interpretação conforme” à Constituição produzida pelo próprio Tribunal Constitucional. Só que na hipótese do controle concreto de normas os tribunais encontram-se vinculados a seguir a interpretação sugerida pelo Tribunal Constitucional.

Deste modo, no caso do controle concreto de normas, dispõe o n.º 3 do artigo 80.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que quando “o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, *esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa*”⁶.

Uma formulação poliédrica e ambígua que sugere uma espécie de “interpretação autêntica” por parte do Tribunal Constitucional, mais fortemente acentuada naqueles ordenamentos jurídicos, como o alemão, italiano, espanhol ou francês, nos quais se determina a eficácia “erga omnes” das decisões do Tribunal Constitucional, hipótese na qual o juiz comum deverá ter em consideração — e eventualmente seguir — a interpretação sugerida pela jurisdição superior⁷.

⁶ Itálico acrescentado.

⁷ CRISTINA QUEIROZ, *A relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no processo de controle concreto de normas. Em particular, o caso das sentenças interpretativas*, in: “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Gomes Canotilho”, II, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 608 ss. Cfr., por último, artigos 100.º da Lei Fundamental e 31.º/§ 2 da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal, artigo 164.º/1 da Constituição espanhola e artigo 40.º/2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, artigos 136.º e 137.º da Constituição italiana e artigo 30.º/3 da Lei constitucional n.º 87/1953, e artigo 62.º/§ 2 da Constituição francesa.

2. A RELEVÂNCIA DO “DIÁLOGO” E “COLABORAÇÃO” ENTRE OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E A JUSTIÇA COMUM NA ACTIVIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Outros, todavia, preferem acentuar a relevância do “diálogo” e “colaboração” entre os tribunais de Justiça Constitucional e a Justiça Comum na actividade de interpretação da Constituição, acentuando, em lugar da obrigatoriedade dos efeitos “erga omnes” das sentenças interpretativas, a necessidade de se estabelecer “consensos” entre esses diferentes tipos de jurisdição, afastando o fantasma de uma “interpretação autêntica” que se pudesse impor como tal à actividade a levar a cabo pelos juízes comuns ⁸.

Na realidade, pelo recurso ao princípio da “*interpretação conforme*” o Tribunal Constitucional acaba por *declarar parcialmente nulos*, geralmente em sentido qualitativo, *alguns dos sentidos possíveis do enunciado linguístico* infra-constitucional, *impedindo que o tribunal “a quo” possa vir a considerar tais interpretações como “conformes” à Constituição, posto que estas foram já declaradas “incompatíveis” com o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados* ⁹.

Estas *sentenças interpretativas de acolhimento parcial do pedido* são expressão de uma *técnica mais evoluída* do que as *sentenças interpretativas de rejeição*. Enquanto as *sentenças interpretativas de acolhimento parcial do pedido* são dotadas de eficácia *erga omnes*, no caso dos ordenamentos constitucionais alemão, italiano, espanhol e

⁸ GEORG LIENBACHER (ed.) *Verfassungsinterpretation in Europa*. Heinz Schäffer Gedächtnissymposium, Viena, 2011, com os contributos, entre outros, de MATTHIAS JESTADT, LUC HEUSCHLING e STEFAN GRILLER, e *Prinzipien der Verfassungsinterpretation. Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht*, in: VVDSTRL, 20 (1963), com os contributos, entre outros, de PETER SCHNEIDER, HORST EHMKE e WALTER LEISNER.

⁹ JOACHIM BURMEISTER, *Die verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung*, Berlim, 1966, pp. 124 ss., que refere, no caso, a existência de uma “declaração de inconstitucionalidade de facto parcial”, e VASSILIUS SKOURIS, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlim, 1973, p. 90, que refere, de modo similar, a existência de uma “declaração parcial qualitativa de acolhimento”, reservada, em última instância, ao Tribunal Constitucional Federal.

francês, e incidem, essencialmente, sobre *normas derivadas da interpretação*, deixando *intacto o texto do enunciado linguístico*, a verdade é que acabam por dotar o *Tribunal Constitucional* de um *instrumento cirúrgico particularmente refinado e selectivo*, que permite *salvar o texto* em que a norma se baseara, *declarando inválidos unicamente determinados conteúdos normativos*, incluindo os derivados de uma interpretação orientadora realizada pelos tribunais comuns.

Mas permite, ainda, ao Tribunal Constitucional alargar o campo da sua intervenção, posto que este passa a ter agora *iniciativa* não apenas no que se refere ao *processo de controle de normas*, mas também no que concerne à *interpretação concreta das normas a levar a cabo pelo juiz comum*.

Com isso o Tribunal Constitucional recupera para si a função de “*intérprete supremo*” da *Constituição*, repristinando, um tanto paradoxalmente, a natureza “*concentrada*” do juízo de constitucionalidade, originariamente “*difuso*”, que assim se transforma num *juízo de mérito* sobre a *interpretação realizada pelo juiz comum*. A Justiça Constitucional transforma-se numa verdadeira e própria “*magistratura de interpretação*”¹⁰.

Daí que possam surgir conflitos de interpretação na relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no *processo de controle concreto de normas*. Neste tipo específico de decisões o Tribunal Constitucional ou *impõe uma interpretação da norma* através de uma *pronúncia de não acolhimento* ou, no caso de esta não se mostrar viável, terá de recorrer, em *alternativa*, a uma *pronúncia de acolhimento*, se pretender *eliminar, com efeitos gerais, a interpretação considerada inconstitucional*.

Na Alemanha, as chamadas “*sentenças interpretativas*” possuem “*eficácia prescritiva*” (*Bindungswirkung, Gesetzeskraft*), isto é, *eficácia jurídica vinculante “erga omnes”*, nos termos do disposto no § 2 do artigo 31.º da Lei federal sobre o Tribunal Constitucional. No artigo 32.º da mesma lei, estabelece-se a competência do Tribunal Constitucional

¹⁰ ROBERTO ROMBOLI, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in: “La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio”, VIII, México, 2008, pp. 319 ss.

Federal em dimanar “*medidas provisórias*” (*einsweilige Anordnung*) de regulamentação entre a *nulidade parcial* da norma e a *entrada em vigor de nova legislação*.

São os princípios da *clareza* e *certeza jurídicas* que justificam e tornam necessária a continuação da aplicação da norma por um “*período transitório*” até à *intervenção do legislador*, que deverá prover à adequação da disciplina em causa à Constituição, ou, caso isso não seja possível, “*ordenar a suspensão da sua aplicação*”, acompanhada ou não da decretação de “*medidas provisórias*” durante um *período transitório* até à intervenção do legislador ¹¹.

Assim, nos termos do disposto no § 2 do artigo 31.º da Lei alemã federal sobre o Tribunal Constitucional, as decisões de “*interpretação conforme*”, do ponto de vista funcional, assemelham-se à *declaração de “nulidade parcial” da norma*. Só que a declaração de nulidade, mesmo parcial, possui *eficácia jurídica vinculante erga omnes*. As decisões que declaram a norma “*não ainda inconstitucional*”, isto é, “*ainda tolerável*”, em ordem a *evitar a declaração de nulidade (total) da norma*, que *não pode ser interpretada “em conformidade” com a Constituição*, “*completando*” o dispositivo com um “*apelo*” ao legislador, deferindo para este a *modificação da “situação normativa”*, com base nas indicações contidas na própria decisão, apresentam-se como sentenças *prescritivas* na plena acepção do termo. O Tribunal Constitucional Federal “*informa*” o legislador, *por via de “apelo”*, dos *defeitos da situação normativa*.

Estas “sentenças de apelo” não têm um efeito directo sobre a norma, antes acenam com uma *futura declaração de nulidade*, por vezes fixando um *prazo (Fritsetzung)*, no espaço do qual o legislador é chamado a *dimanar uma norma de “reparação”*, limitando-se o Tribunal Constitucional Federal, unicamente, a indicar a “*desconformidade*” sem declarar a “*nulidade*” ¹².

¹¹ CHRISTIAN HILLGRUBER e CHRISTOPH GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, 3.ª ed., Heidelberg, 2011, pp. 308 ss.

¹² Cfr., com idênticos efeitos, a “declaração de incompatibilidade”, proferida pelos tribunais no Reino Unido, ao abrigo do “Human Rights Act”, de 1998. Para maior desenvolvimento, MERRIS AMOS, *Human Rights Act*, 3.ª ed., Oxford: Hart Publishing, 2021, pp. 99 ss.

Este tipo de decisões cria um verdadeiro “*vazio legislativo*”. A norma declarada incompatível com a Constituição *permanece formalmente em vigor* e, nos termos do disposto no § 2 do artigo 31.º da Lei federal sobre o Tribunal Constitucional, essa declaração de incompatibilidade assume *força constitutiva, erga omnes e ex nunc*, a partir do momento em que se constata a colisão entre a norma legislativa e a norma constitucional.

Isso significa que, durante um “*período transitório*”, entre a decisão do Tribunal Constitucional e a nova disciplina, se cria uma “*suspensão de aplicação*” (*Anwendungssperre*) nos termos em que esta se encontrar fixada no dispositivo da decisão. Neste tipo de decisões, o Tribunal Constitucional Federal não se coíbe de *dar indicações ao legislador*, aos *órgãos administrativos* e aos *órgãos jurisdicionais* em ordem à aplicação (ou não aplicação) da lei ou norma em questão no período que precede a entrada em vigor da nova legislação. Nestes casos, o Tribunal Constitucional Federal profere uma decisão de “*apelo*” ao mesmo tempo que ordena ao *juiz “a quo”* que *não aplique a norma ao caso que está a julgar*.

Nestas hipóteses, não restam grandes dúvidas, a fundamentação contida no dispositivo assume carácter prescriptivo — *rectius*, “*quase-legislativo*”¹³ — e, para mais, em matéria extremamente sensível, dedução de ofertas e favores a partidos políticos, violação do princípio de igualdade, biomedicina, tratamento de pacientes contra a sua vontade, pornografia, obscenidade, despenalização de drogas, códigos de conduta, etc., que tocam interesses políticos, económicos e sociais de máximo relevo.

Esta “*teoria da aproximação*” (*Annäherungstheorie*) corresponde, na sua essência, à concepção norte-americana da construção de um “*sistema em escala*” (*slide scale approach*), ainda que nem sempre expressamente qualificado como tal. Em todo o caso, a questão que deverá em concreto colocar-se é a de saber a *partir de que momento a valoração da “tolerância”* do Tribunal Constitucional para com o legislador se *aproxima* da inconstitucionalidade.

¹³ HEINZ SCHÄFFER, *Die Execution der Erkenntnisse des österreichischen Verfassungshofes*, Viena, 1968, pp. 218 ss.

No Direito português, o problema encontra-se, de certa forma, resolvido pela *passagem da “fiscalização concreta” à “fiscalização abstracta sucessiva”*, nos termos e por força do disposto no n.º 3 do artigo 281.º da Constituição. Se a isso acrescentarmos a possibilidade de o Tribunal Constitucional fixar os “efeitos temporais” das suas pronúncias — e a frequência com que tem recorrido a esta prática — facilmente nos aperceberemos da similitude dos respectivos efeitos jurídicos ¹⁴.

3. A ADMISSIBILIDADE DAS SENTENÇAS DE CONTEÚDO INTERMÉDIO

Entre nós, de igual modo, tem vindo a discutir-se a *admissibilidade das sentenças de conteúdo intermédio*.

Assim, quanto às sentenças de “*declaração de incompatibilidade sem declaração de nulidade*”, afirma Gomes Canotilho ¹⁵ que estas *não têm cobertura constitucional*. A isso se oporia o disposto no artigo 282.º da Constituição, que determina como efeitos da declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) a “força obrigatória geral”, desde “a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional” (ou ilegal), prescrevendo, em consequência, “a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado”.

E no caso do *controle concreto de normas*, os casos mais comuns de fiscalização, quer no Direito Constitucional alemão, quer no Direito Constitucional italiano, *nem sequer o Tribunal Constitucional pode fixar os efeitos das respectivas pronúncias*. Nesta hipótese, ou *confirma* ou *manda reformular a decisão do juiz “a quo”*, de acordo com o acórdão que proferiu ¹⁶.

No que concerne à declaração da “*norma ainda constitucional, mas em trânsito para a inconstitucionalidade*”, as chamadas decisões “*apelativas*” ou de “*delegação*” do Direito Constitucional alemão,

¹⁴ Cfr., artigo 282.º/4 da CRP.

¹⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, reimpr., pp. 957 ss.

¹⁶ Cfr., artigo 280.º da CRP e artigos 69.º e seguintes da LOTC.

afirma GOMES CANOTILHO¹⁷ a sua *não admissibilidade*. As *medidas alternativas*, sublinha, competem ao *legislador* e não ao Tribunal Constitucional.

Apesar disso, têm ocorrido casos em que o Tribunal Constitucional tem recorrido à *dissociação temporal* entre a *declaração de inconstitucionalidade* e a *publicação da decisão no Diário da República*. Esta actuação do Tribunal Constitucional destina-se a dar tempo ao legislador para a criação de nova disciplina jurídica¹⁸.

Em múltiplas decisões o Tribunal Constitucional não se tem coibido, *em alternativa*, de sugerir ao legislador alterações da norma jurídica objecto de controle de modo a torná-la compatível com a Constituição. Pelo que se conclui que esse “*poder de recomendação*”, inerente à função de controle de normas, se integra hoje numa relação de “*cooperação*” e “*diálogo*” entre o Tribunal Constitucional e o legislador¹⁹.

Mas haverá ainda que referenciar uma outra questão — a da “*incomunicação*” ou “*comunicação*” da *nulidade*, especialmente no caso da “*nulidade parcial*”. Isto é, saber se “no caso” esta se estende à totalidade da norma ou enunciado linguístico. O cerne do problema situa-se no critério da dependência e/ou interdependência.

Numa primeira aproximação, dir-se-ia que a questão se assemelha ao problema da declaração da inconstitucionalidade “on its face” e “as applied” do Direito Constitucional norte-americano. Na hipótese, e, recorde-se que raciocinamos aqui no quadro de um *sistema de controle concreto de normas*, não basta a não aplicação da norma ao caso particular. O seu efeito restritivo ou intimidatório é de tal modo evidente que a *inconstitucionalidade não decorre da aplicação da norma a um caso particular*, antes o vício se encontra presente no respectivo enunciado linguístico, razão pela qual haverá que declarar a inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral, isto é, sem que

¹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 957 ss.

¹⁸ Cfr., Ac TC n.º 866/96 (Lei da Caça), publicado seis meses após a respectiva pronúncia. Cfr., por último, Ac TC n.º 353/2012 (Lei do Orçamento Geral do Estado para 2012), analisado, *infra*, ponto 7.

¹⁹ Cfr., em particular, Ac TC n.ºs. 123/2021 (Eutanásia I) e 5/2023 (Eutanásia II).

o texto possa ser preservado ou conservado para outras aplicações a casos particulares. Nestas hipóteses, *existe efectivamente uma comunicação da nulidade a todo o enunciado linguístico*, pelo que a norma deverá ser *declarada inconstitucional*, com força obrigatória geral, isto é, com os efeitos de “nulidade total”.

A *nulidade parcial*, quer “horizontal” ou “quantitativa”, isto é, atinente ao enunciado linguístico, quer “vertical” ou “qualitativa”, isto é, relativa a um segmento ou secção ideal, resultante de interpretação, *pode corresponder a uma forma de “interpretação conforme” à Constituição*. Subjacente a ambos os processos encontra-se a necessidade de *salvar a parte constitucionalmente regulada da lei ou norma legislativa em questão*. Neste contexto, o princípio da “conservação de normas”, estritamente associado ao princípio da “presunção de constitucionalidade” de normas de natureza legislativa, pode sofrer uma alteração significativa ²⁰.

Na prática, o Tribunal Constitucional pretende *derivar o efeito vinculante de uma interpretação* (as outras são excluídas por inconstitucionais). Só que, no primeiro caso, isto é, na declaração de inconstitucionalidade parcial, a decisão do Tribunal Constitucional tem força obrigatória geral, o que já não ocorre na hipótese da interpretação conforme ou de rejeição do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

Daí a afirmação de J. J. Gomes Canotilho ²¹ de que resulta, no caso, “*mais transparente*” a fórmula contida no n.º 4 do artigo 282.º da Constituição, isto é, a possibilidade de o Tribunal Constitucional, em

²⁰ HANS SPANNER, *Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: “Archiv des öffentlichen Rechts” (1966), pp. 503 ss., JOACHIM BURMEISTER, *Die verfassungsorientierung der Gesetzauslegung*, Berlim, 1966, ULRICH HÄFLIN, *Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen*, in: 41 “Festschrift für Hans Huber”, Berna, 1981, pp. 249 ss., e HELMUT SIMON, *Die verfassungskonforme Gesetzauslegung*, in: 5 “Europäische Grundrechtezeitschrift”, 1 (1974), pp. 85 ss. Por último, CRISTINA QUEIROZ, *O princípio da interpretação conforme a Constituição. Questões e perspectivas*, in: “Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto”, VII, número especial (2010), pp. 313 ss.

²¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., pp. 957 ss.

determinados casos, mediante fundamentação acrescida, poder vir a *fixar os efeitos temporais das suas pronúncias*.

Para além disso, haverá que ter em consideração que a *declaração de nulidade parcial da norma* pode dar lugar a um “*conteúdo normativo*” não querido pelo legislador no contexto do regime jurídico aprovado. Por vezes mesmo a intenção do legislador poderá converter-se no seu contrário. Daí que seja *preferível* determinar na própria decisão as “*interpretações excluídas*”, tal como resulta hoje da prática do Tribunal Constitucional Federal alemão, estribando-se para isso no disposto na sua lei orgânica ²².

Não obstante, poderá existir entre nós, quer em fiscalização abstracta sucessiva, quer em fiscalização concreta, arguição acumulativa de *vícios de inconstitucionalidade* e de *ilegalidade*. Neste caso, deverá *dar-se preferência ao conhecimento do vício de inconstitucionalidade* sobre o vício de ilegalidade. Mas com isso não fica prejudicado o conhecimento da ilegalidade. O Tribunal Constitucional deve apreciar todo o pedido e conhecer assim a arguição da ilegalidade.

Ambas, a inconstitucionalidade e a ilegalidade, são vícios autónomos. E embora o vício de inconstitucionalidade possa consumir o vício de ilegalidade não oblitera ou afasta o dever jurídico-funcional de dar resposta — e resposta fundamentada — à totalidade do pedido, mesmo que o Tribunal Constitucional possa convolar o pedido de apreciação da ilegalidade em vício de inconstitucionalidade uma vez que se encontra limitado pelo pedido mas não pela causa de pedir ²³.

4. A QUESTÃO DA “EFICÁCIA” DAS SENTENÇAS INTERPRETATIVAS

Existe, todavia, uma outra questão que importará analisar — a da “*eficácia*” ou dos “*efeitos jurídicos*” das sentenças interpretativas.

²² Cfr., artigo 31.º da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal.

²³ Cfr., artigo 51.º/5 da LOTC: “O Tribunal só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamentação na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada”.

E, em particular, a “*interpretação adequada*” ou “*conforme*” à Constituição levada a cabo pelo Tribunal Constitucional, posto que em muitos dos casos essas decisões se traduzem em *interpretações “complementares”, “correctivas”* ou de “*rectificação primária*” de espaços legislativos, conduzindo a uma *aplicação directa da Constituição* ou dos princípios nela consignados. Ao Tribunal Constitucional assiste-lhe o poder de interpretar tanto a *Constituição* como a *lei*, sendo natural que proceda a uma interpretação das normas em conformidade com a Constituição, porque consentida pelo próprio ordenamento constitucional.

Perante este quadro, e de acordo com a jurisprudência e a doutrina dominantes, ao Tribunal Constitucional assiste-lhe a possibilidade de interpretar e de reinterpretar as disposições impugnadas e de decidir de modo contrário ao sentido recolhido pela interpretação da norma proferida pelo juiz “a quo”, na hipótese de não ser seguida a interpretação por si sugerida, que se imporia, no caso, como condição prevalente da sua não rejeição pela Justiça Constitucional.

Só que, na hipótese das chamadas “*decisões interpretativas*” ou de “*interpretação conforme*”, a distinção entre o “*plano da legalidade*” e o “*plano da constitucionalidade*” acaba, em rigor, *por resultar superada*, na estrita medida em que, por regra, a Constituição atribui a competência para a interpretação das normas constitucionais ao Tribunal Constitucional e a competência para a interpretação da lei aos juízes comuns, esbatendo-se, por esta via, a contraposição entre o sistema europeu de controle da constitucionalidade, de “monopólio” da declaração de inconstitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, e o sistema difuso norte-americano.

Por isso a afirmação, frequente, segundo a qual nos Estados Unidos as decisões de inconstitucionalidade produzem efeitos vinculantes *inter partes*, contrariamente aos efeitos *erga omnes*, característicos dos tribunais de Justiça Constitucional europeus, mostra-se incorrecta. O preceito legal invalidado pelo Tribunal Supremo, referente a um conjunto de circunstâncias determinadas no caso, é menos abstracto do que o preceito contido no texto ou norma legal impugnada, mas o objectivo geral da invalidação não fica com isso reduzido. A limitação da norma declarada inválida permite a existência do preceito legal no qual a norma se baseara, que aplicado a outros casos ou

interpretado de modo diferenciado pode continuar a produzir efeitos de acordo com a Constituição.

É esta a razão pela qual nos ordenamentos jurídicos *alemão, italiano, espanhol e francês* se atribuem, mesmo em processo de fiscalização concreta, efeitos “*erga omnes*” às decisões de acolhimento por parte dos tribunais de Justiça Constitucional, o que não ocorre entre nós.

Daqui resultam dois aspectos relevantes a assinalar:

- primeiro, a estrutura normativa da decisão de acolhimento onde se contém a “norma sub-constitucional”, com importantes “funções nomofiláticas”²⁴;
- segundo, a obrigação para o juiz “a quo” de seguir a interpretação adequada ou conforme expressa na fundamentação da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional²⁵.

No caso do Tribunal Constitucional italiano, a decisão de declaração da inconstitucionalidade com “efeito acumulativo” (isto é, “aditivo” ou “substitutivo”), na qual o Tribunal alarga o âmbito normativo de um preceito na parte “em que não prevê” certas situações que deveria ter previsto (sentenças aditivas), e a declaração de inconstitucionalidade de uma norma na parte ou nos limites em que contém uma prescrição em vez de outra (sentenças substitutivas), sublinhe-se que ambas têm vindo a ser consideradas por parte da doutrina, de modo impróprio, como decisões “manipulativas”, justamente por distorcer ou manipular os efeitos das respectivas pronúncias²⁶.

²⁴ CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, especialmente, capítulo IV/1, intitulado: “A estrutura normativa da fundamentação da decisão judicial”.

²⁵ CRISTINA QUEIROZ, *Justiça Constitucional*, cit., p. 246.

²⁶ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Las sentencias “manipulativas” del Tribunal Constitucional italiano*, in: “El Tribunal Constitucional”, I, Madrid, 1981, pp. 275 ss., VEZIO CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in: “Giurisprudenza Costituzionale” (1956), pp. 939 ss., COSTANTINO MORTATI, *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in: “Giurisprudenza Costituzionale” (1959), pp. 552 ss., e LEOPOLDO ELIA, *Sentenze “interpretative” di norma*

De forma necessariamente esquemática, as chamadas “sentenças interpretativas” do Direito Constitucional italiano podem ser de diversos tipos ²⁷:

- “sentenças redutoras”, isto é, aquelas que declaram o preceito inconstitucional “na parte em que”, “quando” prevê ou inclui “algo” contrário à norma fundamental. Neste caso, a inconstitucionalidade não afecta o texto da norma, apenas o seu conteúdo normativo, o que poderá considerar-se um vício de *inconstitucionalidade “por excesso”*;
- “sentenças aditivas”, aquelas que indicam que uma disposição deve ser declarada inconstitucional “enquanto prevê”, ou “não inclui”, ou “exclui” “algo” que deveria incluir para que possa ser considerada conforme à Constituição. Trata-se, no caso, de uma *inconstitucionalidade “por defeito”*, mas que igualmente não acarreta declaração de inconstitucionalidade do inciso do texto da norma ou enunciado linguístico. Estas decisões contêm uma *parte “aditiva”* e outra parte na qual se assinala uma *inconstitucionalidade por “omissão”* (não autonomizada como tal no Direito Constitucional italiano). Nesta última hipótese, não corresponde ao Tribunal Constitucional a determinação concreta da exigência constitucional; e,
- por último, “*sentenças substitutivas*”, isto é, aquelas nas quais se determina a inconstitucionalidade do preceito “enquanto prevê” ou “assinala” “algo”, “em lugar de” outra coisa que deveria prever para ser considerada em conformidade com a Constituição. Estas decisões operam uma “substituição” de parte do conteúdo normativo de um preceito por outro que o Tribunal Constitucional assinala na fundamentação das respectivas pronúncias.

Ora, se se admite em geral a possibilidade deste tipo de *decisões interpretativas*, e a *sua força jurídica vinculante* (“erga omnes”, segundo o § 2

costituzionali e vincolo dei giudici, in: “Giurisprudenza Costituzionale” (1966), pp. 1715 ss.

²⁷ Segue-se aqui o que já se escreveu em CRISTINA QUEIROZ, *Justiça Constitucional*, cit., p. 247.

do artigo 31.º da Lei alemã federal do Tribunal Constitucional), somos forçados a admitir, logicamente, a introdução no nosso ordenamento constitucional do *princípio do “stare decisis”*, por força da jurisprudência do Tribunal Constitucional, vinculante não apenas em relação a uma *disposição da Constituição*, mas ainda quanto *ao modo como esta haverá de ser aplicada pela Jurisdição Comum*. O Tribunal Constitucional deixa de se apresentar como uma jurisdição especial de controle de normas para se converter no *“vértice” da hierarquia judicial*, pelo menos no que concerne às *“questões constitucionais”*²⁸.

Perante este quadro, haverá que reconhecer que os tribunais comuns se encontram vinculados à jurisprudência do Tribunal Constitucional unicamente porque a interpretação que este realiza opera *directamente* sobre o ordenamento, “corrigindo” as decisões judiciais precedentemente tomadas de acordo com a Constituição.

O disposto nos n.ºs. 2 e 3 do artigo 80.º da Lei do Tribunal Constitucional não deixa margem para dúvidas. A jurisprudência dos tribunais de Justiça haverá de entender-se corrigida pela doutrina derivada das decisões e autos que resolvam recursos de constitucionalidade, mesmo no caso das chamadas “sentenças interpretativas”, isto é, aquelas em que o Tribunal Constitucional não declara a inconstitucionalidade, antes oferece uma “interpretação conforme” que lhe permite conservar a validade das normas.

Estas sentenças carecem, em princípio, de valor jurídico vinculante *erga omnes*, efeito que é reservado unicamente àquelas que declaram a inconstitucionalidade²⁹. A tendência geral nos últimos anos é a de as sentenças interpretativas de acolhimento têm vindo a superar em número as sentenças interpretativas de rejeição do pedido, já que evidenciam na respectiva pronúncia que a norma objecto do juízo não é susceptível de ser interpretada em conformidade com a Constituição, concluindo por um dispositivo de acolhimento “no sentido e nos limites expressos na fundamentação”, mostrando-se assim mais respeitadoras da liberdade de conformação do legislador.

²⁸ CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, cit., pp. 218-219, *Justiça Constitucional*, cit., pp. 247-248, e *A relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no processo de controle concreto de normas*, cit., p. 615.

²⁹ Cfr., artigo 282.º/1 da CRP.

Mas, no que concerne à *Justiça Comum*, uma *decisão de acolhimento, ainda que parcial, força o juiz a seguir a interpretação tida por relevante pelo Tribunal Constitucional*. Isto não apenas no que concerne à norma objecto do recurso, mas ainda no que diz respeito a todos os casos futuros ou similares. Aí, de igual modo, deverá o juiz “a quo” seguir a interpretação sugerida pelo Tribunal Constitucional, sob pena de ver a sua interpretação eliminada ou expurgada do ordenamento por decisão ulterior do Tribunal Constitucional.

Apesar disso, a “interpretação conforme” realizada pelo Tribunal Constitucional não tem o sentido de excluir os juízes comuns do exame da constitucionalidade das normas e princípios constitucionais, antes os obriga a indagar previamente da *possibilidade de uma “interpretação adequada” ou “conforme” da disposição ou norma jurídica em questão* face à Constituição e aos princípios nela consignados.

5. OS CASOS CONSTITUCIONAIS DIFÍCEIS

No caso das chamadas “*sentenças interpretativas de princípio*”, tem-se vindo a afirmar que os resultados pretendidos seriam melhor alcançados não através da atribuição a essas pronúncias de efeitos jurídicos “*erga omnes*”, mas através da actividade interpretativa a levar a cabo pelo juiz comum. Esta é, em síntese, a posição assumida pela doutrina e jurisprudência constitucional italianas ³⁰.

Mas trata-se, todavia, de decisões que agravam o juiz “a quo” com uma “*obrigação negativa*” de *não seguir a interpretação excluída pelo Tribunal Constitucional*, sendo possível, face ao juiz comum, todas as outras, desde que não desconformes à Constituição. E isto a menos que o Tribunal Constitucional não tenha qualificado a interpretação por si sugerida como a “*única*” *conforme à Constituição*. Neste caso, o vínculo face ao juiz comum não seria já de natureza negativa, mas positiva,

³⁰ ANTONIO D’ ATENA, *Interpretazioni adeguate, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, in: “La Corte, i Giudici e le interpretazioni adeguate”, Seminário — Roma, 6 de Novembro de 2009, disponível no sítio da Internet: www.Cortecostituzionale.it/documenti/convegni-seminari, com referências adicionais.

uma verdadeira e própria *obrigação positiva* de adequar-se ou conformar-se com a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional ³¹.

A questão terá assim de ser reequacionada no sentido de indagar se os juízes devem seguir em todos os casos a interpretação sugerida pelo Tribunal Constitucional, ou se, ao invés, a obrigação de seguir esse “quase vínculo positivo” imposto pelo Tribunal Constitucional se mostra desconforme com um outro princípio de natureza constitucional — o postulado da “autonomia decisória” do juiz, aí incluído o poder-dever que assiste aos juízes e aos tribunais de interpretar as leis em conformidade com o disposto na Constituição e os princípios nela consignados ³².

Uma situação que poderá dar origem a conflitos com o Tribunal Constitucional, posto que:

- de um lado, se afirma recair sobre os juízes a *obrigação de adequar-se à interpretação declarada pelo Tribunal Constitucional*; e,
- do outro, a possibilidade de os juízes se *poderem recusar a seguir as interpretações sugeridas pelo Tribunal Constitucional*.

A verdade é que existe por parte da doutrina e da jurisprudência mais recentes um *claro pendor em favor da interpretação adequadora a levar a cabo pelos tribunais de Justiça Constitucional*.

Na Alemanha, como se disse, o problema pode considerar-se resolvido, a partir da revisão da Lei orgânica do Tribunal Constitucional Federal, em 1974, pela *atribuição às decisões interpretativas proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal de “eficácia prescritiva” (Bindungswirkung, Gesetzteskraft)*, isto é, eficácia jurídica vinculante “*erga omnes*”, nos termos do disposto no § 2 do artigo 31.º da Lei orgânica do Tribunal Constitucional Federal. Isto quer no que concerne às *sentenças de acolhimento* como no que diz respeito às *sentenças de não acolhimento*.

Daí os conflitos relativos à interpretação minuciosa das disposições fundamentais, os chamados “casos (constitucionais) difíceis” (*hard cases*),

³¹ ROBERTO ROMBOLI, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia*, cit., pp. 348 ss.

³² Cfr., artigos 202.º, 203.º e 277.º/1 da CRP.

justamente aqueles nos quais é duvidoso o sentido a atribuir às disposições objecto do juízo. Nestes casos, impõe-se a *declaração de inconstitucionalidade da norma em detrimento do recurso ao princípio da “interpretação conforme”*, ainda que, recentemente, se tenha vindo a gerar uma tendência que visa impor por via legislativa a eficácia *erga omnes* das decisões dos tribunais de Justiça Constitucional, mesmo na hipótese das sentenças de não acolhimento, na linha do que já se encontra disposto no § 2 do artigo 31.º da Lei orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, atribuindo a esse tipo específico de pronúncia uma espécie de poder de “interpretação autêntica” da lei, absolutamente estranho a esses ordenamentos jurídicos, ou, em alternativa, optar por uma decisão parcial de acolhimento no sentido e nos limites expressos na fundamentação da decisão do próprio Tribunal Constitucional.

Esta última parece-nos ser a solução mais correcta no sentido de se evitar que a “*interpretação conforme*” produzida pelo Tribunal Constitucional se transforme numa verdadeira e própria “*interpretação autêntica*” de normas e princípios constitucionais.

Daí que a resposta à questão da relação entre a Justiça Constitucional e a Justiça Comum se centre na busca de um “*justo equilíbrio*” entre, de um lado, o “*direito*” operado pelo poder judicial, e, do outro, a função de “*coordenação*” e “*controle de normas*” (e respectiva interpretação) por parte do *Tribunal Constitucional*, o qual nas respectivas pronúncias deverá deixar espaço para uma “*actividade interpretativa*” a levar a cabo pelos juízes comuns³³.

Esta tarefa encontra-se facilitada em alguns ordenamentos jurídicos, designadamente o alemão, italiano ou espanhol, basicamente devido a dois factores:

- primeiro, porque em caso de juízo de inconstitucionalidade o tribunal “a quo” se encontra obrigado a deferir a decisão para o Tribunal Constitucional³⁴; e,

³³ CRISTINA QUEIROZ, *A relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no processo de controle concreto de normas*, cit., pp. 613-614.

³⁴ Cfr., artigos 100.º/1 da Lei fundamental e 13.º/11 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (*Richterklagen*), artigos 161.º/1/a da Constituição

- segundo, devido à existência de um “recurso individual de constitucionalidade” (*Verfassungsbeschwerde*, *recurso de amparo*), que poderá ser interposto de decisões proferidas pelos tribunais comuns ³⁵.

Note-se que, na Alemanha, o recurso individual de constitucionalidade (*Verfassungsbeschwerde*) assume maior centralidade face ao recurso concreto de normas (*Richterklagen*), permitindo a *impugnação directa de actos jurisdicionais* tidos por lesivos dos Direitos Fundamentais, o que não ocorre entre nós.

Nestas circunstâncias, resulta óbvio que a actividade unificadora a levar a cabo pelo Tribunal Constitucional se encontra muito mais facilitada.

Só que, uma vez aqui chegados, somos obrigados a introduzir um outro “distinguo”, no que concerne à separação entre a *declaração parcial de inconstitucionalidade*, relativa ao *texto* da disposição normativa, e a *declaração parcial de inconstitucionalidade*, relativa à *norma ou segmento de norma que é declarada inconstitucional* face ao preceito legal questionado, e que afecta não o *texto* em si mesmo, mas o seu *conteúdo normativo*, o qual, “formalmente”, poderá revestir as vestes quer de uma *declaração de acolhimento parcial*, quer de *rejeição parcial do pedido*, mas que ao afastar uma das interpretações possíveis do enunciado linguístico implica, necessariamente, uma *declaração “implícita” de inconstitucionalidade* da norma objecto do juízo.

E se a isto acrescentarmos as hipóteses em que o Tribunal Constitucional, bem como a Jurisdição Comum, se vêem obrigados a promover interesses sociais relevantes, no sentido de garantir a paz social, como os decorrentes da aplicação do *princípio de igualdade*, e, sobretudo, do princípio da “*igualdade proporcional*”, nos quais os juízes são chamados a uma *função de adequação do Direito às situações*

espanhola e 35.º e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, e artigos 134.º a 137.º da Constituição italiana e artigo 23.º da Lei constitucional n.º 87/1953.

³⁵ Cfr., artigos 91.º/1/4a e b da Lei fundamental e 11.º/8/a da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal e artigos 53.º/2 e 161.º/1/b da Constituição espanhola e artigos 41.º e seguintes da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

concretas de vida, somos forçados a reconhecer que poderá encontrar-se liminarmente justificada a *promoção de fórmulas mais flexíveis* quanto aos *efeitos das respectivas pronúncias*, e admitir, de igual modo, que a *declaração de inconstitucionalidade* nem sempre se poderá reduzir a uma *estrita nulidade*, já que os efeitos de uma “nulidade a radice” nem sempre poderão *ocorrer de imediato*, ou mesmo com *efeitos retroactivos*, o que coloca com acuidade a questão, problemática, da *modulação dos efeitos temporais das respectivas pronúncias*.

A questão poderá complicar-se, já que, por vezes, a decisão de não acolhimento não se encontra no dispositivo da decisão, mas na sua fundamentação (isto é, na sua *ratio decidendi* ou *tragende Gründe*).

Na verdade, não deixam de ser *decisões de rejeição do pedido* aquelas que *declaram o preceito em causa inconstitucional, sem declarar a respectiva invalidade*, ou as que se materializam numa “*reserva de melhoramento sucessivo*” ou de “*apelo*” ao legislador, instando-o a que proceda a uma *modificação da situação normativa*, porque tal se mostra conveniente a partir de uma determinada perspectiva, ou as que “*avisam*” o legislador de possíveis alterações na situação normativa, arrastando consigo uma eventual declaração de *inconstitucionalidade “pro futuro”*.

Em todos estes casos o que se encontra subjacente à decisão do Tribunal Constitucional é um *juízo de reprovação actual da constitucionalidade do preceito ou norma objecto do juízo*.

Estas pronúncias, formalmente, podem apresentar-se como *sentenças interpretativas de rejeição do pedido*. Mas, de um *ponto de vista material*, não podem deixar de ser tidas por *decisões de acolhimento em sentido amplo*.

E isto porque, com frequência, este tipo específico de *decisões recusam uma ou várias (ou todas menos uma)* entre as interpretações que poderiam derivar alternativamente de um texto, e que seriam, enquanto tais, materialmente, *decisões interpretativas de acolhimento em sentido estrito* ³⁶.

³⁶ FRANCISCO DÍAZ REVORIO, *Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, “La Ciencia del Derecho Procesal

Mas ainda porque, com relativa frequência, se nos deparam casos de *decisões interpretativas* que formalmente se apresentam como decisões de rejeição, e que, por isso, “*encobrem*” *pronúncias materialmente redutoras*, aditivas ou substitutivas (que Guisi SORRENTI ³⁷, designa, de modo sugestivo, de “*sentenças interpretativas ocultas*”). Ou, ainda, decisões formalmente *aditivas*, porque contêm materialmente uma *pronúncia redutora*.

Deste modo, a actividade interpretativa a levar a cabo pelo juiz constitucional *não se reduz a uma mera escolha entre diversas leituras de um mesmo enunciado linguístico*, antes se transforma numa *operação mais complexa*, e até mesmo “*aberta*”, que se torna possível através do recurso a pronúncias *de rejeição ou de inadmissibilidade de princípio*, isto é, decisões nas quais os tribunais de Justiça Constitucional se limitam a exprimir *princípios a que o tribunal “a quo” se deverá ater na respectiva pronúncia*. O Tribunal Constitucional limita-se a *substituir uma regra rígida, estabelecida por lei, por uma norma flexível e adaptável ao caso*, abrindo a via a novos âmbitos interpretativos.

6. A FIXAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. EM PARTICULAR, O ACÓRDÃO N.º 353/2012 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No Acórdão n.º 353/2012 ³⁸, relativo à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, mantendo-se as medidas de redução remuneratória, consagradas na Lei do Orçamento do Estado para 2011, que se estendem agora, diferentemente do que ocorria com a redução, aos aposentados e reformados, tanto do sector público como

Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio”, V, México, 2008, pp. 291 ss., 305.

³⁷ GUISI SORRENTI. *Interpretazione conforme a Costituzione*, Milão, 2006, e *La Costituzione “sottintese”*, in: “La Corte, i Giudici e le interpretazioni adeguatrici”, Seminário — Roma, 6 de Novembro de 2009, disponível no sítio da Internet: www.Cortecostituzionale.it/documenti/convegni-seminari, pp. 10 ss.

³⁸ Disponível no sítio da Internet: www.tribunalconstitucional.pt.

do sector privado, resultante da fiscalização de normas constantes da Lei do Orçamento do Estado para 2012, o Tribunal Constitucional, ao abrigo do disposto no artigo 282.º/4 da Constituição, determinou que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não se aplicariam à “suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestação correspondentes ao 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012”. *Brevitatis causa*, o Tribunal Constitucional determinou a “inconstitucionalidade” sem declarar a “nulidade” das normas impugnadas.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são “suspensos” no ano de 2012 e reportados a momento posterior, precisamente quanto já se encontravam esgotados todos os seus efeitos, unicamente previstos para o exercício orçamental em causa, isto é, para o ano económico de 2012.

A Constituição refere unicamente que razões de “segurança jurídica”, de “equidade” ou de “interesse público de excepcional relevo”, que deverão quedar sujeitos a uma fundamentação acrescida, podem justificar que o Tribunal Constitucional fixe os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o previsto na normal declaração de inconstitucionalidade de normas, isto é, desde a respectiva entrada em vigor.

No caso, não é a fixação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade o que surpreende, mas o longo deferimento da declaração em causa. Na verdade, em quase todos os acórdãos em que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre a inconstitucionalidade de verbas inscritas no Orçamento do Estado, ou com incidência financeira, correspondentes a exercícios económicos já fechados, o Tribunal tem optado por restringir os efeitos das respectivas pronúncias. Geralmente reportados à data da publicação do respectivo acórdão no Diário da República. O que significa, mais uma vez, uma “validação” dos efeitos das normas, agora declaradas inconstitucionais, entre o momento da sua edição e o da publicação dos respetivos acórdãos no Diário da República.

O que surpreende, “no caso”, dada a respectiva pronúncia ter ocorrido a meio de um exercício económico orçamental, e, portanto, quanto este não tinha ainda esgotado todos os seus efeitos, é a fixação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que

correspondem a uma “nulidade a radice” ou “absoluta”, a um momento ou tempo de produção dos respectivos efeitos em que estes já não poderiam ter lugar, posto que o exercício orçamental, em regra anual, já se encontrava concluído.

De notar, no que se reporta ao Direito da Função Pública e ao Direito Social, áreas nas quais os conflitos são usualmente dirimidos pelos Tribunais, que na Alemanha o Tribunal Constitucional Federal tem vindo a optar pela determinação da *inconstitucionalidade das normas impugnadas, sem declaração da respectiva nulidade*. Simultaneamente, na decisão, *exorta o legislador*, de forma explícita ou implícita, a que *restabeleça a situação jurídica conforme a Constituição*, por vezes mesmo estabelecendo um *prazo de reparação* da situação jurídica considerada desconforme que o legislador deverá respeitar ³⁹.

Uma decisão que se assemelha à opção adoptada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012. Só que, no caso alemão, a determinação da inconstitucionalidade sem declaração de nulidade é *autorizada pelo disposto no artigo 32.º da Lei orgânica sobre o Tribunal Constitucional Federal*.

De referir que, na Áustria, se autoriza, de igual modo, o Tribunal Constitucional Federal a fixar os efeitos das respectivas pronúncias, que, recorde-se, não implicam o efeito de nulidade, antes de mera anulabilidade, isto é, não um efeito declarativo, mas meramente constitutivo, no decurso de um prazo que pode ir até dezoito meses após a pronúncia da respectiva decisão ⁴⁰.

Será ainda de referenciar a *praxis* mais recente do Conselho Constitucional francês, após a Revisão Constitucional de 2008, que introduziu a “questão prioritária de constitucionalidade” (QPC), e, como tal, a possibilidade de um controle concreto de normas, se bem que com concentração da decisão de inconstitucionalidade no Conselho Constitucional. Aí também se tem vindo a operar, por razões de

³⁹ Cfr., BVerfGE 82, 126, 155 (prazo de aviso prévio para trabalhadores), disponível no sítio da Internet: www.undesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es. Por último, CHRISTIAN BUMKE e ANDREAS VOSSKUHL, *German Constitutional Law. Introduction, Cases, and Principles*, Oxford: Oxford University Press, 2019, em particular, pp. 227 ss.

⁴⁰ Cfr., artigo 142.º/5 da Constituição Federal.

segurança jurídica, e muitas vezes para colmatar “vazios legislativos”, o deferimento da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos “erga omnes”, por um período de tempo que poderá ir até aos dezasseite ou mesmo dezoito meses ⁴¹.

O Tribunal Constitucional Federal austríaco, bem como o Conselho Constitucional francês, em sede de controle concreto concentrado, utilizam esta técnica com alguma frequência. O mesmo ocorre com outras jurisdições que, de igual modo, têm vindo a recorrer a critérios mais flexíveis na determinação dos efeitos temporais das suas pronúncias, e, entre estes, autorizados ou não pela Constituição, ou pelas respectivas leis orgânicas, o Tribunal Constitucional Federal alemão e o Tribunal Constitucional italiano. No caso do Tribunal Constitucional da Bélgica essa competência é-lhe outorgada pelo disposto no artigo 8.º/§3 da respectiva Lei orgânica.

A existência dessas *normas determinativas da competência para a fixação temporal dos efeitos das pronúncias de inconstitucionalidade* tem a ver com a atribuição de um *tempo necessário* para que o *legislador*, isto é, o Parlamento, possa modificar a lei ou norma em questão, evitando-se com isso efeitos de *insegurança jurídica* que poderiam decorrer de um *vazio ou lacuna legislativos*. O inconveniente desta *técnica de flexibilização* é o de que a lei ou norma em questão, declarada inconstitucional, pode ser mantida no ordenamento jurídico durante um certo período de tempo, *apesar de a Justiça Constitucional ter declarado a sua desconformidade face à Constituição*.

Uma situação que poderá ser mais ou menos aceitável ou tolerável de acordo com a *gravidade* quer do *vício declarado* quer da *norma ou princípio constitucional violados*. E, ainda, tendo em consideração a gravidade das *consequências* que se produziriam em caso de produção imediata ou retroactiva dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ⁴².

⁴¹ Cfr., artigo 62.º/§ 2 da Constituição francesa: “Uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no artigo 61.º-1 é abrogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data ulterior fixada por essa decisão”.

⁴² Para maior desenvolvimento, JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, *O diferimento da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade*, in: “Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos”, I, Coimbra, 2016, pp. 195 ss.

Seja esta a adequação ou uma outra, o certo é que há aqui, momentaneamente, uma superioridade do legislador político face à Constituição, logo uma “suspensão” do princípio da superioridade, inclusive normativa, da norma ou princípio constitucional em questão. Assim, mesmo escudada em princípios constitucionais, e autorizada pelo disposto no artigo 282.º/4 da Constituição, a decisão tomada pelo Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 353/2012, de fixação dos efeitos temporais da respectiva pronúncia, não deixa de ter o sentido de uma “validação temporária” das normas infra-constitucionais impugnadas, e efectivamente declaradas, “no caso”, inconstitucionais.

Uma outra questão que importará relevar diz respeito à existência de uma *ruptura* entre o *vínculo de “inconstitucionalidade”* e os *“efeitos de nulidade”*. Sem esquecer que na hipótese do controle concreto de normas nem sequer o Tribunal Constitucional tem competência para fixar ou modelar os efeitos das respectivas pronúncias. Neste caso, ou “confirma” ou manda “reformular” a decisão do juiz “a quo”, de acordo com a decisão que proferiu ⁴³.

Em todo o caso, no que concerne ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012, importará referenciar que a decisão de inconstitucionalidade com protelação dos efeitos de nulidade no ano económico e orçamental em curso foi tomada em processo de fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade. Isto é, no quadro de um processo de controle abstracto de normas, ou “on its face”, no qual apenas se julga da compatibilidade lógica entre normas de diferente estalão — a norma legislativa por referência a uma norma ou princípio constitucional que lhe determina, objectivamente, a “validade” e respectivo “conteúdo” normativos.

Mas dado o princípio da “autonomia” e “independência” do poder judicial, e o facto de a nossa Constituição determinar um direito de acesso por parte de “todos” os juízes e de “todos” os tribunais — e não apenas do Tribunal Constitucional —, não se encontra autorizada “a priori” a exclusão da possibilidade de os tribunais comuns, partindo da constatação de uma pronúncia de incompatibilidade entre normas de diferente estalão, que foram já objecto de apreciação pelo Tribunal

⁴³ Cfr., artigos 280.º da CRP e 80.º/2 e 3 da LOTC.

Constitucional, vir a “desaplicar” (e não a “invalidar”) os referidos preceitos por vício de inconstitucionalidade.

Nesta hipótese, estaríamos em presença não de um processo de controle abstracto, mas sim de um processo de controle concreto de normas, no qual caberia ao Ministério Público o recurso directo, de resto obrigatório, da norma ou princípio impugnados para o Tribunal Constitucional, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 5 do artigo 280.º da Constituição.

Aí, como resulta da leitura e interpretação das normas constitucionais procedimentais que regem o incidente de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional teria de analisar novamente a questão, embora não já em sede de controle abstracto, mas em sede de controle concreto de normas. É que, nesta última hipótese, existiria um “conflito prático”, e não meramente “abstracto”, de compatibilidade entre normas, que pelos interesses em presença poderia conduzir a uma “subjectivação” do controle de constitucionalidade.

Numa outra pronúncia, desta feita relativa ao limite máximo da jornada de trabalho na função pública, Acórdão n.º 794/2013, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela não inconstitucionalidade das normas impugnadas e, em particular, quanto à duração máxima da jornada de trabalho na função pública, recorrendo ao critério da “interpretação conforme” ou “adequadora” nos termos da fundamentação contida na própria pronúncia. O que significa que o Tribunal Constitucional declarou parcialmente inconstitucionais determinados sentidos que se poderiam extrair da interpretação do enunciado linguístico, mas manteve o “texto da norma” em conformidade com a interpretação por si produzida. O Tribunal declarou a compatibilidade constitucional da norma “sob reserva de interpretação”, da “sua” interpretação. Uma decisão, pronunciada em processo de fiscalização abstracta sucessiva, em via principal, mas que não deixa de produzir efeitos quanto à Justiça Comum.

De um ponto de vista dogmático, uma declaração de não acolhimento do pedido não produz efeito de invalidade, antes meramente “preclusivo”. Não tem força de “caso julgado”, se é que essa figura processualista se aplica em sede de Direito Processual Constitucional, não impedindo, portanto, a repropositura da acção por outro requerente. Mas produz, todavia, o efeito de “harmonização” e “coordenação” das

decisões pronunciadas pela Justiça Comum. Uma harmonização e coordenação não apenas quanto à interpretação da norma, mas também quanto à jurisprudência, isto é, quanto às condições de aplicação dessa norma, que devem satisfazer, de igual modo, e por esta via, as exigências de certeza e segurança jurídicas, princípios constitucionais conaturais à cláusula do Estado de Direito democrático do artigo 2.º da Constituição.

Mas ao exercer funções de harmonização e coordenação e, sobretudo, ao proceder a uma interpretação “correctiva” da vontade manifestada pelo legislador, o Tribunal Constitucional não desenvolve unicamente funções de “legislador negativo”, no sentido kelseniano do termo, quanto, sobretudo, funções de “legislador positivo”. Isto é, o Tribunal Constitucional exerce funções “nomofiláticas”, claramente normativas ⁴⁴.

Sem esquecer a necessidade de uma “interpretação conforme aos Direitos Fundamentais” (*grundrechteskonforme Auslegung*), isto é, “orientada”, especialmente, pelos Direitos Fundamentais, um caso particular do princípio de interpretação conforme, de acordo com o qual das várias interpretações possíveis merece preferência aquela que melhor corresponder às normas e princípios constitucionais reconhecidos de direitos e liberdades fundamentais ⁴⁵. Aqui as funções de “coordenação” e de “harmonização” do Tribunal Constitucional tornam-se particularmente precípuas.

⁴⁴ CRISTINA QUEIROZ, *A relação entre o Tribunal Constitucional e a Justiça Comum no processo de controle concreto de normas*, cit., pp. 626-627, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, cit., p. 211 ss., e *Justiça Constitucional*, cit., p. 258.

⁴⁵ CRISTINA QUEIROZ, *Justiça Constitucional*, cit., pp. 229 ss.

O PROCESSO CIVIL NA FISCALIZAÇÃO CONCRETA DE CONSTITUCIONALIDADE

Civil Procedure and Constitutional Review

Fernando da Silva Pereira *

Tiago Azevedo Ramalho **

Resumo: O presente estudo tem por propósito expor de que modo a jurisdição constitucional se articula com a jurisdição civil. Em especial, sintetiza-se a jurisprudência constitucional mais relevante da última década em matéria de processo civil, e em que termos se pode recorrer para o Tribunal Constitucional de decisões que desapliquem normas com fundamento na sua inconstitucionalidade, ou aplicam normas cuja inconstitucionalidade foi suscitada.

Palavras-Chave: Processo Civil, Direito Constitucional, Fiscalização da Constitucionalidade, Recurso.

Abstract: *This paper pretends to show how constitutional jurisdiction relates to judicial jurisdiction in Portuguese Law. It summarizes the most significant constitutional jurisprudence in civil procedure issues in the last decade; and how it is possible to appeal to Constitutional Court from decisions that do not apply legal norms due to their unconstitutionality or apply legal norms whose constitutionality was questioned by a party in a lawsuit.*

Keywords: *Civil Procedure, Constitutional Law, Constitutional Review, Appeal.*

Sumário: Nota prévia. 1. Jurisdição e jurisdições; 1.1. As quatro ordens jurisdicionais; 1.2. Especialização de competência e jurisdição especializada; 1.3. Independências e

* Email: fpereira@direito.up.pt. Faculdade de Direito da Universidade do Porto/ Centro de Investigação Jurídica. Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto.

** Email: tramalho@direito.up.pt. Faculdade de Direito da Universidade do Porto/ Centro de Investigação Jurídica. Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto.

interferências (*unitas multiplex*). 2. Interferências substantivas: a fiscalização pelo texto constitucional; 2.1. Constituição e processo; 2.2. *Topoi* para a fiscalização da constitucionalidade (de normas substantivas) e de normas processuais; 2.3. O juiz comum e a constituição. 3. Decorrências processuais: o recurso para o Tribunal Constitucional; 3.1. Interposição do recurso para o Tribunal Constitucional; 3.2. Julgamento do recurso. Apontamento sobre os poderes de cognição do Tribunal Constitucional; 3.3. Consequências da decisão do recurso.

NOTA PRÉVIA

Pretende o presente estudo expor de modo sumário de que modo o Processo Civil se entrecruza com o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade. Motivado pela participação dos autores no *Curso Intensivo de Fiscalização da Constitucionalidade*, preside ao estudo uma intenção eminentemente pedagógica, procurando apresentar de modo sinóptico os principais modos de relação entre o Direito Constitucional e o Processo Civil.

O estudo encontra-se estruturado em três partes. Num primeiro momento, situar-se-á o problema do processo civil na fiscalização concreta de constitucionalidade como respeitante à existência de uma pluralidade de jurisdições numa mesma ordem jurídica (I.). Consideram-se, de seguida, as interferências substantivas passíveis de ocorrer entre diferentes ordens jurisdicionais (II.). Finalmente, enquadra-se de que modo é processualmente regida a comunicação entre a ordem dos tribunais judiciais e o Tribunal Constitucional (III.).

1. JURISDIÇÃO E JURISDIÇÕES

É característico do modo como o poder jurisdicional se encontra estruturado na ordem constitucional portuguesa a inexistência de uma só ordem jurisdicional. O poder jurisdicional, como expressão de uma soberania una do Estado, encontra-se desdobrado numa pluralidade de ordens jurisdicionais, ou jurisdições, ou categorias de Tribunais. Tal é o ponto de partida para compreender a relação entre o processo civil (mais precisamente: entre os Tribunais Judiciais, quando agindo em âmbito cível) e o sistema de fiscalização da constitucionalidade.

1.1. As quatro ordens jurisdicionais

Resulta justamente do n.º 1 do artigo 209.º da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”) a previsão de quatro jurisdições ou categorias de Tribunais:

“1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais:

- a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância;
- b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;
- c) O Tribunal de Contas.”

A previsão constitucional é reproduzida, em sede de legislação ordinária, pelo n.º 1 do artigo 29.º da Lei da Organização do Sistema Judiciário (doravante “LOSJ”).

Prevê ainda n.º 2 do artigo 209.º CRP (e o n.º 4 do artigo 29.º LOSJ, que o reproduz) poderem existir “tribunais marítimos”, “tribunais arbitrais” e “julgados de paz”. Na ordem dos tribunais judiciais se encontra previsto o tribunal marítimo enquanto tribunal de primeira instância (artigo 113.º LOSJ), a que em breve se fará referência em texto. Já os tribunais arbitrais e os julgados de paz, muito embora por eles também se exerça a função de julgar — à decisão deles provinda é reconhecido o mesmo carácter de imperatividade previsto para as decisões dos tribunais judiciais (cf. o n.º 7 do artigo 12.º da Lei da Arbitragem Voluntária e o artigo 61.º da Lei dos Julgados de Paz, assim como os artigos 150.º e 151.º LOSJ) —, não integram a orgânica judicial pública.

Tal como o exercício da unidade da soberania se encontra desdobrado numa pluralidade de poderes, igualmente a unidade da função de julgar se desdobra numa pluralidade de jurisdições. De uma jurisdição comum se foram autonomizando diferentes categorias especiais de jurisdição: a jurisdição administrativa (artigos 144.º e ss. LOSJ); a jurisdição constitucional (artigo 30.º LOSJ); a jurisdição do tribunal de contas (artigo 149.º LOSJ). De jurisdição *única*, a jurisdição comum tornou-se *subsidiária*: compete-lhe, conforme resulta do n.º 1 do

artigo 40.º LOSJ e do artigo 64.º do Código de Processo Civil (doravante “CPC”) conhecer das causas não atribuídas a outras ordens jurisdicionais. Do mesmo modo, o *processo comum* da ordem jurisdicional *comum* — o processo civil — vale como forma processual subsidiária. De onde resulta valer hoje a jurisdição comum, ou a ordem dos tribunais judiciais, sobretudo para o conhecimento de causas em matéria jurídico-privada (civil, comercial, laboral) e criminal, matérias que não lhe foram subtraídas para atribuição a uma jurisdição especializada.

1.2. Especialização de competência e jurisdição especializada

Não são quaisquer razões naturalísticas ou de necessidade que presidem à decisão de desdobrar ou concentrar o modo de exercício do poder jurisdicional, mas razões substantivas e de oportunidade. Razões substantivas, porque ligadas à índole específica de matérias que cada jurisdição é chamada a tratar. Razões de oportunidade, porque decorrentes da decisão de tais matérias substantivamente autónomas reclamaram a definição de um conjunto.

Perante um determinado regime substantivo específico — convocando um *telos* próprio, um quadro normativo particular, acentos metódicos privativos —, a primeira decisão a tomar é a de especializar ou não os tribunais com a competência de sobre eles se pronunciarem. Apenas um juízo de oportunidade (conveniência de especialização técnica pessoal de magistrados; relevância ou não da proximidade física dos tribunais instalados, mais fácil de obter em tribunais de competência genérica; ...) pode presidir à decisão ou não de especialização. Considerem-se, a título de exemplo, os actuais tribunais de competência territorial alargada — Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão (artigo 111.º LOSJ); Tribunal da Propriedade Intelectual (artigo 112.º LOSJ); Tribunal Marítimo (artigo 113.º LOSJ) — constituídos dentro da ordem dos tribunais judiciais, cujas competências eram previamente exercidas, antes de determinada a respectiva constituição, por tribunais de competência genérica. Ou ainda, dentro dos tribunais de comarca, a rede residual de tribunais de primeira instância, cuja competência se pode desdobrar (tratando-se de matéria cível) nos juízos central cível (artigos 81.º, n.º 3, al. *a*), e 117.º LOSJ), local cível (artigos 81.º, n.º 3, al. *b*), e 130.º LOSJ), família e menores (artigos 81.º, n.º 3, al. *g*) e 122.º e ss. LOSJ), trabalho

(artigos 81.º, n.º 3, al. *h*), e 126.º LOSJ), comércio (artigos 81.º, n.º 3, al. *i*), e 127.º LOSJ) ou execução (artigos 81.º, n.º 3, al. *j*), e 129.º LOSJ) — e só subsidiariamente em juízos de competência genérica (artigo 130.º LOSJ). Determina os concretos tribunais constituídos e o seu círculo de competência territorial o Decreto-Lei n.º 49/2014, de 27 de Março, sucessivamente alterado.

O que vale para os tribunais de primeira instância vigora igualmente, com as necessárias adaptações, para a organização dos tribunais superiores. Prevê-se a sua organização em secções — em matéria cível, penal e social (artigo 47.º, n.º 1, para o Supremo Tribunal de Justiça, artigo 67.º, n.º 3, 1.ª parte LOSJ para cada Tribunal da Relação). Mas ainda se faculta a possibilidade de, por razões de oportunidade, se constituírem, nos Tribunais da Relação, secções em matéria de família e menores, de comércio, propriedade intelectual, e ainda concorrência regulação e supervisão (artigo 67.º, n.º 3, 2.ª parte, e n.º 4 LOSJ). A própria lei ordinária determina já a criação, na Relação de Lisboa, a criação de uma secção “em matéria de propriedade intelectual e de concorrência, regulação e supervisão” (67.º, n.º 5 LOSJ).

Mas a especialização, que vimos, até ao momento, como referida a concretos tribunais, pode operar num segundo nível de estruturação. Já não especialização *dentro* de uma dada ordem jurisdicional, mas da *própria* ordem jurisdicional.

Estaremos dentro de uma mesma ordem jurisdicional quando os tribunais integram uma *mesma* hierarquia, sujeitos a um mesmo tribunal num vértice central; perante várias ordens jurisdicionais quando exista uma única instância suprema. Serão novamente razões de oportunidade a motivar o modelo de organização adoptado. Confronte-se, a título de exemplo, a organização jurisdicional portuguesa com a britânica, que coloca o conjunto dos tribunais sob o poder do *Supreme Court*, apesar de muitos tribunais especializados em posição subordinada; ou com a alemã, que contém seis ordens jurisdicionais, cada uma com o seu Supremo Tribunal — às que são conhecidas do Direito português, acresce a jurisdição de trabalho e a jurisdição social.

1.3. Independências e interferências (*unitas multiplex*)

Onde se tome a decisão de especialização — seja dentro de uma

ordem jurisdicional, seja constituindo diferentes ordens jurisdicionais —, logo se constitui um problema a que caberá de dar resposta: o de compatibilizar a *unidade do Direito* com a *pluralidade de jurisdições*, realizando essa *unitas multiplex* característica da realização do Direito em sociedades complexas ¹.

Um primeiro expediente destinado a garantir essa compatibilização é o regime de *competência*. Ao fraccionar-se a competência de cada jurisdição, pretende-se que não haja conflito entre as acção das diferentes categorias de tribunais.

Um segundo expediente, já de segundo grau, destinado a corrigir — e efectivar — o primeiro, é o regime de correcção dos conflitos em matéria de competência ou de jurisdição: é matéria regulada pelos artigos 109.º e ss. do CPC e pela Lei n.º 91/2019, de 04 de Setembro, relativa ao Tribunal de Conflitos, uma composição destinada a resolver conflitos de jurisdição. A possibilidade de constituição de tribunais de conflitos é prevenida pelo n.º 3 do artigo 209.º CRP.

Um terceiro expediente é o regime previsto para a resolução de questões prejudiciais: quando o conhecimento de determinada causa dependa de questão da competência de tribunal criminal ou administrativo, o juiz poderá sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie (artigo 92.º, n.º 1 CPC). Assim se garante igualmente um certo tipo de articulação entre jurisdições separadas.

Um último expediente é garantido por uma instância “comum” de recurso. Ora, uma instância *genérica* de recurso, comum às várias categorias de tribunais, não existe num sistema que autonomize diferentes categorias de tribunais: com efeito, é característico de um tal sistema a inexistência de um tribunal “supremo” geral — o tribunal é supremo na sua ordem jurisdicional privativa.

Sem prejuízo, a jurisdição constitucional desempenha nalguma medida uma tal função. Não no sentido de constituir uma jurisdição suprema geral, mas no de constituir um meio de fiscalização de actos e de decisões jurisdicionais por referência a um mesmo texto fundamental.

¹ Tomámos a locução do ensino do Prof. Doutor Cândido da Agra, dele se servindo para designar a instituição universitária: unidade na multiplicidade das diferentes faculdades.

Isto é, todas as categorias de tribunais estão sujeitas à possibilidade de confronto da conformidade ou não conformidade dos seus actos com um idêntico texto normativo — o texto constitucional —, que, não oferecendo embora parâmetros que permitam definir em termos conclusivos a apreciação de uma qualquer questão jurídica, contém um quadro de referência que deve ser respeitado pelo conjunto das ordens jurisdicionais. Esse quadro de referência unitário constitui um factor de unidade na pluralidade das diferentes categorias de tribunais.

É justamente a interferência substantiva do Direito Constitucional num qualquer outro ramo de Direito (II.) que facultará, por decorrência, a abertura de um canal de contacto entre a jurisdição comum (ou outra) e o Tribunal Constitucional (III).

2. INTERFERÊNCIAS SUBSTANTIVAS: A FISCALIZAÇÃO PELO TEXTO CONSTITUCIONAL

Impõe-se, por decorrência, considerar de que modo o Direito Constitucional pode substantivamente interferir no Processo Civil. Com efeito, apenas essa interferência substantiva, a montante, permitirá abrir a comunicação entre ordens jurisdicionais, a jusante.

2.1. Constituição e processo

Ao considerar-se algumas funções especialmente desempenhadas pelo Direito Constitucional, rapidamente se compreende como se pode dar a respectiva interferência no Processo Civil.

Num primeiro plano, o Direito Constitucional ordena e estrutura o poder político: fixa-lhe um estatuto, organiza-o, modela-o. Fá-lo mediante a estruturação da orgânica do poder político, discernindo funções, fixando competências, desdobrando órgãos, delimitando o estatuto dos respectivos titulares. É no cumprimento desta sua função que ordena a função judicial (artigos 202.º e ss. CRP), ao que se fez já sumária referência (I.1).

Mas a este primeiro plano de ordenação fundamental do poder público acresce um segundo: por intermédio da previsão de posições jurídicas fundamentais, o Direito Constitucional faculta a possibilidade de, numa

ordem jurídica assente no princípio da obediência à lei (artigo 8.º do Código Civil), se desapplicar o Direito ordinário mediante a respectiva invocação. Trata-se, por conseguinte, de um meio de concessão de liberdade (condicionada pelos termos do próprio texto constitucional) do jurista diante da lei, num quadro de vinculação ao Direito positivo ².

2.2. *Topoi* para a fiscalização da constitucionalidade (de normas substantivas) e de normas processuais

Desde esta segunda função do Direito Constitucional se pode perguntar quais são os principais fundamentos que poderão ser mobilizados na sindicância de normas jurídicas aplicáveis em âmbito processual civil.

É pergunta a que se procurará responder com uma importante restrição. Em âmbito processual civil são mobilizadas normas substantivas, pelas quais se determinam os critérios que deverão determinar o juízo com que o julgador, pela sua sentença, coloca termo à controvérsia, e normas processuais, agora especificamente dirigidas à formação e vida da instância. Consideraremos, todavia, somente aqueles parâmetros constitucionais que *prima facie* se poderão revelar especialmente relevantes em sede de sindicância das normas *processuais* aplicáveis num concreto processo civil. Far-se-á referência (em nota) a alguma jurisprudência recente constitucional, sobretudo provinda da última década, incidente no processo civil e insolvencial.

Ponto de partida incontornável é o artigo 20.º CRP, cujo teor se transcreve:

“1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

² Cf. os apontamentos de JOHANN BRAUN, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Tübingen, 2011, pp. 54-56, sob o ponto: “Positivierung überpositiver Werte in der Verfassung”.

3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

Desde uma tal disposição se pode extrair, portanto, a garantia de acesso ao sistema de justiça — direito de acesso ao direito (n.º 1, 1.ª parte), englobando o direito de acção propriamente dito, o direito ao processo, o direito à decisão, o direito à execução³ —, a proibição da denegação de

³ É vasta a jurisprudência fundada na conjugação entre o artigo 20.º, 1 CRP e o princípio da proporcionalidade (todos os acórdãos disponíveis em www.tribunal-constitucional.pt). Cf., a respeito do regime das *custas judiciais* (mesmo que, nalguns casos, por referência a um regime revogado, mas sinalizando o relevo do princípio da proporcionalidade neste concreto âmbito), os ac. 421/2013 (“julga inconstitucionais as normas contidas nos artigos 6.º e 11.º, conjugadas com a tabela I-A anexa, do Regulamento das Custas Processuais, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 52/2011, de 13 de Abril, quando interpretadas no sentido de que o montante da taxa de justiça é definido em função do valor da acção sem qualquer limite máximo, não se permitindo ao tribunal que reduza o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcional do montante exigido a esse título”), 218/2014 (julga-se “inconstitucional, por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1 conjugado com o princípio da proporcionalidade, decorrente do artigo 18.º, n.º 2, ambos da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do artigo 66.º, n.º 2, do Código das Custas Judiciais — aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224-A/96, de 26 de Novembro — quando interpretada “com o sentido de permitir que as custas devidas pelo expropriado excedam, de forma intolerável, o montante da indemnização depositada”), 844/2014 (julga-se “inconstitucional, por violação dos princípios do acesso ao direito e da proporcionalidade, consagrados, respectivamente, nos artigos 20.º e 2.º, da Constituição, a norma constante do artigo 13.º, n.º 1 e Tabela Anexa ao Código das Custas Processuais, na versão do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, na medida em que dela decorrem custas sem conexão com a complexidade do processo, não se estabelecendo um limite para o valor da acção a considerar para efeitos do cálculo da taxa de justiça”), 508/2015 (julga “inconstitucionais as normas contidas nos artigos 97.º-A, n.º 1, alínea a), do Código de

Procedimento e Processo Tributário, CPPT, 6.º e 11.º do Regulamento das Custas Processuais, RCP, conjugadas com a tabela I-A anexa, do RCP, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 52/2011, de 13 de Abril, quando interpretadas no sentido de que, face a impugnação judicial do acto de indeferimento expresso da reclamação graciosa visando a anulação parcial do acto de liquidação de IRC, a que corresponde a taxa de justiça de € 50 697,41 o montante da taxa de justiça é definido em função do valor da acção sem qualquer limite máximo, não se permitindo ao tribunal que reduza o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcional do montante exigido a esse título”), 280/2017 (declara “inconstitucional, com força obrigatória geral, a norma que determina que a “reclamação da nota justificativa está sujeita ao depósito da totalidade do valor da nota”, constante do n.º 2, do artigo 33.º da Portaria n.º 419-A/2009, de 17 de Abril, na redacção dada pela Portaria n.º 82/2012, de 19 de Março, por violação da reserva de competência legislativa da Assembleia da República, constante do artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), em conjugação com o n.º 1 do artigo 20.º, ambos da Constituição da República Portuguesa”), 353/2017 (declara “inconstitucional, com força obrigatória geral, a norma que impõe o pagamento da taxa de justiça inicial nos 10 dias contados da data da comunicação ao requerente da decisão negativa do serviço da segurança social sobre o apoio judiciário, sem prejuízo do posterior reembolso das quantias pagas no caso de procedência da impugnação daquela decisão, constante da alínea *c*), do n.º 5, do artigo 29.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Junho, na redacção dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, por violação do direito de acesso aos tribunais e à tutela jurisdicional efectiva, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição”), 615/2018 — julga “inconstitucional, a norma que impõe a obrigatoriedade de pagamento do remanescente da taxa de justiça ao réu que venceu totalmente o processo, obrigando-a a pedir o montante que pagou em sede de custas de parte, resultante do artigo 14.º, n.º 9, do RCP [Regulamento das Custas Processuais]”. Cf. igualmente o ac. 233/2020 (“interpreta as normas constantes dos artigos 533.º, n.º 1, do Código de Processo Civil e 26.º, n.º 6, do Regulamento das Custas Processuais no sentido segundo o qual a parte vencida que litiga com benefício do apoio judiciário na modalidade de dispensa da taxa de justiça e demais encargos com o processo se encontra dispensada do reembolso à contraparte de quaisquer valores a título de custas de parte [...]”), 661/2019 (julga “inconstitucional a norma constante do n.º 3 do artigo 33.º da Portaria n.º 419-A/2009, de 17 de Abril, com o sentido de que “[d]a decisão proferida cabe recurso em um grau se o valor da nota exceder 50 UC”, por violação do princípio da competência reservada da Assembleia da República em matéria de direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), em conjugação com o artigo 20.º, n.º 1, da CRP”) e 153/2022 (julga “inconstitucional, por violação do direito de acesso aos tribunais e à justiça, consagrado no n.º 1 do artigo 20.º da Constituição, conjugado com o princípio da proporcionalidade, decorrente do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, a norma contida no n.º 2 do artigo 26.º-A do Regulamento das Custas Processuais (RCP), aditada pela Lei n.º 27/2019, de 28 de Março na interpretação segundo a qual o

tribunal não pode dispensar o depósito do valor integral do valor das notas justificativas quando o considere excessivamente oneroso ou arbitrário”).

Especificamente a respeito da *remuneração de perito*, cf. ac. 33/2007, que fora precedido de julgamentos de fiscalização concreta (declara-se, com “força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que impede a fixação de remuneração de perito em montante superior ao limite de 10 UCs, interpretativamente extraída dos n.ºs 2 e 4 do artigo 17.º do Regulamento das Custas Processuais em conjugação com a sua tabela IV, por violação do princípio da proporcionalidade, ancorado no princípio do Estado de direito democrático consignado no artigo 2.º da Constituição e também consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição”).

Quanto à ilimitação de *honorários notariais* em processo de *inventário*, cf. o ac. 803/2017 (julga “inconstitucional a norma constante do artigo 18.º, n.º 2, da Portaria n.º 278/2013, de 26 de Agosto, na redacção conferida pela Portaria n.º 46/2015, de 23 de Fevereiro, conjugada com a tabela anexa I, no sentido de que o montante dos honorários notariais devidos em processo de inventário de valor superior a € 275 000, sofre acréscimo de 3 UC por cada € 25 000 ou fração, sem limite máximo, não permitindo que os mesmos sejam fixados de acordo com a complexidade e tempo gasto”).

Ancora ainda o Tribunal Constitucional no artigo 20.º, 1 CRP, um princípio de *proibição de indefesa*, que repetidas vezes mobilizou em sede de fiscalização da constitutividade dos fundamentos de oposição à execução fundada em *injunção*. Cf., por último, o ac. 264/2015 (declara “a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 857.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, quando interpretada “no sentido de limitar os fundamentos de oposição à execução instaurada com base em requerimentos de injunção ao qual foi aposta a fórmula executória”, por violação do princípio da proibição da indefesa, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa”). O regime constante do Código de Processo Civil (e da injunção) foi entretanto modificado, com vista a obstar à censura constitucional — nomeadamente prevendo-se a expressa advertência ao requerida de injunção das consequências resultantes da sua não dedução de oposição (artigos 857.º, n.º 1 CPC e 14.º-A do Anexo ao DL 269/98, de de 1 de Setembro).

Ainda neste âmbito do procedimento de *injunção*, especialmente no que respeita ao regime de *notificação* do respectivo requerimento, cf. o ac. 222/2017 (julga “inconstitucional por violação do artigo 20.º da Constituição, a norma constante dos n.ºs 3 e 5 do artigo 12.º do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro — na redacção resultante do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro —, no âmbito de um procedimento de injunção destinado a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias de valor não superior a € 15.000,00, quando interpretados no sentido de que, em caso de frustração da notificação do requerido — para pagar a quantia pedida ou deduzir oposição à pretensão do requerente, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo 12.º —, através de carta registada com aviso de recepção enviada para a morada indicada pelo requerente da injunção no respectivo requerimento, por devolução da mesma, o subsequente envio de carta, por via postal simples, para todas as moradas conhecidas, apuradas nas bases de

dados previstas no n.º 3 do artigo 12.º, em conformidade com o previsto no n.º 5 do mesmo preceito, faz presumir a notificação do requerido, ainda que o mesmo aí não resida, contando-se a partir desse depósito o prazo para deduzir oposição”). Cf. ainda o ac. 99/2019 (declara “a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante dos n.ºs 3 e 5 do artigo 12.º do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro — na redacção resultante do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro —, no âmbito de um procedimento de injunção destinado a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias de valor não superior a € 15 000 — na parte em que não se refere ao domínio das transacções comerciais, nos termos definidos no artigo 3.º, alínea a) do referido Decreto-Lei n.º 32/2003 —, quando interpretados no sentido de que, em caso de frustração da notificação do requerido — para pagar a quantia pedida ou deduzir oposição à pretensão do requerente, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo 12.º —, através de carta registada com aviso de recepção enviada para a morada indicada pelo requerente da injunção no respectivo requerimento, por devolução da mesma, o subsequente envio de carta, por via postal simples, para todas as diferentes moradas conhecidas, apuradas nas bases de dados previstas no n.º 3 do artigo 12.º, em conformidade com o previsto no n.º 5 do mesmo preceito, faz presumir a notificação do requerido, ainda que o mesmo aí não resida, contando-se a partir desse depósito o prazo para deduzir oposição, por violação do artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.”), 161/2019 (julga “inconstitucional a norma constante dos n.ºs 3 e 4 do artigo 12.º do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 01 de Setembro — na redacção conferida pelo artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17/02 —, no âmbito de um procedimento de injunção destinado a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias de valor não superior a € 15.000,00 — na parte em que não se refere ao domínio das transacções comerciais, nos termos definidos no artigo 3.º, alínea a) do referido Decreto-Lei n.º 32/2003 —, quando interpretada no sentido de que, em caso de frustração da notificação do requerido — para pagar a quantia pedida ou deduzir oposição à pretensão do requerente, nos termos do n.º 1 do mesmo artigo 12.º —, através de carta registada com aviso de recepção enviada para a morada indicada pelo requerente da injunção no respectivo requerimento, por devolução da mesma, o subsequente envio de carta, por via postal simples, para a única morada conhecida, apurada nas bases de dados previstas no n.º 3 do artigo 12.º, em conformidade com o previsto no n.º 4 do mesmo preceito, faz presumir a notificação do requerido, ainda que o mesmo aí não resida, contando-se a partir desse depósito o prazo para deduzir oposição, por violação do artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa”), 108/2019 (“não julga inconstitucional as normas constantes dos n.ºs 3 e 4 do artigo 12.º do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro — na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro —, quando interpretadas no sentido de que, em caso de frustração da notificação do requerido — para, em 15 dias, pagar quantia não superior a EUR15 000,00 ou deduzir oposição —, através de carta registada com aviso de recepção enviada para a morada indicada pelo requerente da injunção, por não reclamação da mesma, o

subsequente envio de carta, por via postal simples, para essa morada, em conformidade com o previsto no n.º 4 do artigo 12.º, faz presumir a notificação do requerido, nos casos em que a morada para onde se remeteram ambas as cartas de notificação coincide com o local obtido junto das bases de dados de todos os serviços enumerados no n.º 3 do artigo 12.º), 547/2019 (“não julga inconstitucional a norma contida nos n.ºs 1 e 3 do artigo 12.º-A do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro — na redacção resultante do artigo 8.º do Decreto-lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro —, interpretados, no âmbito de um procedimento de injunção destinado a exigir o cumprimento de obrigações pecuniárias de valor não superior a €15.000,00, no sentido em que, nos casos em que exista domicílio contratualmente convencionado para efeitos de notificações, a citação do Requerido se efectua apenas e de imediato através de carta enviada por via postal simples com prova de depósito, sem qualquer prévia tentativa de notificação por contacto pessoal, e que assim se presume a notificação do Requerido na data do depósito e dessa data se conta o prazo para deduzir oposição”), 773/2019, com vários votos de vencido (“não julga inconstitucionais as normas constantes dos n.ºs. 3 e 4 do artigo 12.º do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro — na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro —, quando interpretadas no sentido de que, em caso de frustração da notificação do requerido — para, em 15 dias, pagar quantia não superior a €15.000,00 ou deduzir oposição —, através de carta registada com aviso de recepção enviada para a morada indicada pelo requerente da injunção, por não reclamação da mesma, o subsequente envio de carta, por via postal simples, para essa morada, em conformidade com o previsto no n.º 4 do artigo 12.º, faz presumir a notificação do requerido, nos casos em que a morada para onde se remeteram ambas as cartas de notificação coincide com o local obtido junto das bases de dados de todos os serviços enumerados no n.º 3 do artigo 12.º”), e 280/2020 (não julga “inconstitucionais as normas constantes dos n.ºs. 3 e 4 do artigo 12.º do regime constante do anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro — na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 32/2003, de 17 de Fevereiro —, quando interpretadas no sentido de que, em caso de frustração da notificação do requerido — para, em 15 dias, pagar quantia não superior a €15.000,00 ou deduzir oposição, através de carta registada com aviso de recepção enviada para a morada indicada pelo requerente da injunção, por não reclamação da mesma, o subsequente envio de carta, por via postal simples, para essa morada, em conformidade com o previsto no n.º 4 do artigo 12.º, faz presumir a notificação do requerido, nos casos em que a morada para onde se remeteram ambas as cartas de notificação coincide com o local obtido junto das bases de dados de todos os serviços enumerados no n.º 3 do artigo 12.º”).

A mobilização da tutela jurisdicional efectiva ocorre ainda para sindicarem regimes de *prescrição*. Testemunha-o o ac. 105/2014 (julga-se “inconstitucional, por violação do direito a uma tutela jurisdicional efectiva em matéria administrativa, contido no n.º 4 do artigo 268.º, em articulação com o disposto no n.º 2 do artigo 18.º, ambos da Constituição, a interpretação normativa, extraída do n.º 1 do artigo 321.º do Código Civil, segundo a qual se inicia e corre um prazo prescricional, referente a uma pretensão indemnizatória, no momento em que são

justiça por insuficiência de meios económicos (n.º 1, in fine) ⁴, muito

cognoscíveis pelo lesado os pressupostos do seu direito à indemnização, embora nesse momento ele esteja legalmente impedido de efectivá-lo, por inexistência de meio processual idóneo, apenas se suspendendo a prescrição nos últimos três meses do prazo”).

Em âmbito *insolvential*, cf. o ac. 401/2017 (julga “inconstitucional, por violação do artigo 20.º, números 1 e 4, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a norma do artigo 17.º-G, n.º 4, do CIRE, quando interpretada no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28.º — ainda que com as necessárias adaptações —, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorde da sua situação de insolvência”).

A respeito da suspensão do *prazo prescricional de dívidas tributárias*, ainda em âmbito *insolvential*, cf. o ac. 557/2018, (declara “a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 100.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo prescricional das dívidas tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário, por violação do artigo 165.º, n.º 1, alínea i), da Constituição da República Portuguesa”).

⁴ Cf., no âmbito da protecção jurídica, os ac. 591/2016 (julga “inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 1 da Constituição, a norma do artigo 7.º, n.º 3, Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, na parte em que recusa protecção jurídica a pessoas colectivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas”), com vários votos de vencido, 653/2016, (inconstitucional a norma do artigo 7.º, n.º 3, da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de Agosto, na parte em que recusa protecção jurídica a pessoas colectivas com fins lucrativos, sem consideração pela concreta situação económica das mesmas), 515/2020 (declara, com força obrigatória geral, “a inconstitucionalidade, por violação dos números 1 e 4 do artigo 20.º da Constituição, da norma da alínea a) do n.º 5 do artigo 24.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, com o sentido de que o prazo interrompido por aplicação do n.º 4 do mesmo artigo se inicia com a notificação ao patrono nomeado da sua designação, quando o requerente do apoio judiciário desconheça essa nomeação, por dela ainda não ter sido notificado”), em âmbito falimentar, 418/2021 (declara, “com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, por violação dos artigos 20.º, n.º 1 e 13.º, n.º 2 da Constituição, da norma constante do n.º 4 do artigo 248.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, na parte em que impede a obtenção do apoio judiciário, na modalidade de dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, aos devedores que tendo obtido a exoneração do passivo restante e cuja massa insolvente e o rendimento disponível foram insuficientes para o pagamento integral das custas e encargos do

embora não se preveja, como ocorre com matéria da saúde (64.º, 2, a)) ou do ensino básico universal (74.º, 2, a)), a sua tendencial ou integral gratuidade ⁵; o direito de acesso à informação ou à consulta jurídica (n.º 2) ⁶; o direito ao patrocínio judiciário, e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade (n.º 2); a criação de procedimentos particularmente céleres destinados à defesa de direitos, liberdades e garantias (n.º 5) ⁷; o direito a uma decisão em prazo razoável (n.º 4); a previsão de um processo equitativo (n.º 4, *in fine*) ⁸, fórmula que evoca

processo de exoneração, sem consideração pela sua concreta situação económica”) e 278/2022 (julga “inconstitucional a norma contida nos artigos 8.º, 8.º-A, 8.º-B e anexo da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, e 12.º e anexo iv da Portaria n.º 1085-A/2004, de 31 de Agosto, interpretados no sentido segundo o qual a insuficiência económica demonstrada pelo requerente do benefício do apoio judiciário não lhe permite obter o benefício da dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo, mas apenas o respectivo pagamento faseado, quando o rendimento mensal disponível é substancialmente equivalente ao valor da taxa de justiça inicial a suportar no processo e o valor da prestação mensal a suportar na modalidade de pagamento faseado tem como consequência uma diminuição do rendimento mensal líquido do beneficiário para um valor inferior ao da remuneração mínima mensal garantida”).

Quanto ao âmbito da *garantia do recurso*, cf. o ac. 280/2015 (julga “inconstitucional, por violação do direito ao recurso de decisões judiciais que directamente afectam direitos, liberdades e garantias, decorrente do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição, a norma extraída das disposições conjugadas do artigo 15.º do CIRE, e artigos 304.º, primeira parte, e 629.º, n.º 1, do CPC, interpretadas no sentido de que não cabe recurso de decisões proferidas no incidente de qualificação da insolvência cujo valor, determinado pelo ativo do devedor, seja inferior ao da alçada do tribunal de primeira instância”).

⁵ O regime de apoio no acesso ao sistema de justiça encontra-se definido na Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, prevendo a modalidade de auxílio nas vertentes de apoio judiciário e de protecção jurídica (cf. o respectivo artigo 6.º, 1). No âmbito do regime da protecção jurídica, cf. o ac. 853/2014 (julga inconstitucional a norma constante do artigo 27.º, n.º 2 da Lei n.º 34/2004 de 29 de Julho, na medida em que exclui em absoluto a produção da prova testemunhal”).

⁶ Ver nota anterior.

⁷ Tenha-se especialmente em vista, na lei processual civil, a previsão do processo especial para a tutela da personalidade (artsigos 878.º a 880.º CPC). Veja-se, no Direito Administrativo, a intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias (artigos 109.º e ss. CPTA).

⁸ Expressão acabada do processo equitativo é a proibição de decisões-surpresa: cf. ac. 510/2015 (julga “inconstitucional o artigo 796.º, n.º 7, do Código de Processo

Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, na interpretação segundo a qual “a sentença proferida em processo sumaríssimo, na qual se considera verificada a excepção da incompetência do tribunal em razão da matéria, pode ser proferida sem facultar às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre essa questão, quando até então nenhuma das partes ou o tribunal a tinham colocado, debatido ou de qualquer forma a ela referido”, por violação do direito ao contraditório, ínsito na garantia do processo equitativo prevista no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição”). Próximo são os ac. 30/2020 (julga “inconstitucional, por violação do direito ao contraditório ínsito na garantia do processo equitativo prevista no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, a norma do artigo 123.º, n.º 3, do Código de Processo Civil segundo a qual a condenação por litigância de má fé e a multa aí previstas podem ser impostas à parte, sem que previamente lhe seja concedida a oportunidade de se pronunciar sobre tal sanção”) e 77/2023 (julga “inconstitucional a norma contida no artigo 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, interpretado no sentido segundo o qual não é obrigatória a audiência prévia do recorrente relativamente a um fundamento de conhecimento officioso que foi somente suscitado pelo recorrido nas contra-alegações, quando o tribunal de recurso venha a decidir a causa com esse fundamento, sem que o recorrente se tenha pronunciado espontaneamente quanto ao mesmo”). Também por referência à proibição das decisões surpresa, cf. o ac. 192/2022 (julga “inconstitucional, por violação do n.º 4 do artigo 20.º da Constituição, a interpretação conjugada dos artigos 3.º, n.º 3, 620.º, 643.º, n.º 4, e 652.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, segundo a qual não é concedido ao recorrente o direito de se pronunciar ou exercer o contraditório sobre decisão modificativa de admissibilidade do recurso proferida, após decisão singular de admissão do relator, pelo mesmo Tribunal”). O princípio da proibição das decisões-surpresa pode ordenar-se igualmente como uma expressão do princípio do contraditório. Cf. o artigo 3.º, CPC.

O princípio do processo equitativo tem sido convocado no âmbito do *Direito dos recursos*: cf. o ac. 91/2014 (julga “inconstitucional a norma extraída da alínea c) do n.º 2 do artigo 721.º-A do CPC, na redacção anterior à Lei n.º 41/2013, de 16 de Junho — que corresponde à norma do artigo 672.º, n.º 2, alínea c), no novo CPC —, quando interpretada no sentido de que no recurso de revista excepcional cabe ao recorrente juntar certidão do acórdão-fundamento, com o requerimento de interposição de recurso, sob pena de este ser liminarmente rejeitado, sem que haja sequer lugar a um convite ao aperfeiçoamento, por violação do direito à tutela jurisdicional efectiva”), e 218/2015 (julga “inconstitucional, por violação do direito a um processo equitativo, consagrado no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 721.º-A, n.º 1, alínea c), e n.º 2, alínea c), do Código de Processo Civil, interpretada no sentido de que no recurso de revista excepcional cabe ao recorrente juntar certidão do acórdão-fundamento, com o requerimento de interposição de recurso, sob pena de este ser liminarmente rejeitado”). Neste âmbito recursal, cf. ainda os ac. 184/2020 (julga “inconstitucional o n.º 4 do artigo 672.º do Código de Processo Civil (aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, e adiante designado “CPC”), quando interpretado no sentido de a definitividade da decisão de verificação dos pressupostos de

admissibilidade do recurso de revista excepcional, a que alude tal disposição, implicar a inadmissibilidade da arguição de nulidade dessa decisão”, 151/2020, de 4/3/2020 (julga “inconstitucional norma contida nos artigos 14.º, n.º 1, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas e 637.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, interpretados no sentido de o recurso de revista, em processo especial de revitalização, com fundamento em oposição de acórdãos, ser imediatamente rejeitado no caso de o Recorrente não juntar cópia do acórdão-fundamento, sem que antes seja convidado a suprir essa omissão.”), 641/2020 (julga “inconstitucional a norma contida na segunda parte do n.º 2 do artigo 637.º do Código de Processo Civil, quando estabelece, nos recursos em que se invoque um conflito jurisprudencial que se pretende ver resolvido, que o recorrente junta obrigatoriamente, sob pena de imediata rejeição, cópia, ainda que não certificada, do acórdão fundamento, sem que antes seja convidado a suprir essa omissão, por ofensa do artigo 20.º, números 1 e 4, da Constituição.”)

No âmbito do *Direito da insolvência*, cf. os ac. 616/2018 (julga “inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, a norma contida nos artigos 163.º e 164.º, n.ºs 2 e 3, do CIRE, na interpretação segundo a qual o credor com garantia real sobre o bem a alienar não tem a faculdade de arguir, perante o juiz do processo, a nulidade da alienação efectuada pelo administrador com violação dos deveres de informação do valor base fixado ou do preço da alienação projectada a entidade determinada”), 675/2018 (declara a “inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 4 do artigo 17.º-G do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, quando interpretada no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28.º — ainda que com as necessárias adaptações —, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorda da sua situação de insolvência, por violação do artigo 20.º, números 1 e 4, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa”) e 258/2020 (declara a “inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma contida no n.º 4 do artigo 222.º-G do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, quando interpretada no sentido de o parecer do administrador judicial provisório que conclua pela situação de insolvência equivaler, por força do disposto no artigo 28.º do mesmo Diploma — ainda que com as necessárias adaptações —, à apresentação à insolvência por parte do devedor, quando este discorda da sua situação de insolvência”).

No âmbito do *procedimento especial de despejo*, cf. o ac. 96/2016 (julga “inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição, o segmento normativo do n.º 2, do artigo 12.º, do Decreto-Lei n.º 1/2013, de 7 de Janeiro, no qual se prevê que “[a] não apresentação, no prazo de 10 dias, do documento previsto na subalínea i) da alínea b) do número anterior, é havida como desistência do pedido de pagamento de rendas, encargos ou despesas (...)”, interpretado no sentido de que tal desistência, em face do disposto no artigo 285.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, extingue o direito que se pretendia fazer valer [...]). Ainda neste âmbito do procedimento especial de despejo, ainda que mobilizando outros parâmetros de

sindicância, cf. os ac. 277/2016 (julga “inconstitucional a norma extraída dos artigos 30.º, 31.º e 32.º do Novo Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, na redacção dada pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto, segundo a qual “os inquilinos que não enviem os documentos comprovativos dos regimes de excepção que invoquem (seja quanto aos rendimentos, seja quanto à idade ou ao grau de deficiência) ficam automaticamente impedidos de beneficiar das referidas circunstâncias, mesmo que não tenham sido previamente alertados pelos senhorios para a necessidade de juntar os referidos documentos e das consequências da sua não junção”, por violação do princípio da proporcionalidade, ínsito no princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição”), 96/2016 (julga “inconstitucional o segmento normativo do n.º 2 do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 1/2013, de 7 de Janeiro (Procede à instalação e à definição das regras do funcionamento do Balcão Nacional do Arrendamento e do procedimento especial de despejo), no qual se prevê que “[a] não apresentação, no prazo de 10 dias, do documento previsto na subalínea *i*) da alínea *b*) do número anterior, é havida como desistência do pedido de pagamento de rendas, encargos ou despesas”, interpretado no sentido de que tal desistência, em face do disposto no artigo 285.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, extingue o direito que se pretendia fazer valer”), 270/2018 (julga “inconstitucional “ a norma que determina que a não apresentação, no prazo de 10 dias, do comprovativo de pagamento da taxa de justiça respeitante à execução para pagamento de quantia certa deve ser havida como desistência do pedido de pagamento de rendas, encargos ou despesas, extinguindo o direito que se pretendia fazer valer, que resulta da interpretação conjugada do artigo 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 1/2013, e do artigo 285.º, n.º 1, do Código do Processo Civil”), 327/2018 (“interpreta o artigo 14.º, n.º 4 da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto, em consonância com o n.º 5 do mesmo artigo, em conformidade com princípio da proibição da indefesa, consagrado no artigo 20.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição, no sentido de que o despejo imediato com fundamento em falta de pagamento de rendas vencidas na pendência da acção nele previsto não é automático, sendo o seu requerimento livremente apreciado pelo juiz, pelo que, nos casos em que na acção de despejo persista controvérsia quanto à existência ou exigibilidade do próprio dever de pagamento de renda, o réu não deve ser impedido de exercer o contraditório mediante a utilização dos correspondentes meios de defesa”), 440/2019 (julga “inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade ínsito ao princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição, a interpretação normativa da alínea *c*) do n.º 7 do artigo 36.º e do n.º 5 do artigo 35.º do NRAU (aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto, e rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 59-A/2012, de 12 de Outubro), segundo a qual os arrendatários a que se refere o artigo 36.º, que no mês correspondente àquele em que foi invocada a circunstância relativa ao RABC do agregado familiar, e pela mesma forma, não fizeram prova anual do seu rendimento perante o senhorio, ficam automaticamente impedidos de poder prevalecer-se desta circunstância, mesmo que não sejam alertados pelos senhorios para a necessidade de a apresentar”), ac. 393/2020 (julga “inconstitucional a

o artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e que convida, entre outras, dimensões como a igualdade de armas no processo e o direito ao contraditório ⁹.

Suscitado como parâmetro para a fiscalização da constitucionalidade vem sendo igualmente o respeito pelas regras de reserva legislativa sobre “direitos, liberdades e garantias” (artigo 165.º, n.º 1, al. b)) ¹⁰; as garantias da função judicial constantes dos artigos 202.º e ss. CRP, entre as quais a de independência do poder judicial (artigo 203.º CRP); ou o princípio da protecção da confiança, tido como uma decorrência do Estado de Direito (artigo 2.º CRP) ¹¹.

norma extraível dos artigos 30.º e 31.º, n.º 6, da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, na redacção conferida pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto, segundo a qual a falta de resposta do arrendatário à comunicação prevista no artigo 30.º determina a transição do contrato para o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), e vale como aceitação da renda, bem como do tipo e da duração do contrato propostos pelo senhorio, ficando o contrato submetido ao NRAU, sem que ao primeiro tenham sido comunicadas as alternativas que lhe assistem e sem que o mesmo tenha sido advertido do efeito associado ao seu eventual silêncio”), 502/2021 (julga “inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade ínsito ao princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição, a norma extraída do artigo 51.º, n.o 4, alínea a), e n.º 6, do Novo Regime de Arrendamento Urbano (aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 31/2012, de 14 de Agosto), segundo a qual o arrendatário que não envie o documento comprovativo da qualidade de microentidade fica automaticamente impedido de beneficiar da referida circunstância, mesmo que não seja advertido pelo senhorio, quer da necessidade de juntar os documentos comprovativos, quer das consequências da sua não junção”).

⁹ Cf. o ac. 652/2017 (julga “inconstitucional a norma contida no artigo 531.º do Código de Processo Civil, na interpretação segundo a qual a decisão constante de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, proferido pela formação prevista no artigo 672.º, n.º 3, do Código de Processo Civil, que condene uma parte em taxa sancionatória excepcional não tem de ser precedida da audição da parte interessada.”). A respeito da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cf. o modelar *guia* oficialmente realizado: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, *Guide sur l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme — Droit à un procès équitable (volet civil)*, s.l., doc. elect., 2022 (atualizado à data de 31/08), disponível em <https://ks.echr.coe.in/>.

¹⁰ Cf. no âmbito das custas processuais, o ac. 280/2017 e os ac. 853/2014 e 661/2019.

¹¹ Cf., a respeito do *elenco de títulos executivos*, o ac. 417/15 (declara “com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que aplica o artigo 703.º do CPC,

Por fim, igualmente o parâmetro geral do princípio da proporcionalidade habilita-se a ser devidamente mobilizado como critério para sindicar normas jurídico-processuais excessivamente oneradoras dos particulares ¹², assim como o princípio da igualdade ¹³.

Pese embora a não pouca indeterminação de cada uma destas previsões, mas também em virtude dela, o texto constitucional pode ser mobilizado como meio para suscitar a desaplicação de normas jurídico-processuais que, de outro modo, o prático estaria forçado a observar.

2.3. O juiz comum e a constituição

A interferência do Direito Constitucional no Direito a aplicar no processo — seja ele o Direito relativo às normas jurídico-processuais, seja ele o Direito relativo às normas substantivas — deve ser officiosamente conhecida, e dela extraída as devidas conclusões, pelo próprio julgador. Nos termos gerais da lei de processo, o juiz não está sujeito

aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, a documentos particulares emitidos em data anterior à sua entrada em vigor, então exequíveis por força do artigo 46.º, n.º 1, alínea *c*), do Código de Processo Civil de 1961, constante dos artigos 703.º do Código de Processo Civil, e 6.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, por violação do princípio da protecção da confiança — artigo 2.º da Constituição.”).

No âmbito da *insolvência*, pode considerar-se o ac. 70/2021 (declara a “inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma resultante das disposições conjugadas do artigo 15.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, e do n.º 1 do artigo 678.º do Código de Processo Civil, na numeração anterior à vigência da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho — ou, em alternativa, do n.º 1 do artigo 629.º do Código de Processo Civil, na numeração resultante da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho — interpretados no sentido de que, no recurso de decisões proferidas no incidente de exoneração do passivo restante em processo de insolvência, o valor da causa para efeitos de relação com a alçada do tribunal de que se recorre é determinado pelo activo do devedor, por violação do princípio da igualdade consagrado no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição”).

¹² Cf. os ac. citados na nota 5.

¹³ Cf. o ac. 670/2019 (julga “inconstitucional, por violação do artigo 13.º da Constituição, a norma artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 287/93, de 28 de Agosto, segundo a qual se revestem de força executiva os documentos que, titulando acto ou contrato realizado pela B., S.A., prevejam a existência de uma obrigação de que essa entidade bancária seja credora e estejam assinados pelo devedor, sem necessidade de outras formalidades”).

às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de Direito” (artigo 3.º, n.º 3 CPC). É o princípio *iura novit curia*: dos direitos conhece o próprio Tribunal.

Ora, dentro dos poderes de aplicação do Direito ao litígio submetido à respectiva apreciação enquadra-se, justamente, a sindicância da conformidade dos regimes jurídicos mobilizados com as exigências do texto constitucional. Estatui por isso o artigo 204.º CRP:

“Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

Da indagação, interpretação e aplicação de normas constitucionais pode resultar, por conseguinte, a *desaplicação* de normas jurídicas que, não fossem aquelas primeiras, seriam mobilizadas para o julgamento ¹⁴.

3. DECORRÊNCIAS PROCESSUAIS: O RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

É da mobilização de uma norma constitucional — constitucionalidade e inconstitucionalidade, escreve Jorge Miranda, são conceitos de relação ¹⁵ — que se abre o canal de comunicação entre a jurisdição dos tribunais comuns (o mesmo se poderia dizer a respeito de qualquer outra jurisdição) e o Tribunal Constitucional. Canal de comunicação este (suscitação da questão da inconstitucionalidade no âmbito de processo tramitado noutra ordem jurisdicional) que constitui, igualmente, o meio normal de acesso ao Tribunal Constitucional, atenta a inexistência de um recurso de “amparo” ou queixa constitucional ¹⁶. Também em alternativa

¹⁴ Por isso observa JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, VI, *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, 4.ª ed., Coimbra, 2013, p. 71 (n.º 17.I), envolver a fiscalização concreta três poderes: “o de determinar a norma aplicável ao caso, o de apreciar a sua conformidade com a Constituição, e, como consequência, o de não a aplicar quando desconforme.” Para a caracterização do modo como se dá o conhecimento da inconstitucionalidade pelos tribunais em geral, cf. pp. 244-247 (nn.º 60-61).

¹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 7-8 (n.º 1).

¹⁶ Para a respectiva ponderação (com resposta negativa à questão da conveniência da sua previsão), cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 288-295 (n.º 75); RUI

a um sistema de reenvio prejudicial, o tribunal comum conhece e decide plenamente da questão constitucional, mas com possibilidade de ulterior recurso para o Tribunal Constitucional ¹⁷.

O sistema português é, portanto, um sistema misto de fiscalização concreta da constitucionalidade: *difuso*, na medida em que todos os tribunais são órgãos de fiscalização de constitucionalidade; mas também *concentrado* em sede de fiscalização última, na medida em que o Tribunal Constitucional é tribunal último em questões de constitucionalidade, cabendo-lhe conhecer dos recursos para ele interpostos de decisões de aplicação ou desaplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade, proferidas pelos restantes tribunais das diferentes ordens ou espécies ¹⁸.

Conhecida por um tribunal diferente do Tribunal Constitucional uma questão de fiscalização da constitucionalidade — seja por sua própria iniciativa, seja mediante provocação das partes —, pode facultar-se, dentro dos termos consentidos pela Constituição (artigo 280.º CRP) e pela Lei do Tribunal Constitucional (artigo 69.º a 85.º), o recurso para o Tribunal Constitucional. Por ele se efectiva a comunicação entre diferentes ordens jurisdicionais.

É a este *recurso*, submetido ao seu regime próprio — regime que é realmente de “Direito Processual Constitucional” ¹⁹ —, que passaremos a considerar mais de perto.

MEDEIROS, “Artigo 280.º”, in *Constituição Portuguesa Anotada*, III, 2.ª ed., Lisboa, 2020, pp. 654-655, 659-660.

¹⁷ RUI MEDEIROS, “Artigo 280.º”, p. 653 (I.II). Como nota JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2.ª ed., Coimbra, 1992, p. 48, está-se face de um verdadeiro e próprio recurso judicial, o qual é naturalmente objecto de disciplina processual correspondente.

¹⁸ JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 240-243 (n.º 59), JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 982-1004; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4.ª ed., Coimbra, 2010, p. 940 (280.ºII): sistema difuso, incidental, oficioso e concreto.

¹⁹ Para esta noção, JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, p. 64 (n.º 15). Para a relação entre o Direito Substantivo e Processual, podem confrontar-se os apontamentos constantes de TIAGO AZEVEDO RAMALHO, “Da relação entre o Direito material e o Direito processual: notas sobre a natureza dita pública do Processo Civil”, in *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público. Direito Público e Direitos*

3.1. Interposição do recurso para o Tribunal Constitucional

a. Fundamento e âmbito do recurso

É admissível o recurso para o Tribunal Constitucional nos casos previstos no artigo 280.º CRP e no artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional (doravante: “LTC”), normas que circunscrevem a tipologia dos diferentes recursos de fiscalização da constitucionalidade (e da legalidade, nos casos em que esta se situação no âmbito da competência do Tribunal Constitucional — por comodidade de discurso, falar-se-á doravante, *pars pro toto*, apenas em inconstitucionalidade ²⁰). Transcrevem-se os números 1 e 2 do artigo 280.º CRP, colocando-se, entre parênteses rectos, os paralelos constantes do número 1 do artigo 70.º LTC:

“1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade [artigo 70.º, n.º 1, al. a) LTC];
- b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [artigo 70.º, n.º 1, al. b) LTC].

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado [artigo 70.º, n.º 1, al. c) LTC];
- b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação

Públicos: Pontes, Diálogos e Encruzilhadas. 26 e 27 de Janeiro 2018, Faculdade de Direito da Universidade do Porto/Reitoria da Universidade do Porto, doc. electrónico, pp. 93-112, disponível na página da referida Faculdade.

²⁰ Para a tematização conceptual da diferença entre *inconstitucionalidade* e *ilegalidade*, cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 22-30 (n.º 4).

- do estatuto da região autónoma [artigo 70.º, n.º 1, al. *d*), 1.ª parte LTC];
- c*) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma [artigo 70.º, n.º 1, al. *e*) LTC];
- d*) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas *a*), *b*) e *c*) [artigo 70.º, n.º 1, al. *f*) LTC].”²¹

Aos fundamentos previstos nestes nn.º 1 e 2 do artigo 280.º CRP, acrescenta a LTC a recusa de aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei geral da República (artigo 70.º, n.º 1, al. *d*), 2.ª parte LTC), a aplicação de norma já julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio

²¹ Os restantes números têm o seguinte teor:

“3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea *a*) do n.º 1 e na alínea *a*) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.

4. Os recursos previstos na alínea *b*) do n.º 1 e na alínea *d*) do n.º 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.” Cf., a respeito do artigo 280.º, RUI MEDEIROS, “Artigo 280.º”, pp. 649-699, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, II, pp. 936-960 (artigo 280.º). Para a tramitação processual do recurso, cf. especialmente LOPES DO REGO, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 2010, onde amplamente se desenvolvem os mais diferentes aspectos do regime do recurso de constitucionalidade que aqui nos limitámos a brevemente glosar, e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, *O Direito do Contencioso Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, pp. 595 e ss. Para uma visão sinóptica do processo de fiscalização concreta, pode consultar-se JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, 3.ª ed., Lisboa, 2018, pp. 287-293”.

Tribunal Constitucional (artigo 70.º, n.º 1, al. g) LTC, mas que corresponde ao n.º 5 do artigo 280.º CRP), a recusa de aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na contrariedade com uma convenção internacional (artigo 70.º, n.º 1, al. i), 1.ª parte) e a sua aplicação em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional (artigo 70.º, n.º 1, al. i), 2.ª parte).

Assinala-se, portanto, a possibilidade de o recurso incidir sobre decisões positivas de inconstitucionalidade, no pressuposto de o tribunal *a quo* ter recusado aplicar certa norma com fundamento na sua contrariedade directa com a Constituição, e sobre decisões negativas de inconstitucionalidade, quando o tribunal *a quo* tenha aplicado norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade havia sido adequadamente suscitada, durante o processo, pelo próprio recorrente²². É claro que o recurso apenas se constitui na medida em que a aplicação ou desaplicação da norma a que respeita o recurso para o Tribunal Constitucional tenha sido determinante da decisão do Tribunal *a quo*, e não simples *obiter dictum*.

De qualquer forma, para que o recurso para o Tribunal Constitucional seja admitido impõe-se que a questão da potencial inconstitucionalidade já tenha sido previamente suscitada: seja por iniciativa das partes, seja por iniciativa oficiosa do Tribunal (artigos 5.º, n.º 3 CPC e 204.º CRP).

Breve apontamento merece a suscitação da inconstitucionalidade pelas partes durante o processo. Tal não implica necessariamente que as partes a levantem logo no início do processo (nos seus articulados próprios, que serão, para autor e réu, respectivamente a petição inicial e a contestação), bastando que confrontem explicitamente o tribunal a quem caiba a prolação da decisão sobre a matéria litigiosa de que se pretenderá posterior e potencialmente recorrer (sendo lícito, portanto, suscitar tal questão, pela primeira vez, nas alegações ou contra-alegações produzidas em recurso interposto para o Supremo Tribunal de Justiça, e por ele apreciado, não devendo tal matéria ser considerada “questão nova” que ao Supremo fosse vedado apreciar, por não suscitada nem precedentemente apreciada pelas instâncias). Deve, porém, entender-se que incidentes pós-decisórios (por

²² LOPES DO REGO, *Recursos*, p. 16.

ex., pedido de esclarecimento, de reforma ou arguição de nulidade da decisão, previstos nos artigos 614.º a 617.º CPC) não são, a título de regra, apropriados para suscitar, pela primeira vez, uma questão de constitucionalidade de normas aplicadas pelo julgador (a menos, claro, que se questione a constitucionalidade das próprias normas — processuais — que o juiz civil deve aplicar para decidir estes incidentes)²³. Da mesma forma — e por maioria de razão — não será por via de regra idóneo suscitar tal questão de inconstitucionalidade apenas no âmbito do próprio recurso de constitucionalidade²⁴. A suscitação deve ser processualmente adequada²⁵, manifestada de forma expressa, directa, clara e perceptível, em acto processual e segundo os requisitos de forma que — conforme as regras que regem a tramitação do processo-base — criam para o tribunal *a quo* um dever de pronúncia sobre a matéria a que tal questão se reporta²⁶.

São requisitos gerais deste recurso: (*a'*) reportar-se à impugnação de uma decisão de natureza jurisdicional, proferida por outro tribunal; (*b'*) ter necessariamente objecto *normativo*, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas, de relevo para dirimir o litígio submetido a apreciação (cf. os artigos 280.º, n.º 6 CRP. 71.º, n.º 1; e 79.º-C LTC)²⁷. Com efeito, a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade

²³ No caso de decisão-surpresa em que a dita surpresa esteja na aplicação de uma norma que o tribunal julgou inconstitucional sem que as partes hajam tido oportunidade de se pronunciar sobre a respectiva oportunidade, em clara violação do princípio do contraditório (artigo 3.º, 3 CPC), sempre seria de admitir o recurso para o Tribunal Constitucional mesmo que a questão da inconstitucionalidade não haja sido suscitada antes do acto decisório: cf. JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, pp. 253-254 (n.º 63. II), com referências; cf. tb. RUI MEDEIROS, “Artigo 280.º”, p. 676. Mas sempre se note que nestas hipóteses a parte sempre pode suscitar a nulidade da *sentença* (CASTRO MENDES/MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Manual de Processo Civil*, I, Lisboa, 2022, p. 102) e, ao infirmar o respectivo valor jurídicos e subsequentes efeitos, abrir espaço a que se possa pronunciar *após a sentença nula*, mas *antes da sentença válida* que venha a ser proferida em seu lugar. A suscitação da inconstitucionalidade pode assim ter lugar *antes* da sentença (a ser validamente proferida).

²⁴ *Maxime* no respectivo requerimento de interposição ou no que o completa ou corrige, apresentado ao abrigo do despacho de aperfeiçoamento proferido pelo juiz ou relator, nos termos do artigo 75.º-A, ou na reclamação que haja sido, porventura, deduzida com fundamento na rejeição do tal recurso interposto.

²⁵ LOPES DO REGO, *Recursos*, pp. 90 ss.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ LOPES DO REGO, *Recursos*, pp. 17 ss.

da competência do Tribunal Constitucional incide necessariamente sobre normas (ou interpretações normativas), e não sobre decisões. Por fim, (c') o recurso tem sempre natureza instrumental, devendo a solução da questão de inconstitucionalidade normativa, submetida à apreciação do Tribunal Constitucional, poder repercutir-se, de forma útil e efectiva, na decisão a proferir pelo tribunal recorrido acerca do caso concreto ²⁸.

b. Constituição do direito ao recurso

De acordo com o fundamento mobilizado, será diferente o momento da constituição do direito ao recurso.

Tratando-se de recusa de aplicação de uma norma com fundamento em inconstitucionalidade (artigo 70.º, n.º 1, al. a) LTC) ou de aplicação de uma norma já julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (artigo 70.º, n.º 1, al. g) LTC), pode recorrer-se imediatamente para o Tribunal Constitucional, ainda que a decisão seja susceptível de recurso ordinário. A interposição de recurso para o Tribunal Constitucional interrompe o prazo para a interposição de recurso de apelação ou de revista (artigo 75.º, n.º 1 LTC), os quais só podem, então, ser interpostos depois de cessada a interrupção (artigo 80.º, n.º 4 LTC). Mas nada obsta a que primeiramente se interponha recurso ordinário e só posteriormente se recorra para o Tribunal Constitucional (art. 70.º, n.º 6 LTC).

Tratando-se de outro fundamento de recurso para o Tribunal Constitucional (artigo 70.º, n.º 1, al. b) a f)), o direito ao recurso para o Tribunal Constitucional apenas se constitui depois de prévio esgotamento dos recursos ordinários *in casu* admissíveis — havendo de se entender por recurso ordinário qualquer meio ordinário de impugnação, incluindo as reclamações para presidentes de tribunais superiores ou de despachos de juízes relatores para a conferência (artigo 70.º, n.º 3 LTC). Isto sem prejuízo de se considerarem esgotados tais meios impugnatórios ordinários quando o recorrente a eles tiver renunciado (expressa ou tacitamente, deixando de os interpor no prazo legal) ou quando não puderem ter seguimento por razões

²⁸ LOPES DO REGO, *Recursos*, pp. 52 ss.

de ordem processual (cf. o artigo 70.º, n.º 4 LTC e o artigo 632.º CPC). Não há, pois, um *onus* de interpor prévio recurso: a não interposição de recurso ordinário não preclui o posterior recurso para o Tribunal Constitucional.

c. Legitimidade para a interposição do recurso

É desde logo conferida legitimidade para interpor recurso para o Tribunal Constitucional ao Ministério Público (artigo 72.º, n.º 1, al. *a*) LTC, que é mesmo de interposição obrigatória nos casos previstos no n.º 3 do artigo 72.º²⁹). Interposto o recurso pelo Ministério Público, aproveita a todos os que tenham legitimidade para recorrer (artigo 74.º, n.º 1 LTC).

Podem igualmente interpor recurso aqueles que, nos termos da lei geral de processo, tenham legitimidade para o fazer (artigo 72.º, n.º 1, al. *b*) LTC). Do ponto de vista processual civil, é a legitimidade do recurso fixada, em termos gerais, pelo n.º 1 do artigo 631.º CPC: podem fazê-lo aqueles que tenham ficado vencidos na causa³⁰. Mas a esta regra geral de legitimidade acresce a restrição do n.º 2 do artigo 72.º LTC: quando o recurso tenha por fundamentos a aplicação de norma cuja inconstitucionalidade (artigo 70.º, n.º 1, al. *b*) ou ilegalidade (artigo 70.º, n.º 1, al. *g*) tenha sido *suscitada* no processo, apenas a parte que o tenha feito tem legitimidade para a respectiva interposição.

A extensão do recurso depende do respectivo fundamento: nos casos das alíneas *b*) e *f*) do n.º 1 do artigo 70.º, o recurso aproveita aos demais interessados “nos termos e limites estabelecidos na lei reguladora do processo em que a decisão tiver sido proferida” (art. 74.º, n.º 3). Tratando-se de recurso em âmbito processual civil, são tais

²⁹ “O recurso é obrigatório para o Ministério Público quando a norma cuja aplicação haja sido recusada, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, conste de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar, ou quando se verificarem os casos previstos nas alíneas *g*), *h*) e *i*) do n.º 1 do artigo 70.º, salvo o disposto no número seguinte.”

³⁰ Cf. igualmente o n.º 2 desta última disposição: “Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, os recursos só podem ser interpostos por quem, sendo parte principal na causa, tenha ficado vencido.”

termos definidos pelas alíneas *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 634.º CPC ³¹. Vigorará, assim, um regime diverso consoante a situação de pluralidade verificada corresponda um litisconsórcio necessário, caso em que se aplica o princípio da realidade (artigo 634.º, n.º 1 CPC), aproveitando o recurso às demais partes, ou um litisconsórcio voluntário, caso em que apenas se aplica este princípio, e não o da personalidade, quando exista uma conexão de interesses, nos termos e para os efeitos das alíneas *b*) e *c*) do n.º 2 do artigo 634.º CPC ³².

Tendo o recurso por base um outro fundamento, aproveita aos demais interessados (artigo 74.º, n.º 2 LTC).

d. Prazo e modo de interposição do recurso

O recurso para o Tribunal Constitucional é interposto no prazo de 10 dias (artigo 75.º, n.º 1), sujeito à regra da contagem contínua (artigo 138.º CPC *ex vi* artigo 69.º LTC). Tal prazo inicia-se com a notificação da decisão recorrida (artigo 638.º, n.º 1 CPC *ex vi* artigo 69.º LTC). Assinala-se, porém, não vigorar em âmbito constitucional o regime de inclusão da alegação no requerimento de recurso (alegações que serão antes produzidas no Tribunal Constitucional: artigo 79.º, n.º 1 LTC) ³³. O direito ao recurso para o Tribunal Constitucional é irrenunciável (artigo 73.º LTC).

O recurso para o Tribunal Constitucional interpõe-se por meio de requerimento dirigido ao tribunal *a quo*, no qual se indique a alínea do artigo 70.º, n.º 1 ao abrigo do qual o recurso é interposto, bem como a norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade se pretende que o Tribunal Constitucional aprecie (artigo 75.º-A, n.º 1 LTC) ³⁴. Tendo

³¹ Excluimos a norma da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 634.º CPC porque o n.º 4 do artigo 74.º LTC exclui a possibilidade de adesão no recurso para o Tribunal Constitucional.

³² Sobre a norma do artigo 634.º CPC, pode ver-se, entre outros, RUI PINTO, *Manual do Recurso Civil*, vol. I, Lisboa, 2020, pp. 253 ss.

³³ Outra é a regra processual civil: cf. o n.º 2 do artigo 637.º CPC.

³⁴ De notar que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, esta indicação define irremediavelmente o tipo de recurso interposto, não se admitindo qualquer alteração subsequente. Criticando esta solução, pode ver-se LOPES DO REGO, *Recursos*, pp. 206-207.

por fundamento as alíneas *b)* e *f)* do n.º 1 do artigo 70.º, do requerimento deve ainda constar a indicação da norma ou princípio constitucional ou legal que se considera violado, bem como a peça processual em que o recorrente suscitou a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade (art. 75.º-A, n.º 2 LTC) ³⁵.

Nos termos do artigo 76.º, n.º 1 LTC, compete ao tribunal que tiver proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do respectivo recurso, devendo o mesmo ser indeferido nos casos previstos no respectivo n.º 2 ³⁶. Tal como acontece em processo civil, a decisão que admita o recurso ou lhe determine o efeito não vincula o Tribunal Constitucional, e as partes só podem impugná-la nas suas alegações (cf. artigo 76.º, n.º 3 LTC). Do despacho que indefira o requerimento de interposição de recurso ou retenha a sua subida cabe reclamação para o Tribunal Constitucional (artigo 76.º, n.º 4 LTC; para o regime da reclamação, cf. o artigo 77.º LTC).

O regime de subida do recurso de constitucionalidade é traçado pelo artigo 78.º LTC, que passamos a considerar.

Vale, a título residual, o disposto no artigo 78.º, n.º 4: o recurso tem efeito suspensivo e sob nos próprios autos (sem prejuízo de o Tribunal, oficiosamente e a título excepcional, pode fixar-lhe efeito meramente devolutivo, quando não afecte a utilidade do efeito a produzir: cf. o respectivo n.º 5).

Mas os nn.º 1 a 3 deste preceito estabelecem excepções ao regime-regra constante do n.º 4. Em primeiro lugar, resulta do n.º 1 do

³⁵ No caso de o requerimento de interposição de recurso não indicar algum dos elementos previstos no artigo 75.º-A, o juiz convidará o requerente a prestar essa indicação no prazo de 10 dias (artigo 75.º-A, n.º 5 LTC), sendo esta regra aplicável ao relator no Tribunal Constitucional, quando o juiz ou o relator que admitiu o recurso de constitucionalidade não tiver feito aquele convite (cf. n.º 6 da mesma norma). Nos termos do n.º 7, do artigo 75.º-A LTC, se o requerente não responder ao convite efectuado pelo relator no Tribunal Constitucional, o recurso é logo julgado deserto.

³⁶ “O requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional deve ser indeferido quando não satisfaça os requisitos do artigo 75.º-A, mesmo após o suprimento previsto no seu n.º 5, quando a decisão o não admita, quando o recurso haja sido interposto fora do prazo, quando o requerente careça de legitimidade ou ainda, no caso dos recursos previstos nas alíneas *b)* e *f)* do n.º 1 do artigo 70.º, quando forem manifestamente infundados”.

artigo 78.º LTC que o recurso de constitucionalidade interposto de decisão proferida por tribunal de primeira instância ou da Relação, irrecurável por força das regras que condicionam a admissibilidade do recurso em função do valor da causa, em articulação com as alçadas (artigo 629.º, n.º 1 CPC e 44.º, n.º 1 LOSJ), terá os efeitos e o regime de subida do recurso ordinário (apelação ou revista) que, no caso, caberia, se o valor ou a alçada tornassem o recurso possível (cf., quanto aos efeitos e regime de subida daqueles recursos, respectivamente, artigos 645.º e 647.º, e os artigos 675.º e 676.º CPC) — donde a regra, em âmbito cível, do efeito meramente devolutivo.

Por sua vez, prevê o artigo 78.º, n.º 2 LTC que o recurso interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto, tem os efeitos e o regime de subida deste recurso (cf. mesmas normas do CPC, anteriormente assinaladas).

Esta exceção deve ser articulada com o ónus de esgotamento dos recursos ordinários possíveis, previsto no n.º 4 do artigo 70.º LTC, quanto aos recursos previstos nas alíneas *b)* e *f)* do n.º 1 do artigo 70.º LTC. Como antes vimos, esta regra não implica a efectiva utilização pelo recorrente, previamente à interposição do recurso de constitucionalidade, de todos os meios impugnatórios existentes no ordenamento processual em causa (na verdade, consideram-se esgotados tais meios impugnatórios ordinários quando o recorrente a eles tiver renunciado — expressa ou tacitamente, deixando de os interpor no prazo legal — ou quando não puderem ter seguimento por razões de ordem processual). Ora, neste caso, interposto recurso de fiscalização concreta, o seu efeito e regime de subida serão os que caberiam ao recurso ordinário que a parte, com a sua actuação processual, deixou precluir.

Por último, prevê o n.º 3 do artigo 78.º LTC que, no caso de recurso interposto de decisão proferida já em fase de recurso, o mesmo mantém os efeitos e o regime de subida do recurso anterior, salvo no caso de ser aplicável o disposto no n.º 2 deste artigo 78.º. Ou seja, nesta hipótese deve distinguir-se os casos em que ocorreu uma preclusão dos recursos ordinários possíveis (a parte podia ter interposto recurso de revista da decisão proferida pelo Tribunal da Relação, mas deixou precluir esta possibilidade — o recurso para o Tribunal Constitucional seguirá o regime que o CPC atribui ao recurso que a parte podia ter interposto para o Supremo Tribunal de Justiça, mas que deixou precluir), daqueles em

que esta situação não se verifica, não sendo admissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão da Relação (caso em que o recurso para o Tribunal Constitucional terá o efeito e o regime de subida que haviam sido atribuídos à apelação).

e. Outros aspectos relativos ao regime do recurso

O recurso fica, nos termos gerais, sujeito ao regime da apelação (artigo 69.º LTC). Não se admite, em todo o caso, recurso subordinado ou adesão ao recurso para o Tribunal Constitucional (artigo 74.º, n.º 4 LTC). Ao inviabilizar as figuras do recurso subordinado e da adesão ao recurso para o Tribunal Constitucional, esta norma torna, assim, inaplicáveis a este recurso as normas dos artigos 633.º (na parte em que contempla o recurso subordinado), da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 634.º e do n.º 4 do mesmo artigo do CPC. Daqui resulta que, se ambas as partes tiverem ficado vencidas face ao julgamento da questão da constitucionalidade feito no tribunal *a quo*, ambas terão o ónus de interpor recursos independentes para o Tribunal Constitucional.

Finalmente, aponta-se que o recurso para o Tribunal Constitucional está sujeito a patrocínio judiciário obrigatório por advogado (artigo 83.º LTC)³⁷ e admite apoio judiciário (artigo 85.º LTC).

3.2. Julgamento do recurso. Apontamento sobre os poderes de cognição do Tribunal Constitucional

Ultrapassa o âmbito do presente estudo a tramitação do próprio julgamento de recurso junto do Tribunal Constitucional (artigos 78.º-A a 79.º-D). Um breve apontamento será feito somente a respeito dos poderes de cognição do próprio Tribunal Constitucional dado o seu relevo para a compreensão dos efeitos da decisão.

³⁷ Uma vez que não há restrições quanto a litigar junto do Supremo Tribunal de Justiça (diferentemente do que vigora, por ex., no Direito alemão, em que apenas um restrito número de mandatários pode patrocinar causas junto do *Bundesgerichtshof*), a norma do artigo 83.º, 2 LTC (“Só pode advogar perante o Tribunal Constitucional quem o puder fazer junto do Supremo Tribunal de Justiça”) não restringe o disposto no respectivo n.º 1.

É matéria regida pelo artigo 79.º-C:

“O Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação, mas pode fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada.”

Estão eles delimitados, portanto, em função da competência que constitucionalmente lhe é conferida para apreciar e julgar questões de constitucionalidade (ou de legalidade qualificada) de normas, situando-se obviamente fora do âmbito do recurso de fiscalização concreta a apreciação ou resolução de quaisquer outras questões, substantivas ou adjetivas, atinentes ao processo-base em que se enxerta o recurso de fiscalização concreta, ou nele suscitadas ³⁸. Daqui decorre que não compete ao Tribunal Constitucional sindicar a aplicação do direito infraconstitucional em si mesma — quer na vertente da determinação das normas aplicáveis ao caso, quer da respectiva interpretação ou fixação de sentido, segundo os cânones interpretativos estabelecidos na lei ordinária, quer no que respeita à qualificação jurídica que conduziu à subsunção dos factos a certo tipo ou previsão legal —, tomada como um dado insusceptível de controlo pelo Tribunal Constitucional em tudo aquilo que se configure como independente ou autónomo da questão de inconstitucionalidade normativa que constitui objecto do recurso ³⁹.

Mas não está o Tribunal Constitucional, na apreciação do objecto do recurso, limitado pela qualificação jurídica do vício imputado à norma (podendo convolar de uma inconstitucionalidade para uma ilegalidade, e vice-versa) nem pelo concreto fundamento jurídico-constitucional invocado pelas partes ou pelo juiz *a quo* — podendo perfeitamente apreciar a constitucionalidade (ou a legalidade) da norma que integra o objeto do recurso em função de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada ⁴⁰.

³⁸ Seguimos LOPES DO REGO, *Recursos*, pp. 271 ss.

³⁹ LOPES DO REGO, *Os Recursos*, 276-277.

⁴⁰ *Ibidem*.

Daqui decorre que o Tribunal Constitucional não está limitado nem pelo tipo de inconstitucionalidade invocada, podendo naturalmente convolar, por ex., de uma alegada (e insubsistente) inconstitucionalidade material para uma inconstitucionalidade orgânica ou formal da norma que constitui objecto do recurso, ou vice-versa ⁴¹.

3.3. Consequências da decisão do recurso

Já quanto aos efeitos da decisão, resulta do n.º 1 do artigo 80.º LTC que a decisão do recurso faz caso julgado (no âmbito da fiscalização concreta: caso julgado *formal* ⁴²) no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada.

Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade (n.º 2). Já no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (n.º 3).

Assinala-se que, se tiver sido concedido provimento ao recurso com base num juízo de não inconstitucionalidade das normas que o juiz *a quo* havia recusado aplicar, com fundamento na sua colisão com a Lei Fundamental, tal juízo de não inconstitucionalidade apenas obsta a que se persista na não aplicação da norma com esse específico fundamento — nada impedindo, em princípio, que o julgador, ao reformar a decisão, não aplique tal norma ou normas por razões situadas exclusivamente no plano do direito infra-constitucional (*v. g.*, por considerar que as mesmas,

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Embora, como observa JORGE MIRANDA, *Manual*, VI, p. 241 (n.º 59.II), caso posterior decisão contrarie norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional se abra recurso para o Tribunal Constitucional (280.º, 5 CRP e 70.º, 1, g) LTC, e o triplo julgamento de inconstitucionalidade ou ilegalidade possa permitir a abertura de processo de fiscalização abstracta (281.º, 3 CRP). Cf. tb. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, II, p. 959 (artigo 280.ºXXX)

entretanto, foram derrogadas ou que, afinal, a matéria de facto apurada não preenche integralmente a previsão normativa em causa).

Nos termos do n.º 4 do artigo 80.º LTC, transitada em julgado a decisão que não admita o recurso ou lhe negue provimento, transita também a decisão recorrida, se estiverem esgotados os recursos ordinários, ou começam a correr os prazos para estes recursos, no caso contrário ⁴³.

⁴³ De acordo com o n.º 5 do artigo 80.º LTC, o disposto nos números anteriores é aplicável, com as necessárias adaptações, à decisão do recurso previsto na al. i) do n.º 1 do artigo 70.º LTC.

FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE E CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO UM CAMINHO CONTÍNUO COM DIFERENTES FASES

*Assessment of concrete constitutionality and tax litigation
— A continuous path with different moments*

Diogo Feio *

Resumo: É no plano da fiscalização concreta da constitucionalidade que o Tribunal Constitucional se tem, por várias vezes, debruçado sobre a constitucionalidade, ou não, das mais variadas normas do Direito Fiscal nacional. Durante estes anos têm sido inúmeros os acórdãos proferidos, diversos os tributos sob análise, e distintos os princípios concretizados. Os grandes temas em discussão foram variando conforme o momento legislativo. Hoje, acompanhando as mais recentes opções legislativas tem assumido maior relevância o tema das contribuições financeiras e a sua constitucionalidade. Também aqui, e hoje com o advento da arbitragem tributária, de uma forma bastante acelerada, o Tribunal Constitucional tem construído uma linha de decisões que é perceptível apesar de alguns desafios que se colocam e da possibilidade alteração de uma linha mais conservadora, por uma outra mais aberta à discussão material quanto à aplicação dos princípios da Constituição Fiscal.

Palavras-chave: Fiscalização, constitucionalidade, tributos, contribuições, princípios.

Abstract: *It is at the level of its power of assessment of concrete constitutionality that the Constitutional Court has, on several occasions, examined the constitutionality, or not, of the most varied provisions of national tax law. During these years there have been several judgments, several taxes under analysis, and different principles have*

* Professor Auxiliar na Academia Militar — IUM, Professor Auxiliar da Academia Militar — IUM.

Investigador no CIJ — FDUP, Investigador colaborador no CEDIS — Centro de I & D sobre Direito e Sociedade e membro da coordenação do NOVA Tax Research Lab feio.dngt@exercito.pt

applied. The major topics under discussion varied according to the legislative moment. Today, following the most recent legislative options, the subject of financial contributions and their constitutionality has increased relevance. Also, today, with the advent of tax arbitration, in a very accelerated way, the Constitutional Court has built a line of decisions that is noticeable despite some challenges that arise and the possibility of changing a more conservative approach, by another, more opened to material discussion regarding the application of the principles of the Fiscal Constitution.

Keywords: Supervision, constitutionality, taxes, contributions, principles

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise de acórdãos do Tribunal Constitucional relativos a fiscalização concreta da constitucionalidade de normas tributárias; 2.1. Visão genérica sobre os princípios da constituição tributária em diversos impostos; 2.2. O caso especial das contribuições financeiras; 2.3. Acórdão 101/2023 de 16 de março: uma mudança de paradigma? 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO ¹

O contencioso tributário tem um conjunto de características específicas que importa considerar para melhor compreender qual o espaço ocupado pela questão específica da constitucionalidade das normas ².

O primeiro aspeto a salientar passa pelo facto de ser essencialmente um contencioso de ato, mais precisamente da liquidação ³. Deste modo, a tipologia contenciosa, princípios a aplicar e relacionamento

¹ O trabalho que se apresenta surge na sequência do convite para lecionar um módulo no curso breve A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade organizado na Faculdade de Direito do Porto. Cumprimento e felicito a comissão organizadora composta pelas Prof.as Luísa Neto e Anabela Leão e pelas Sras. Dras. Inês Neves e Ana Rita Babo Pinto. O texto teve origem em conversas com o Daniel Lopes, investigador no CEDIS, NOVA Tax Lax Lab a quem agradeço de forma sentida. Os deméritos que vão encontrar pela frente apenas ao seu autor se devem.

² A relação entre Direito Constitucional e Direito Fiscal é muito bem desenvolvida por FILIPE DE VASCONCELOS FERNANDES, *Direito Constitucional, Introdução e Princípios Fundamentais*, AAFDL Editora, Lisboa, 2020, pp 25-34. O autor salienta que “...já existe uma considerável base doutrinal relativa às diferentes temáticas que interligam o Direito Fiscal e o Direito Constitucional, realidade que, de alguma forma, está intimamente ligada ao próprio surgimento do moderno Direito Fiscal”.

³ Essa referência começa por partir do modo como se entende, de forma clássica, o procedimento tributário. Esta base é descrita por JÓNATAS MACHADO, PAULO

entre as partes processuais está dominado pela ideia de impugnação de uma determinada liquidação ⁴. Por outro lado, e como já se pode intuir das palavras anteriores o contencioso tributário é na sua essência dominado pela ideia de tentativa, por parte do sujeito passivo, de anulação de uma liquidação que vai implicar a natural existência de um impulso processual inicial por parte do sujeito obrigado a cumprir a obrigação de pagamento do imposto perante o sujeito ativo.

Assente este elemento, convém notar que existem diferentes formas de liquidação: esta pode ser uma hétéro liquidação, determinada pela Administração, ou uma auto liquidação, feita pelo próprio sujeito passivo. Apesar desta diferença o que acaba por ser marcante na vertente de contencioso é a existência de uma estrutura dual em que tantas vezes se confrontam as visões do sujeito passivo da relação tributária material, que na relação processual é o sujeito ativo, e o sujeito ativo da relação tributária material, que na adjectiva é sujeito passivo.

Por outras palavras, o contencioso tributário é, fundamentalmente, aquele em que o sujeito obrigado a cumprir a prestação tributária de pagamento do imposto põe em causa o montante que tenha sido determinado, muitas vezes através de uma liquidação adicional. Por aqui se percebe que naturalmente ocupa um lugar central a maior ou menor limitação do seu direito à propriedade face à obrigação normativamente determinada de proceder ao pagamento das liquidações.

Para que os leitores menos familiarizados com esta temática tributária, convém concretizar um pouco o que poderá estar em causa. Usualmente, o sujeito passivo põe em causa o montante que é obrigado a pagar seja como imposto, taxa ou contribuição financeira.

NOGUEIRA DA COSTA, *Manual de Direito Fiscal — Perpetiva Multinível*, 3.^a edição, Almedina, 2019, p. 507.

⁴ Nesse sentido, *vide* o artigo 95.º da Lei Geral Tributária — LGT — que na primeira referência que faz ao acesso à justiça tributária salienta que “1 — O interessado tem o direito de impugnar ou recorrer de todo o ato lesivo dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, segundo as formas prescritas na lei”. De forma complementar, no artigo 101.º da mesma LGT, na enumeração dos meios processuais tributários aparece de modo cimeiro, mais precisamente na sua alínea *a*), a impugnação judicial. Apenas depois aparece a ação para reconhecimento de direito ou interesse legítimo em matéria tributária ou outros meios processuais acessórios.

E utiliza argumentos de natureza constitucional, desde logo aqueles que se retiram da chamada constituição fiscal. Por outras palavras, num plano de estratégia contenciosa não é indiferente a utilização ou não de argumentos constitucionais, pois os mesmos podem resultar no recurso das decisões dos tribunais para o Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade (artigo 280.º da Constituição da República Portuguesa — CRP).

Convém relembrar que antes de se chegar a essa fase, o plano do contencioso tributário teve um início que muitas vezes se encontra no procedimento, mais precisamente na reclamação graciosa. Convém notar que de acordo com a noção legal (n.º 1 do artigo 54.º LGT), aceite pela doutrina, o procedimento tributário compreende toda a sucessão de atos dirigida à declaração de direitos tributários. Entre estes destaca-se a liquidação dos tributos que corresponde a uma determinação da obrigação de pagamento.

Um dos procedimentos previstos na lei é o de reclamação graciosa que visa a “anulação total ou parcial dos atos tributários por iniciativa com contribuinte, incluindo, nos termos da lei, os substitutos e os responsáveis” (n.º 1 do artigo 68.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário — CPPT). Esta pode ser apresentada com os mesmos fundamentos da impugnação judicial e num prazo de 120 dias de um conjunto de factos entres os quais se destaca o termo do prazo para pagamento voluntário das prestações tributárias legalmente notificadas ao contribuinte (número 1 do artigo 70.º e número 1 do artigo 102.º CPPT). Deste modo, após passar o prazo para pagamento voluntário o sujeito passivo da relação jurídica fiscal material pode optar no plano contencioso, por seguir a via administrativa ou a via judicial.

Caso opte pela primeira, poderá seguir posteriormente ⁵ para via judicial, mais precisamente para a impugnação judicial. Nesta fase às duas partes da relação jurídica fiscal junta-se um terceiro imparcial, o tribunal que irá decidir o litígio que seja apresentado quanto a uma determinada liquidação. O fundamento da impugnação judicial, como

⁵ Seja pela formação de um indeferimento tácito seja pela decisão expressa da reclamação graciosa ou de um recurso hierárquico (alínea *d*) e *e*) do número 1 do artigo 102.º e artigo 76.º CPPT).

já referido é idêntico para a reclamação graciosa, encontra-se — de acordo com o artigo 99.º CPPT — na alegação de qualquer ilegalidade⁶. Desta forma naturalmente encontram-se entre os fundamentos impugnatórios a existência de qualquer tipo de inconstitucionalidade das normas.

É natural que o impugnante utilize esse argumento na medida em que poderá recorrer para o Tribunal Constitucional quando seja aplicada pelo tribunal norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (alínea *b*) do número 1 e número 4 do artigo 280.º CRP). Este recurso apenas poderá ter como objeto a inconstitucionalidade ou a ilegalidade (número 6 do artigo 280.º CRP), e, muitas vezes, é entendido como uma solução derradeira para poder colocar em causa uma determinada liquidação.

Quando a questão central que possa colocar em causa uma determinada liquidação seja a constitucionalidade é natural que na fase judicial o impugnante opte pela arbitragem em detrimento do recurso aos Tribunais Administrativos e Fiscais. A possibilidade de impugnar a liquidação de tributos por via da arbitragem tributária (prevista no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 10/2011 de 20 de janeiro, Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária — RJAT) resulta numa maior celeridade na possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional (previsto no número 1 do artigo 25.º RJAT), pois a decisão tem de ser tomada no prazo de seis meses a contar do início do processo arbitral (número 1 do artigo 21.º RJAT) que nasce de um pedido que pode ter como base os fundamentos previstos no já referido artigo 99.º CPPT (alínea *c*) do número 2 do artigo 10.º RJAT).

O objetivo deste artigo é o de expor as situações de natureza jurídico fiscal colocadas ao Tribunal Constitucional no âmbito da fiscalização

⁶ Artigo 99.º CPPT Fundamentos da impugnação
Constitui fundamento da impugnação qualquer ilegalidade, designadamente:

- a) Errónea qualificação e quantificação dos rendimentos, lucros, valores patrimoniais e outros factos tributários;
- b) Incompetência;
- c) Ausência ou vício da fundamentação legalmente exigida;
- d) Preterição de outras formalidades legais.

concreta da constitucionalidade das normas e analisar as conseqüentes decisões. Para o efeito serão consideradas algumas decisões, mais recentes, de acordo com uma tipologia de argumentos e de assuntos.

2. ANÁLISE DE ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVOS A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS TRIBUTÁRIAS ⁷

O objetivo que se pretende alcançar passa pela determinação da tipologia das mais recentes decisões da jurisprudência constitucional no âmbito da fiscalização concreta relativa a questões de natureza fiscal. Nesse âmbito, é possível fazer-se uma divisão pela tipologia de princípios a aplicar ou de tributos a analisar. A primeira versão remete para uma visão clássica das matérias tributárias, já a segunda para discussão à volta de um tema mais inovador e que tem a ver com a concreta configuração dos tributos, mais especificamente das contribuições financeiras ⁸. É esse o caminho que vai ser seguido com a referência aos acórdãos mais simbólicos sobre as diferentes matérias.

2.1. Visão genérica sobre os princípios da constituição tributária em diversos impostos

A jurisprudência constitucional tem-se debruçado, durante vários anos sobre questões relacionadas com a aplicação de princípios fundamentais construindo uma linha de interpretação dos mesmos, nos

⁷ Em geral quanto à relação entre a matéria fiscal e a constituição *vide* JOSÉ GUILHERME XAVIER DE BASTO, *A Constituição e o Sistema Fiscal*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 138, 2009, pp. 271 e ss.

⁸ Apesar da consideração desta questão como uma matéria que tem marcado os últimos tempos, a mesma já tem sido alvo de várias discussões como se nota pela leitura de JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *Sobre o Princípio da Legalidade da Taxa (e das demais Contribuições Financeiras)*, in “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento”, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume I, Coimbra Editora, 2006, pp. 789 e ss.

mais diferentes impostos. Desta forma, muitos dos arrestos correspondem à repetição de decisões anteriores e à acentuação dos contornos axiológicos quanto a diversos impostos ⁹.

Nesse sentido e sobre a aplicação do princípio da proibição da retroatividade (n.º 3 do artigo 103.º CRP), o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 267/17 de 31 de maio ¹⁰ veio julgar inconstitucional, a norma do artigo 135.º da Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março. Aplicou essa decisão na parte em que, por efeito do caráter meramente interpretativo, determina que a norma do artigo 88.º, n.º 21, 2.ª parte, do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas — IRC segundo a qual ao montante global resultante das tributações autónomas liquidadas num dado ano em sede desse imposto, não podem ser deduzidos os valores pagos a título de pagamento especial por conta nesse mesmo ano, se aplique aos anos fiscais anteriores a 2016. Este acórdão refere-se, no âmbito do IRC, à relação entre as taxas de tributação autónoma (determinadas como um modo de evitar a evasão fiscal) e o pagamento especial por conta (regime já revogado no IRC) e à aplicação para anos anteriores de um regime fiscal devido à natureza interpretativa das normas que levaria à aplicação da inovação legislativa desde o início da vigência da norma interpretada. Essa técnica legislativa tem sido alvo de vários julgamentos de inconstitucionalidade, linha que aliás foi mantida neste caso ¹¹.

A decisão em concreto é aqui destacada, não apenas devido à manutenção desta linha de decisão jurisprudencial, mas também porque é produzida na sequência de uma pronúncia de um tribunal arbitral, no que resultou uma maior celeridade na decisão final tomada pelo Tribunal Constitucional.

⁹ A questão da proibição da retroatividade é um tema clássico de Direito Tributário e tem sido alvo de diversos acórdãos do Tribunal Constitucional. Uma das referências utilizadas é a da doutrina do Acórdão n. 399/2010 de 27 de outubro. A análise das suas soluções é feita por SERGIO VASQUES, *Direito Fiscal*, 2.ª edição, Almedina, 2019, pp. 353-357.

¹⁰ TC, Acórdão 267/2017. (tribunalconstitucional.pt).

¹¹ JOSE LUÍS SALDANHA SANCHES, *Lei Interpretativa e Retroatividade em Matéria Fiscal*, in *Fiscalidade*, n.º 1, janeiro de 2000, pp. 77 e ss. afirma mesmo que as leis interpretativas não podem ter lugar em matéria fiscal.

Também num sentido de julgamento pela inconstitucionalidade é possível analisar-se o acórdão n.º 566/2020 de 21 de outubro ¹², que mais uma vez, em matéria de normas de natureza interpretativa, sublinha a necessidade de se respeitar o princípio da proibição da retroatividade em matéria fiscal. No caso presente estava em causa o recurso relativo a uma decisão arbitral (processo n.º 103/2018-T) em que se discutia a sujeição a tributação em Imposto do Selo da Taxa de Serviço do Comerciante e da Taxa Multilateral de Intercâmbio, enquadráveis na verba 17.3.4 da Tabela Geral do Imposto do Selo (outras comissões e contraprestações por serviços financeiros). No último caso que envolvia as comissões interbancárias cobradas pela utilização de caixas automáticas em operações com cartões bancários o Tribunal Constitucional seguiu a sua linha de decisão. Esta linha decisória que também aparece na sequência de uma decisão do CAAD é mantida em várias outras em que se analisam questões relacionadas com o imposto do selo e as alterações de natureza interpretativa e todas as suas consequências.

Numa fase em que o Tribunal se tem debruçado de uma forma muito especial pela consideração da constitucionalidade em relação a contribuições financeiras — matéria que será desenvolvida à frente — também têm surgido questões relacionadas com temas tradicionalmente tratados em diversos acórdãos. Entre estes encontram-se as relacionadas com o IRC e os encargos não dedutíveis para efeito fiscal: na alínea p) do número 1 do artigo 23.º-A do Código do IRC ¹³ está determinado que os montantes pagos com a contribuição sobre o setor bancário não podem ser dedutíveis para efeito de determinação do lucro tributável. No acórdão 464/2021 de 24 de junho de 2021, o Tribunal Constitucional mantém uma linha de decisão de não consideração de qualquer inconstitucionalidade quanto a esta solução legal, salientando a relação entre a tributação em causa e os princípios de tributação das empresas pelo lucro real, que se impõe ao conceito de lucro contabilístico, e da capacidade contributiva, como medidas de

¹² TC, Acórdão 566/2020. (tribunalconstitucional.pt).

¹³ Sobre essa matéria e as características essenciais do imposto *vide* GUSTAVO LOPES COURINHA, *Manual do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, Almedina, 2019.

igualdade fiscal, bem como a complexidade existente na construção do lucro tributável, designadamente na consideração dos custos e gastos fiscalmente admissíveis ou não. Neste acórdão, que surge após o recurso de uma decisão do CAAD de improcedência do pedido, são referidas as necessidades de consolidação orçamental, bem como a sua consonância com a admissibilidade da contribuição em causa como um tributo, mais especificamente na categoria de uma contribuição financeira, e da sua não dedutibilidade para efeito de tributação do rendimento das empresas.

De um modo mais concreto é lembrado que a não consideração de alguns encargos para efeito de cálculo do lucro tributável, numa lista que tem mantido alguma estabilidade, se deve de forma crescente a motivações de natureza extrafiscal. Neste caso, ao facto de se estar perante um encargo com um tributo bilateral e paracomutativo com um carácter contingente ou extraordinário relacionado com a necessidade de consolidação orçamental.

De facto, na posição do Tribunal é expressamente referido que qualquer uma das medidas, admissibilidade da Contribuição sobre o setor bancário e a inadmissibilidade dessa despesa como gasto dedutível a nível do IRC, resultam num previsível aumento da receita. É precisamente por todo esse contexto, e de certa forma pela sua excecionalidade que se defende a não inconstitucionalidade da norma objeto de análise nesta fiscalização concreta da constitucionalidade (sendo expressamente referida a argumentação do acórdão n.º 394/2021), numa linha seguida por outras decisões.

Quanto ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares — IRS ¹⁴, e também no seguimento de uma decisão do CAAD que julgou procedente o pedido, o Tribunal veio, no acórdão n.º 488/2021 de 7 de julho ¹⁵, julgar inconstitucional a norma do número 2 do artigo 44.º do Código do IRS, na referência à presunção de valor de um imóvel na determinação do valor de realização (de venda do imóvel) para efeito do cálculo de mais valias. A questão está relacionada com a determinação de uma presunção inilidível — quanto à consideração do valor

¹⁴ Vide RUI DUARTE MORAIS, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010.

¹⁵ TC, Acórdão 488/2021. (tribunalconstitucional.pt).

mais elevado entre o contratual e o da avaliação para efeito de tributação do património — e da sua falta de enquadramento com o princípio constitucional da capacidade contributiva. Considera-se no acórdão que a utilização de uma presunção, sem possibilidade de ilisão pelo contribuinte, gera a possibilidade de estar a tributar um valor de mais valias inexistente, logo contrário à tributação de acordo com a capacidade contributiva.

Também pela via de uma análise substancial no acórdão n.º 858/2022 de 21 de dezembro ¹⁶ foi observada a consonância constitucional, ou não, do regime previsto no n.º 9 do artigo 78.º do Código do IRS de acordo com o qual o aparecimento de um dependente ou ascendente em mais do que uma declaração leva à sua consideração por metade do valor. Ora de acordo com o Tribunal esta solução não passa por um critério de igualdade por falta de fundamento racional.

Desta forma, a vertente da igualdade fiscal na vertente de limite negativo de controlo levou a um julgamento de inconstitucionalidade sobre a norma analisada.

Ainda quanto a impostos em especial, foi colocada uma questão relativamente ao número 1 do artigo 90.º do Regime Jurídico dos Jogos e Apostas On Line (Decreto-Lei n.º 66/2015 de 29 de abril). Em causa estava a aplicação do princípio da igualdade por discriminação de regimes que se baseiam numa tributação sobre a receita bruta da entidade exploradora ou sobre as comissões cobradas, nuns casos, ou sobre o montante de apostas efetuadas, noutros casos. A decisão, do acórdão n.º 593/2022 de 22 de setembro ¹⁷ acabou por ter por base elementos de natureza não substantiva como seja a falta de suscitação prévia e de idoneidade da questão suscitada.

De facto, a questão que se colocou ficou prejudicada pelo facto de o problema da constitucionalidade não ter sido colocada de forma adequada, pois não se pode sindicat a interpretação do direito infraconstitucional. Deste modo e de forma indireta relembra-se que os recursos de constitucionalidade são relativos a normas, pelo que no caso concreto o recurso não pode ser conhecido. Com a mesma base

¹⁶ TC, Acórdão 858/2022. (tribunalconstitucional.pt).

¹⁷ TC, Acórdão 596/2022. (tribunalconstitucional.pt).

acabou por ser decidida uma questão relativa a Imposto sobre o Valor Acrescentado — IVA — no acórdão n.º 618/2022 de 22 de setembro¹⁸. Em causa estava um recurso pela Autoridade Tributária e Aduaneira relativa a uma decisão tomada no CAAD em que se determinou a anulação de uma liquidação relativa àquele imposto. A questão decidida pelo CAAD tinha como elemento central o modo de apuramento da dedução de IVA quando se está perante uma atividade mista que em parte dá esse direito e noutra não o concede. De acordo com o texto do acórdão arbitral, nestas situações é aplicado um método *pro rata* de cálculo do imposto suportado dedutível pelo sujeito passivo. É referido pelo Tribunal Constitucional que “...a determinação de imposto dedutível processa-se pelo apuramento da expressão da atividade tributada no contexto de atividade da empresa, no pressuposto que a sua representatividade nesses termos pode ser transportada para efeitos de apuramento das aquisições de bens e serviços tributáveis (com incidência de IVA) que se possam dizer imputáveis à atividade não-isenta. Assim, o artigo 23.º, n.º 4, do CIVA estabelece que será aplicada ao IVA suportado a *percentagem* referente ao volume anual de operações que confirmam direito a dedução face ao volume de negócio global da empresa. Esta percentagem será, pois, obtida através da *divisão* do valor total (líquido do imposto) do ano das operações realizadas pelo operador no âmbito da atividade tributada *pelo* valor anual de todas as operações ativas realizadas pelo operador no mesmo ano (líquido de IVA, quanto às tributáveis)”. Continua com a referência a uma alternativa lícita a este método que é o da afetação real dos bens baseado em critérios objetivos que afasta critérios arbitrários. Em concreto estava em causa a imposição pela Administração do método a aplicar a entidades bancárias e ao mesmo tempo locação financeira e ALD. Como essa determinação foi estabelecida tomando por base numa interpretação de um ofício-circulado (no caso, o ofício circulado n.º 30108 de 30 de janeiro de 2009), estava em causa a aplicação do princípio da legalidade¹⁹. O Tribunal Constitucional

¹⁸ TC, Acórdão 618/2022. (tribunalconstitucional.pt).

¹⁹ O princípio da legalidade tem uma especial aplicação aos impostos cfr. ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal — Tipicidade, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação*, Almedina, 2007, pp. 93 e ss.

considerou que como a decisão do tribunal arbitral utilizou variados argumentos, pelo que atendendo ao princípio do precedente o recurso não tem qualquer utilidade nem carácter instrumental em relação á decisão. Mas para além desse elemento foi referido que a falta de efeitos externos das circulares leva a que as mesmas escapem ao juízo de constitucionalidade.

De forma independente quanto à validade dos argumentos utilizados parece evidente que são várias as decisões do Tribunal Constitucional que se baseiam na falta de pressupostos processuais para aceitar o recurso.

No mesmo sentido, quanto a taxas, destaca-se a decisão, do acórdão n.º 596/2022 de 22 de setembro ²⁰, relativa à liquidação de taxas ²¹ que foram devidas à renovação do licenciamento da publicidade, instalada em meios pertencentes à Companhia de Carris de Ferro de Lisboa colocados em meios de transporte coletivo da cidade de Lisboa. Mais uma vez foi considerado que o requerente apenas colocou em causa uma interpretação do Tribunal recorrido.

Não deixa de ser curioso notar que a questão material passava em pela qualificação do tributo como taxa (tributo bilateral) ou imposto (tributo unilateral), com consequências relativamente à aplicação do princípio da legalidade ou do princípio da igualdade, sob a forma de equivalência ²². A questão concreta estava na letra do Regulamento de Publicidade do Município de Lisboa, mais precisamente do seu artigo 20.º Este na sua letra determinava que o ato de renovação é automático, não existindo qualquer intervenção da Câmara Municipal de Lisboa, para além de uma mera operação aritmética.

Como o requerente centrou a sua argumentação na interpretação do Tribunal recorrido que na sua opinião punha em causa o princípio da equivalência, não colocou, como devia, a constitucionalidade de normas e acabou por cair numa situação de falta de legitimidade.

²⁰ TC, Acórdão 596/2022. (tribunalconstitucional.pt).

²¹ Sobre as taxas e o poder local JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Direito Financeiro Local*, Cejur, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Braga, 2009.

²² Sobre o princípio da equivalência *vide* por todos SÉRGIO VASQUES, *O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária*, Almedina, 2008, pp 441, referir-se à sua ligação com a ideia de igualdade.

Um caso que teve um desfecho diferente foi o relativo à Taxa Municipal de Proteção Civil da Covilhã que foi objeto de decisão no acórdão n.º 682/2022 de 20 de outubro ²³. Nesse caso foram julgadas inconstitucionais várias normas do Regulamento da taxa em causa e considerado o tributo em concreto como um imposto e não como uma taxa o que levanta problemas quanto ao cumprimento do princípio constitucional da legalidade.

No caso, os serviços de proteção civil acabam por assumir uma função de tutela coletiva e não possuem, por sua natureza, qualquer beneficiário direto e individualizável. Para além disso a quantificação da taxa tinha como parâmetro o financiamento necessário para a proteção civil municipal, numa lógica incompatível com a estrutura de uma taxa, mas próxima de uma ideia de assistência financeira a despesas correntes, o que o vem a enquadrar na figura dos impostos.

Em resumo, esta decisão tem por base a qualificação de um determinado tributo e as consequências constitucionais dessa caracterização ²⁴.

Num plano mais geral, no acórdão n.º 555/2022 de 20 de setembro ²⁵, foi sujeita a fiscalização preventiva da constitucionalidade uma questão mais geral relacionada com a interrupção da prescrição. De uma forma mais específica está em causa o regime que determina que a interrupção da prescrição quanto ao devedor principal não tem efeitos quanto ao responsável subsidiário caso a citação tenha sido feita após o quinto ano posterior ao da liquidação.

Considera a recorrente que está em causa a violação dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade. Para o tribunal estando em causa uma discriminação positiva e a posição do devedor principal e subsidiário que são pessoas com posições jurídicas diferentes não se coloca qualquer problema constitucional.

²³ TC, Acórdão 682/2022. (tribunalconstitucional.pt).

²⁴ Sobre o mesmo tema podem-se ver acórdãos relativos a outros municípios como Odemira (Acórdãos do TC n.ºs 332/2018 e 4/2020, este em plenário, e Decisões Sumárias n.ºs 331/2019, 348/2019 e 423/2019), de Aveiro (Acórdãos n.ºs 366/2019 e 775/2019, este em plenário, e Decisões Sumárias n.ºs 226/2019, 253/2019, 272/2019, 295/2019, 330/2019, 332/2019, 349/2019 e 485/2019), de Setúbal (Acórdão n.º 34/2018 e Decisões Sumárias n.ºs 33/2019 e 318/2019) e de Lisboa (Acórdão do TC n.ºs 848/2017, em plenário).

²⁵ TC, Acórdão 555/2022. (tribunalconstitucional.pt).

A referência aos acórdãos enumerados teve por base uma escolha baseada em critérios de atualidade, relevância e até repetição dos temas tratados. Um olhar sobre os julgamentos relativos a diferentes e impostos e princípios demonstra uma linha decisória com alguns elementos em comum. Assim, parece evidente um crescente número de decisões derivadas de recursos relativamente a acórdãos do CAAD; uma existência ainda relevante de situações em que os pedidos não são conhecidos por falta de cumprimento de requisitos processuais; uma lógica de decisões que passam por princípios limitados naquilo que se vai conhecendo como Constituição Fiscal (igualdade, capacidade contributiva, equivalência, segurança jurídica, proibição da retroatividade, tributação do lucro real e legalidade); e uma crescente determinação da natureza tributária em concreto desde a qualificação dos impostos, taxas e cada vez mais contribuições financeiras. É precisamente essa matéria que de seguida será objeto de análise.

2.2. O caso especial das contribuições financeiras

Uma das matérias que tem marcado nos últimos tempos, através de várias decisões, a atividade do Tribunal Constitucional quanto à fiscalização concreta da constitucionalidade é a relativa às contribuições financeiras²⁶. O trabalho tem passado pela qualificação em concreto de vários tributos²⁷ e nas consequências que essa qualificação tem quanto à aplicação do princípio da legalidade ou da igualdade, este na vertente de capacidade contributiva ou da equivalência. São várias e repetidas as decisões quanto a estas matérias. Nas próximas páginas serão analisadas, numa vertente meramente exemplificativa e pedagógica várias decisões.

O primeiro caso em concreto é relativo à Taxa de Segurança Alimentar Mais, tendo o Tribunal no acórdão n.º 539/2015 de 20 de

²⁶ A relevância destas contribuições financeiras como modo de ultrapassar a visão mais tradicional é referida por ROGÉRIO FERNANDES FERREIRA, *A História das Contribuições Financeiras (ou Setoriais)*, in *Nós e os Impostos*, coordenação de CLOTILDE CELORICO PALMA, Almedina, 2022, pp. 227-246.

²⁷ O conceito de tributo é desenvolvido, entre outros, por JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Almedina, 2014, pp. 31 e ss.

outubro ²⁸, decidido pelo não julgamento de inconstitucionalidade. Para esse efeito fez uma análise à natureza jurídica do tributo em causa, tendo estabelecido a aplicação do princípio da legalidade em consonância com a opção feita ²⁹.

Assim, começou por considerar que se estava perante uma contribuição financeira, mais precisamente uma contribuição para o financiamento da atividade de garantia de segurança e qualidade alimentar, mais precisamente para o Fundo Sanitário e de Segurança Alimentar Mais. É uma comparticipação nas receitas de um fundo destinado a financiar projetos, iniciativas e ações desenvolvidos pelas entidades que operam nesse mercado. o que, como já foi referido, tem óbvias consequências em relação à aplicação do princípio da legalidade, pois configuram-se dois tipos de reserva parlamentar: um relativo aos impostos, que abrange todos os seus elementos essenciais, incluindo a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes (artigo 103.º), outro restrito ao regime geral, que é aplicável às taxas e às contribuições financeiras, e relativamente às quais apenas se exige que o parlamento legisle ou autorize o governo a legislar sobre as regras e princípios gerais e, portanto, sobre um conjunto de diretrizes orientadoras da disciplina desses tributos que possa corresponder a um regime comum (alínea *i*) do n.º 1 do artigo 165.º CRP).

O princípio da legalidade, relativamente às contribuições financeiras, tal como o das taxas, apenas exige que o parlamento legisle ou autorize o governo a legislar sobre as regras e princípios gerais comuns às diferentes contribuições financeiras, não necessitando de uma intervenção ou autorização parlamentar para a sua criação individualizada, enquanto que, relativamente a cada imposto, continua a exigir-se essa intervenção qualificada, a qual deve determinar a sua incidência, a sua taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes. Assim, a ausência da aprovação de um regime geral das

²⁸ TC, Acórdão 539/2015. (tribunalconstitucional.pt).

²⁹ Sobre a relevância dos tributos nos dias de hoje JOSÉ CASALTA NABAIS, SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Estado Pós-moderno e a Figura dos Tributos*, in Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Coimbra Editora, 2011, pp. 263 e ss.

contribuições financeiras pela Assembleia da República não podia servir como motivo para impedir o Governo de aprovar a criação de contribuições financeiras individualizadas no exercício de uma competência concorrente, sem prejuízo da Assembleia sempre poder revogar, alterar ou suspender o respetivo diploma, no exercício dos seus poderes constitucionais. Assim, a aplicação do princípio da legalidade nestes casos não é tão estrita e não resultou em concreto num juízo de inconstitucionalidade.

Para além do argumento relacionado com o princípio da legalidade também foi invocada a violação do princípio da equivalência ³⁰ (aplicável para o caso de se considerar a taxa alimentar mais como uma contribuição financeira ³¹), aplicável por efeito do princípio da igualdade (artigo 13.º CRP). De acordo com este princípio deve existir entre o benefício do grupo em causa e os custos tributários a que os sujeitos passivos ficam sujeitos. No caso presente, de acordo com a posição assumida pelo Tribunal Constitucional, o pressuposto encontra-se cumprido, até porque a determinação objetiva do tributo em causa cumpriu com a exigência da diferenciação em função dos benefícios alcançados.

Este acórdão não é consensual, para além da consideração, expressa em votos de vencido, de que a omissão quanto ao regime geral das contribuições financeiras é relevante no plano constitucional, pois a mera consideração na CRP do regime para a sua aprovação pode não servir de autorização de livre criação das mesmas em concreto pelo Governo, há também algumas dúvidas sobre a consideração desta taxa como uma contribuição financeira, desde logo pela utilização de critérios relacionados com a dimensão do estabelecimento para efeito de

³⁰ A forma de entender o princípio da equivalência tem sido objeto de várias construções doutrinárias. Destaca-se pela sua originalidade a de CARLOS BATISTA LOBO, *Reflexões sobre a (Necessária) Equivalência Económica das Taxas*, in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco, Coimbra, 2006, pp. 441, de acordo com a qual a equivalência passa por geometria variável dependente do fundamento da taxa.

³¹ A relação desta contribuição no sector específico da sua aplicação pode ser visto em DIOGO BARROS PEREIRA, *O Sector da Distribuição e a Taxa de Segurança Alimentar*, in *Taxas e Contribuições Sectoriais*, coordenação de SÉRGIO VASQUES, Almedina, 2013, pp. 165-189.

determinação da incidência. Num plano de posição pessoal, apesar da posição do Tribunal, parece muito duvidosa a consideração desta taxa no plano da bilateralidade (mesmo que grupal). É evidente o intuito recaudatório, mas este deve ser balizado pela correta aplicação das figuras tributárias face aos princípios constitucionais, desde logo as regras relativas à reserva parlamentar.

Um outro caso é o referente à taxa anual relativa à prestação de serviços postais. No acórdão n.º 754/2022 de 9 de novembro³² estava em causa um recurso de uma decisão do tribunal tributário de Lisboa que tinha anulado o ato de liquidação da taxa anual devida pelo exercício da atividade de prestador de serviços postais. A base da decisão passou pela recusa das normas constantes dos n.ºs 2 e 3 do Anexo IX da Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de dezembro, na redação da Portaria n.º 296-A/2013, de 2 de outubro, relativas à incidência objetiva e à taxa a aplicar em relação aos prestadores de serviços [postais] enquadrados no “escalo 2”, com fundamento na sua inconstitucionalidade por ofensa princípio da legalidade fiscal, na vertente da reserva de lei parlamentar. No caso apresentado o Tribunal recorrido analisou a “taxa” em causa (afirmando que a sua designação é irrelevante) considerando a aparência de ser uma contribuição financeira a favor da ANACOM tendo concluído que não se devia aplicar qualquer uma destas hipóteses pois tratava-se de uma prestação tributária unilateral com a forma de imposto.

Pelo contrário, o Tribunal Constitucional considerou a relevância dos rendimentos dos prestadores de serviços postais e, desta forma, considerou os mesmos como um indício relevante da participação proporcional que cada operador deve ter na cobertura dos custos a que presumivelmente dá origem, não fica prejudicada a comutatividade característica das contribuições financeiras. Conclui que se está perante uma verdadeira contribuição financeira, determinada por uma base de benefício, e não um imposto, baseado numa ideia de capacidade contributiva.

Estabelecida essa caracterização, o Tribunal caminhou para a análise do cumprimento ou não do princípio da legalidade. Ora a conclusão

³² TC, Acórdão 754/2022. (tribunalconstitucional.pt).

foi a de que determinação da incidência foi estabelecida por Portaria, isto é, por via regulamentar e pelo uso de uma função administrativa. Assim, e apesar de se estar no âmbito de competência legislativa concorrente foi considerada inconstitucional a determinação por instrumento normativo diferente de uma lei ou decreto-lei.

Este acórdão que mereceu um voto de vencido em que se considerava que a questão em causa se encontrava no âmbito da ilegalidade e que por isso apenas poderia ser entendido no carácter mediato das inconstitucionalidades, deve ser entendido como um ponto relevante na consideração da afirmação de uma contribuição financeira como contrária aos preceitos constitucionais.

Um outro exemplo é o da Contribuição sobre o Sector Bancário — CSB ³³ que surgiu em 2011, com a Lei do Orçamento do Estado (artigo 141.º da Lei 55-A/2010 de 31 de dezembro). Foi regulamentada mais tarde na Portaria 121/2011 de 31 de março, alterada várias vezes, destacando-se a Portaria 165-A/2016 de 14 de junho que alterou a incidência objetiva e subjetiva, bem como o regime de taxas. Como resulta evidente a qualificação que em concreto seja estabelecida quanto à natureza desde tributo — que surgiu em circunstâncias económicas e financeiras muito especiais — terá relevância.

Na sequência de variadas decisões, no acórdão n.º 765/2022 de 15 de novembro ³⁴, em que há um recurso de uma decisão, tomada em sede de impugnação, de indeferimento das pretensões, por parte do contribuinte, de anulação da liquidação de CSB.

O contribuinte entendia que, independentemente de se estar perante um imposto ou uma contribuição financeira, existia uma violação do princípio da legalidade fiscal. Mas também que estava em causa a aplicação do princípio da igualdade nas vertentes da justiça, universalidade e uniformidade na repartição dos encargos públicos, ou da equivalência, tendo em conta a alteração do enquadramento regulatório dos mecanismos de resolução no âmbito da União Europeia a partir de 2015, e a afetação da coleta da CSB exclusivamente (i) para cobertura

³³ Sobre esta contribuição MARIA CELESTE CARDONA, *Contribuição Extraordinária sobre o Sector Bancário*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 4, n.º 1, 2011, pp. 81-112.

³⁴ TC, Acórdão 765/2022. (tribunalconstitucional.pt).

das medidas de resolução aplicadas no passado (ii) e das intervenções que têm existido desde 2018.

Tal como sucedeu noutras ocasiões o Tribunal não considerou inconstitucionais as normas dos artigos 2.º, 3.º e 4.º do Regime da CSB.

No plano da qualificação do tributo começou por excluir a sua classificação como imposto (tributo de prestação unilateral), pois não há um pagamento relativo aos encargos gerais da comunidade, mas uma situação em que o sujeito passivo de forma individual ou grupal e causador ou beneficiário das prestações em causa. Assim é feita uma classificação como tributo bilateral, sendo expressa sem qualquer tipo de discussão a sua natureza de contribuição financeira, que tem por base o custo provocado pelo contribuinte ou o benefício de que aproveita, razão pela qual se aplica o princípio da equivalência que não levanta no caso em concreto problemas de justiça.

Quanto à vertente subjetiva da incidência a contribuição em apreço incide sobre um grupo delimitado de sujeitos, em termos precisos e homogêneos, que se caracteriza pela sua natureza de instituições de crédito. De acordo com a visão do Tribunal, o tributo atinge todas as instituições de crédito (lato sensu) que integram e operam no sistema bancário nacional, independentemente da sua sede principal e efetiva se situar em território português. Continua referindo que estas entidades, enquanto prestadoras de serviços financeiros de receção do público de depósitos ou outros fundos reembolsáveis e de concessão de crédito por conta própria, enfrentam, pela sua interconexão, um risco de contágio em caso de colapso financeiro de uma outra instituição de crédito parte do mesmo sistema. As instituições pagam, deste modo, a CSB como forma de se protegerem contra um eventual risco sistémico, na medida em que, na ausência de uma intervenção pública — designadamente do Banco de Portugal, no âmbito do sistema de resolução —, o desequilíbrio financeiro de uma delas poderia induzir o colapso financeiro das restantes instituições que integram o sistema. Deste modo, o argumento da excecionalidade e transitoriedade desta receita acaba por ser ultrapassado por via de uma solução mais estrutural. Usando a retórica do próprio legislador trata-se “de uma mutualização do risco sistémico”.

Já no que respeita à incidência objetiva, é destacado o facto de a CSB ter por base tributável elementos do passivo das instituições de crédito, que representam dívida para com terceiros (independentemente da sua forma ou modalidade), deduzidas certas responsabilidades incluídas no balanço, seja porque o legislador considera que não merecem proteção em sede de resolução (como é o caso das responsabilidades perante acionistas e credores subordinados), seja porque já beneficiam de outras formas de proteção (como é o caso dos depósitos cobertos pela garantia proporcionada pelo Fundo de Garantia de Depósitos ou pelo Fundo de Garantia do Crédito Agrícola Mútuo, ou ainda dos instrumentos financeiros cujas posições em risco se compensem mutuamente back to back derivatives). A escolha do passivo como base de incidência resulta, conforme explicitado na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Banco Central Europeu — Fundos de resolução de crises nos bancos, 26.5.2010 (COM/2010/254-final).

Assim e quanto ao cumprimento das premissas do princípio da equivalência o Tribunal considerou que existia o preenchimento das três notas que indiciam a equivalência da relação jurídica subjacente ao tributo, a saber a existência de um grupo homogéneo de entidades, diferenciável dos contribuintes como um todo; a responsabilidade cumulativa do grupo na estabilidade do sistema financeiro; e a utilidade do mesmo grupo, em caso de crise e intervenção da autoridade de resolução.

Por fim, entendeu o Tribunal, numa perspetiva que poderá ser considerada excessivamente formalista, que não cabe ao Tribunal Constitucional indagar se a cobrança da receita tem servido para os fins legalmente previstos, uma vez que a sua função é apreciar a constitucionalidade das leis, e não o cumprimento das leis pelos órgãos administrativos, garantida através de meios contenciosos próprios.

Enfim, o Tribunal como se demonstra por este acórdão, em linha com anteriores, tem encontrado uma base de sustentação da não inconstitucionalidade da CSB em termos que não são totalmente pacíficos.

Por fim, quanto à Contribuição Extraordinária para o Sector Energético — CES foi criada no Orçamento de 2014 (Lei 83-C/2013 de 31

de dezembro), tendo vista a sua vigência sucessivamente prorrogada em várias Leis do Orçamento do Estado. No caso em apreço, decidido no acórdão n.º 25/2023 de 8 de fevereiro ³⁵, o autor do recurso colocava em causa a autoliquidação relativa a 2016 colocando em causa as normas dos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 11.º e 12.º do regime jurídico da CES por desrespeito aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da equivalência, emanações do princípio da Igualdade (artigo 13.º CRP); da tributação das empresas pelo lucro real (n.º 2 do artigo 104.º CRP); da proporcionalidade (n.º 2 do artigo 18.º CRP); da livre iniciativa (artigo 61.º CRP); da propriedade privada (artigo 62.º CRP); e da não consignação (n.º 3 do artigo 105.º CRP). O Tribunal Constitucional considerou que não existia qualquer tipo de inconstitucionalidade.

Na sequência de acórdãos anteriores também aqui se defende que a CES é uma contribuição financeira para o financiamento do Fundo para a Sustentabilidade Sistémica do Setor Energético e destinada a financiar “mecanismos que promovam a sustentabilidade sistémica do setor energético, ficando excluída a sua consideração como um imposto pois não é uma receita criada para cobrir toda a despesa pública. Assim, a CESE acha-se construída de acordo com uma ótica interna de despesa, justificando a incidência contributiva sobre os operadores no setor energético por se considerar que a atividade financiada se repercute no desempenho empresarial através de bilateralidade genérica, potencial ou mesmo difusa.

De um modo mais concreto, foi entendimento do Tribunal Constitucional que a CESE não enfermava de vício de inconstitucionalidade material, designadamente por violação do princípio da igualdade na vertente de obrigação de equivalência (ou de justiça fiscal na incidência e quantificação da contribuição). Assim, a CESE teria de ser compreendida por abranger os operadores no setor energético e a sua participação no pagamento dos custos de estabilização do sistema. De acordo com a posição assumida, a constituição de uma entidade administrativa, o Fundo de Estabilização do Setor Energético, dotada de órgão executivo autónomo, teve a única missão de obter e preservar

³⁵ TC, Acórdão 25/2023. (tribunalconstitucional.pt).

a estabilidade e equilíbrio do setor energético comprovando, assim, o cariz comutativo e bilateral do tributo, o que resolvia a sua adaptação aos princípios constitucionais.

Outra questão a ser avaliada era a da aceitação constitucional da desconsideração da contribuição como custo fiscal para efeitos de IRC (artigo 12.º Regime jurídico da CES). A questão a resolver, de acordo com a posição do Tribunal Constitucional, era idêntica pois dependia da qualificação da CES como imposto sobre o rendimento, pelo que estava desprovida de autonomia e resultou em idêntico posicionamento quanto à constitucionalidade.

O Tribunal Constitucional fez também ver que a propósito da arguida violação do princípio da proporcionalidade haveria que levar em conta a eficiência do instituto enquanto instrumento tributário de captação de receita. Ao olhar pelo lado da Administração Pública a conexão necessária entre contribuição e benefício obtido apenas se poderia entender alcançável se a CESE participasse na sustentabilidade do setor energético sem implicar uma diminuição da receita de IRC, como seria o caso se fosse admitida como custo a abater a ganhos no exercício fiscal. Nesse caso, o tributo ficaria desprovido de boa parte do seu alcance contributivo efetivo, produzindo um efeito marginal de mera transferência entre fontes de receita.

Quanto ao prolongamento da vigência da CESE nos anos subsequentes a 2014, para além de a afirmação ser, só por si, bastante discutível do ponto de vista dogmático (atenta a relativa heterogenia da respetiva disciplina legal ao longo do tempo), sublinhou-se já que o período temporal não é o mais importante para aferir da natureza extraordinária do tributo, antes interessa saber se a contribuição continua a fundar-se na presença do problema extraordinário a que a sua criação ofereceu resposta ou se, por oposição, foi convertida num instrumento financeiro dirigido às necessidades, gerais e correntes, do Estado. Ora, um dos problemas do setor (embora de modo nenhum o único) que justificou o lançamento da CESE (a dívida tarifária acumulada) continua a manter-se, “a necessidade e uma a contribuição extraordinária para o setor energético destinada a financiar mecanismos que promovam a sustentabilidade sistémica do setor energético e a consequente necessidade de financiamento de políticas sociais e ambientais”.

Assim são encontrados vários argumentos para a manutenção da CESE, como aliás acontece quanto à CSB e outras no que constitui uma linha decisória bem demarcada do Tribunal Constitucional.

2.3. Acórdão n.º 101/2023 de 16 de março: uma mudança de paradigma?

Como foi afirmado anteriormente a linha genérica dos acórdãos em fiscalização concreta passam por uma consideração de inexistência de problemas relativos a contribuições financeiras em várias contribuições financeiras, com especial relevância dos casos da CSB e CESE.

No acórdão n.º 101/23 de 16 de março ³⁶ o sentido de decisão foi diferente considerando-se a inconstitucionalidade do artigo 2.º, alínea *d*), do regime jurídico da CESE (aprovado pelo artigo 228.º da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, cuja vigência foi prorrogada para o ano de 2018 pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro), na parte em que determina que o tributo incide sobre o valor dos elementos do ativo da titularidade das pessoas coletivas que integram o setor energético nacional, com domicílio fiscal ou com sede, direção efetiva ou estabelecimento estável em território português, que, em 1 de janeiro de 2018, sejam concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural.

O Tribunal sustentou a sua posição em vários argumentos entre os quais se destaca que é evidente que, por imposição legal, *a maior parcela* da receita se destinaria, a partir desse momento, a reduzir a dívida tarifária do *setor elétrico*, sem que sejam claras as razões pelas quais o legislador teve por adequado exigir a operadores não integrados nesse subsetor que participassem nos encargos daí advinentes, quando lhes não deram causa alguma, nem se vê que daí extraíam um especial benefício. Cabe notar que a mera circunstância de todos os operadores integrarem o «setor energético» não é manifestamente suficiente para afirmar que exista uma *responsabilidade de grupo* do subsetor do gás natural pelos encargos respeitantes a um problema específico

³⁶ TC, Acórdão 101/2023. (tribunalconstitucional.pt).

do subsetor da energia elétrica. Embora seguramente exista alguma homogeneidade de *interesses* e interdependência entre os vários operadores do mercado energético, são diferentes as condições em que estes operam e bem assim os problemas de *sustentabilidade* que a propósito de cada um se colocam. Tanto assim que o próprio regime jurídico da CESE, desde as alterações introduzidas em 2015, passou a afetar ao SNGN uma parte da receita do tributo — a que é exigida aos comercializadores do SNGN, titulares de contratos de aprovisionamento de longo prazo —, com o intuito de prevenir os «desequilíbrios sistémicos» próprios deste subsetor.

Para além deste elemento entendeu-se que não existe motivo algum para fazer correr por conta das empresas concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural encargos associados à redução da dívida tarifária do setor elétrico. Nem há razão nenhuma para supor que a prevenção dos riscos associados à instabilidade tarifária no setor elétrico aproveita em especial medida aos operadores dos demais subsectores — não se podendo admitir como contraprova a suposição de que um tal benefício advém, como que obliquamente, da circunstância de boa parte das empresas credoras da dívida tarifária serem grandes consumidoras de gás natural. Acresce que o regime não define critérios que imponham que uma parte relevante da receita da CESE se mantenha afeta ao financiamento de medidas tendentes a favorecer os interesses de todos os operadores económicos incluídos no seu âmbito de incidência subjetiva (e não isentos). Pelo contrário, na prática, é confiada ao Governo a possibilidade de, em função dos «objetivos que se revelem mais prementes», afetar *toda a receita* da CESE à redução da dívida tarifária do setor elétrico — ou seja, ao financiamento de prestações públicas de que os operadores do setor do gás natural *não podem*, como se viu, presumir-se causadores ou beneficiários.

Para além do mais, ainda que um terço da receita da CESE tivesse sido consignada ao «financiamento de políticas do setor energético de cariz social e ambiental, relacionadas com medidas de eficiência energética», a circunstância de as tarefas que o tributo se destina a financiar não terem sido objeto de densificação mínima, não permite sequer apreender *se e em que medida* cada um dos subsectores em causa é

visado pelas medidas a adotar pelo FSSSE. De facto, mesmo em tais condições — estritamente hipotéticas —, não se poderia presumir que um *terço* da receita da CESE tivesse sido destinado a medidas de que seriam especiais beneficiários os operadores do subsector do gás natural, de modo a garantir um certo *equilíbrio* na participação pelos subgrupos de operadores dos benefícios presumivelmente proporcionados pelo FSSSE.

É que a partir de 2018, o legislador reduziu os objetivos a que a CESE se dirige em termos tais, que deixou de ser possível afirmar que as concessionárias das atividades de transporte, de distribuição ou de armazenamento subterrâneo de gás natural podem ser consideradas responsáveis pela sua concretização, e muito menos presumíveis *causadoras* ou *beneficiárias* das prestações públicas que ao FSSSE incumbe providenciar.

Esta argumentação favorável à inconstitucionalidade de uma norma de incidência da CESE poderá abrir caminho à existência de outras decisões com o mesmo sentido, colocando em causa a adequação desta contribuição às necessidades do dia de hoje.

3. CONCLUSÃO

As várias páginas deste texto demonstram que existe uma linha conservadora quanto ao julgamento da constitucionalidade das normas relativas a matérias fiscais. Por muito que o centro da análise comece a ser outro, por exemplo quanto à constitucionalidade ou não de um conjunto alargado de contribuições financeiras, a linha decisória tem-se mantido, por enquanto, estável.

De facto, o modo de entendimento quanto à aplicação de princípios como o da igualdade, na forma de capacidade contributiva ou de equivalência, da proporcionalidade, ou da segurança, na vertente de proibição da retroatividade, têm como resultado que as medidas legislativas estruturais no domínio fiscal não têm passado por problemas de compatibilidade constitucional. Para além de situações, mais ou menos acessórias, a linha decisória do Tribunal Constitucional, quanto a estas matérias, mesmo no âmbito da chamada jurisprudência da crise, não tem colocado em causa as opções legislativas.

Uma das mais recentes é a de admissibilidade de variadas contribuições financeiras. De uma forma geral têm passado pelo crivo constitucional. No entanto, num muito recente julgamento, o do acórdão n.º 101/2023 de 16 de março, a decisão caminhou num sentido de maior exigência quanto às opções legislativas. Será importante observar o que acontecerá em futuras decisões, e na possibilidade de se caminhar para a fiscalização sucessiva abstrata de algumas normas, tudo são questões que se vão colocar num futuro que ainda é incerto.

NOVOS DOMÍNIOS PARA A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE

New realms for concrete review of constitutionality

Anabela Costa Leão *

Resumo: O estatuto dos estrangeiros e dos migrantes está sujeito a uma regulação multinível e a um diálogo entre níveis de proteção, que não torna irrelevante, antes inclui, a proteção constitucional. A Constituição portuguesa de 1976 confere proteção jusfundamental (geral e especial) aos estrangeiros, imigrantes e requerentes de asilo e proteção subsidiária através de princípios como os princípios da igualdade e da equiparação e das normas de direitos fundamentais. O texto discute o contributo da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: fiscalização da constitucionalidade; direitos fundamentais; estrangeiros; migrantes; constituição.

Abstract: *The legal situation of foreigners and migrants is subject to a multilevel regulation and a dialogue between levels of protection, which include the protection afforded by the constitution. The Portuguese Constitution of 1976 grants (general and special) protection to foreigners, migrants and asylum seekers, through principles such as equality and equivalent protection and through fundamental rights. The text discusses the contribution of the constitutional jurisdiction.*

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP) e Investigadora Integrada do CIJ-FDUP, Rua dos Bragas, 223, 4050-123 Porto, Portugal. Endereço de contacto: aleao@direito.up.pt.

O texto que agora se publica corresponde a uma versão adaptada do texto de suporte à intervenção nas duas edições do *Curso online de fiscalização concreta da constitucionalidade*, em novembro de 2021 e em novembro de 2022.

Keywords: *Review of constitutionality; fundamental rights; foreigners; migrants; constitution.*

Sumário: 1. Migrações e diversidade cultural: a regulação multinível e a relevância da jurisdição constitucional. 2. Coordenadas para compreender a proteção constitucional; 2.1. Reconhecimento amplo da titularidade genérica de direitos fundamentais a cidadãos, estrangeiros e apátridas; 2.2. Princípio da igualdade e proibição de discriminação; 2.3. Reconhecimento de direitos e garantias específicos em matéria de expulsão, extradição e asilo; 2.4. Reconhecimento da cidadania como direito fundamental; 2.5. Tutela jurisdicional efetiva e garantias processuais e procedimentais. 3. Breves reflexões finais.

1. MIGRAÇÕES E DIVERSIDADE CULTURAL: A REGULAÇÃO MULTINÍVEL E A RELEVÂNCIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Portugal é um país de emigração e de imigração e um país culturalmente diversificado³⁸. Apesar de o volume de casos não ser abundante, o Tribunal Constitucional (doravante, TC) tem sido chamado a apreciar normas relativas a estrangeiros e imigrantes em sede de fiscalização da constitucionalidade³⁹, em temas como a equiparação de direitos, a expulsão e a extradição, o acesso à tutela jurisdicional e a cidadania⁴⁰. É de alguma dessa jurisprudência que se dá conta neste texto, que se centra na fiscalização concreta da constitucionalidade⁴¹.

³⁸ Ressalve-se que a diversidade cultural não resulta apenas das migrações, ainda que possa ser potenciada por esta, nem diz apenas respeito a estrangeiros.

³⁹ Apesar de haver também jurisprudência constitucional sobre os direitos de portugueses no estrangeiro e de emigrantes, neste texto ocupamo-nos dos direitos de estrangeiros em Portugal e de imigrantes.

⁴⁰ Para uma análise de jurisprudência constitucional sobre o tema, PAMPLONA DE OLIVEIRA, A Jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro, Relatório do Tribunal Constitucional Português à 10.^a Conferência Trilateral Itália, Portugal e Espanha, Lisboa, Tribunal Constitucional, 2008, disponível em https://www.tri-bunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2008.pdf. [22.05.2023] e ANA LUÍSA PINTO e MARIANA CANOTILHO, O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa, *in Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 264-265.

⁴¹ Prevista e regulada *maxime* nos artigos 280.º CRP e 69.º ss. da Lei n.º 28/82, de 22 de novembro (Lei do Tribunal Constitucional, doravante LTC). Os Acórdãos

Em sentido amplo, migrantes são aqueles que se deslocam para o território de um Estado que não aquele de que são cidadãos, com vista a aí permanecer aí (excluindo-se, portanto, os visitantes ocasionais e os turistas) ⁴². Pode distinguir-se entre migrantes em sentido estrito, por um lado, e refugiados e requerentes de asilo ou proteção internacional ⁴³, por outro. Apesar de não haver uma definição, são designadas como ‘migrantes’ as pessoas que abandonam o seu país de residência por diversos motivos, designadamente em busca de melhores condições económicas, entendendo-se que o fazem de forma voluntária, ao passo que os requerentes de asilo e refugiados são pessoas forçadas a abandonar o seu Estado fugindo de perseguições, violência ou conflitos armados, tendo um regime jurídico próprio de Direito internacional ⁴⁴. Esta distinção binária não se apresenta sempre clara, sendo discutida e discutível ⁴⁵. Já o estrangeiro é aquele que não tem a cidadania do Estado ao qual a situação se refere, independentemente

do TC referidos neste texto estão disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt, sendo citados a partir das versões aí disponibilizadas.

⁴² Assim, ANA RITA GIL, O Direito das Migrações como um novo ramo do Direito Público, in *Atas do XI Encontro de Professores de Direito Público*, Ana Gouveia Martins *et al.* (coord.), Porto, Edições U. Porto, 2018, pp. 207 ss., p. 211. Online em www.direito.up.pt. A autora sustenta a autonomização do Direito das Migrações como ramo do Direito público, englobando o Direito de Asilo e o Direito da Imigração.

⁴³ Como ensina Sofia Oliveira, “em sentido amplo, o procedimento de asilo abrange quer os casos em que está em causa o reconhecimento do estatuto de refugiado quer os casos em que está em causa a concessão de proteção subsidiária”, integrando-se ambos no procedimento designado na lei como “procedimento para obtenção de proteção internacional”, mas que a autora continua a preferir designar como “procedimento de asilo”, *vd.* SOFIA OLIVEIRA, O procedimento de asilo e o direito do requerente (de asilo ou de proteção subsidiária) a ser ouvido, in *Direito dos Estrangeiros — Direito de asilo e proteção subsidiária e apatridia*, 2.^a edição, Lisboa, CEJ, 2023, pp. 73 ss., p. 74, em nota.

⁴⁴ Para esta distinção, insistindo precisamente na classificação binária e rejeitando a abordagem unitária através do conceito-chapéu de “migrantes”, *vd.* UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), “Refugees’ and ‘Migrants’ — Frequently Asked Questions (FAQs)”, 31 de agosto de 2018, disponível em <https://www.refworld.org/docid/56e81c0d4.html>.

⁴⁵ Sobre a questão, *inter alia*, LAMIS ABDELAATY e REBECCA HAMLIN, Introduction: The Politics of the Migrant/Refugee Binary, *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 20, 2, 2022, pp. 233 ss., DOI: 10.1080/15562948.2022.2056669.

do seu estatuto migratório e da relação de permanência que desenvolve ou não com esse Estado. Tem-se sustentado que os estatutos de migrante e estrangeiro se cruzam mas não se referem exatamente à mesma situação ⁴⁶: o estatuto de migrante diz respeito à possibilidade de entrar, permanecer ou ser afastado do território do Estado, no exercício do poder soberano que a este assiste de controlar as suas fronteiras, ao passo que o estatuto de estrangeiro diz sobretudo respeito às normas que regulam as relações jurídicas e os direitos do estrangeiro que se encontram no Estado, independentemente da sua ‘situação migratória’. Em termos paralelos, o regime jurídico da cidadania ou nacionalidade ⁴⁷, ainda que se encontre a jusante da relação migratória, não deixa de se relacionar com o estatuto do migrante, seja porque a aquisição da nacionalidade pode ser vista como um momento num processo de integração no Estado de destino do imigrante ⁴⁸, seja porque muitas vezes as políticas públicas de gestão de fronteiras e de acesso à nacionalidade se contrabalançam ⁴⁹. Assim, sem prejuízo da sua autonomia, à luz de uma visão integrada dos percursos migratórios e das tarefas estaduais é inevitável levar em conta estas várias dimensões (Direito migratório, estatuto jurídico do estrangeiro e regime jurídico da nacionalidade) e as relações entre elas.

A regulação destas matérias — que progressivamente se reclama de uma abordagem global ⁵⁰ — faz-se hoje, em maior ou menor medida,

⁴⁶ Sobre a questão, v. ANA RITA GIL, *O Direito das Migrações*, cit., pp. 216 ss. *Vd.* ainda CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., pp. 21 ss.

⁴⁷ Que aqui tomamos como sinónimas, descrevendo o vínculo jurídico-político que liga o indivíduo a um Estado, sendo que a CRP se refere a cidadania e a Lei n.º 37/81, de 2 de outubro (Lei da Nacionalidade) a nacionalidade. Sobre a questão, *inter alia*, ANABELA COSTA LEÃO, *Comunidade inclusiva...ma non troppo?*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 121, 2017, pp. 34 ss., p. 42, em nota.

⁴⁸ Fazendo cessar o estatuto de imigrante, *vd.* CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., pp. 21 ss. e p. 30.

⁴⁹ ANA RITA GIL, *O Direito das Migrações*, cit., pp. 218-219.

⁵⁰ Como escreve ANA RITA GIL, *Internacionalização e europeização do direito administrativo — o caso das migrações*, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 136, julho/agosto 2019, pp. 16 ss., pp. 31 ss., o futuro do Direito das migrações parece estar associado a mecanismos assentes no planeamento, articulação e solidariedade entre Estados na gestão dos fluxos migratórios. Vejam-se a este propósito o *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (A/RES/73/195)* e o *Global*

em diferentes planos normativos, nacionais e internacionais ⁵¹. Os Estados estão limitados pelos direitos humanos consagrados em tratados internacionais (gerais ou especiais, como os que regulam, por exemplo, a situação de trabalhadores migrantes ou de crianças) e pelas normas universais aplicáveis em matéria de asilo. No plano regional europeu, os Estados estão vinculados ao respeito pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante, CEDH) ⁵² tal como interpretada e aplicada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH), cuja jurisprudência muito tem contribuído para a proteção dos migrantes, requerentes de proteção internacional e estrangeiros ⁵³. Acresce a necessária articulação com o Direito da União Europeia, uma vez que a União tem competências em matéria de gestão de fronteiras, asilo e gestão dos fluxos migratórios e estabelece o estatuto de cidadão europeu, ao qual associa direitos como a liberdade de circulação ⁵⁴. Por sua vez, em matéria de nacionalidade/cidadania cabe por regra aos Estados o poder soberano de determinar quem são

Compact on Refugees (A/RES/73/151) aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 2018.

- ⁵¹ Sobre a proteção constitucional, *inter alia*, CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., pp. 35 ss., MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos fundamentais dos estrangeiros na ordem jurídica portuguesa: Uma perspectiva constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012 e ANA RITA GIL, 40 Anos de direito constitucional de asilo, *Julgar*, n.º 29, 2016, p. 169 ss. e, sobre a regulação multinível, *inter alia*, *vd. inter alia* ANA RITA GIL, *Internacionalização*, cit.
- ⁵² Aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/75, de 13 de outubro, entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa no dia 9 de novembro de 1978.
- ⁵³ Sobre a questão, *inter alia*, *vd.* SOFIA OLIVEIRA, *Refugiados e requerentes de asilo, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, Lisboa, UCP, 2020, pp. 2945-2968, e MARTA PORTOCARRERO, *Estrangeiros e Migrantes, in Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, Lisboa, UCP, 2020, pp.2930 ss. Para uma visão da jurisprudência do TEDH, *vd.* European Court of Human Rights, *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immigration*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2022, <https://ks.echr.coe.int/web/echr-ks/immigration>.
- ⁵⁴ *Vd.* artigos 77.º ss. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE) e o Título V da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante, CDFUE). Ainda, ANA RITA GIL, *Internacionalização*, cit., dando exemplos da influência do direito europeu no direito interno das migrações.

os seus cidadãos, mas há limites que resultam de normas internacionais, e.g. da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade ⁵⁵ e, no caso específico de Estados-Membros da União Europeia (doravante, UE), das normas europeias ⁵⁶.

Esta regulação multinível não significa, naturalmente, que não continue a fazer sentido abordar a proteção constitucional dos estrangeiros e migrantes, antes impõe a articulação entre níveis e instâncias de proteção ⁵⁷. É esse, de resto, o sentido subjacente à abertura constitucional do sistema de direitos fundamentais, tal como decorre do artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) ⁵⁸, cujo n.º 1

⁵⁵ Adotada em 1997 no âmbito do Conselho da Europa e em vigor em Portugal desde 01/02/2002.

⁵⁶ Como se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, Comunidade inclusiva, cit., 43. Desenvolvidamente, ANA RITA GIL, Princípios de Direito da Nacionalidade — sua consagração no ordenamento português, in *Contencioso da Nacionalidade*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2017, p. 83 ss., disponível em <https://cej.justica.gov.pt/E-Books/Direito-Administrativo-e-Fiscal> e GONÇALO SARAIVA MATIAS, A cidadania no Direito Internacional, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 141 ss.

⁵⁷ Ainda quanto a este diálogo entre níveis de proteção, no Acórdão n.º 422/2020, tirado em fiscalização concreta, o TC tomou posição, pela primeira vez e de forma genérica, sobre os termos em que lhe cabe pronunciar-se sobre Direito europeu. O Tribunal afirmou que a ordem jurídica portuguesa reconhece quase com amplitude total o princípio do primado no artigo 8.º, mas reservou-se a competência de fiscalizar o cumprimento do limite do n.º 4 *in fine* desse artigo (“*com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático*”), tendo fixado o seguinte critério “*sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio (fundamental) do Estado de Direito democrático que, no âmbito do DUE, goze de um valor paramétrico funcionalmente equivalente ao que lhe é reconhecido na Constituição portuguesa, o Tribunal Constitucional não aprecia a compatibilidade daquela com esta última, devendo proferir uma decisão de abstenção do conhecimento*”. Acórdão disponível em Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200422.html>. Para um comentário, RUI MEDEIROS, The primacy of European Union law over the Portuguese constitution according to the constitutional court — comment on constitutional court judgment no. 422/2020, *Católica Law Review*, 5(1), 2021, pp. 111-124. Outro exemplo desse “diálogo entre níveis de proteção” é o Acórdão do TC n.º 268/2022 (“metadados”).

⁵⁸ Seja do princípio da cláusula aberta (n.º 1), seja do dever de interpretar e integrar as normas de direitos fundamentais de acordo com a Declaração Universal de Direitos Humanos (doravante, DUDH) (n.º 2).

estabelece que os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente não excluem outros constantes de lei ou regras aplicáveis de Direito internacional. Em aplicação desta cláusula aberta do n.º 1 do artigo 16.º sustenta-se a interpretação das normas de direitos fundamentais em harmonia com as normas de Direito internacional de direitos humanos e com os desenvolvimentos ocorridos nessa proteção, incluindo no plano jurisprudencial ⁵⁹. Ilustrando, apesar de não existirem normas constitucionais específicas consagrando o princípio do *non refoulement* ou da não repulsão ⁶⁰, através da aplicação articulada das normas constitucionais do n.º 8 do artigo 33.º (direito de asilo) e do artigo 25.º (direito à integridade física), interpretadas à luz das normas internacionais (artigo 16.º) que garantem o *non refoulement*, em conjugação com os princípios da universalidade (artigo 12.º) e equiparação (artigo 15.º), conclui-se que a CRP protege também contra a devolução para país não seguro ⁶¹.

Apresentam-se de seguida algumas coordenadas para compreender a ampla proteção constitucional (geral e especial) de estrangeiros e imigrantes em matéria de direitos fundamentais, relevante em sede de fiscalização da constitucionalidade. As coordenadas que se propõem são: (a) reconhecimento amplo da titularidade genérica de direitos

⁵⁹ Sobre a questão, *vd. inter alia* ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito de asilo na constituição portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 172 ss., para quem a abertura à interpretação e integração de acordo com o Direito Internacional resulta da norma do n.º 1 do artigo 16.º CRP, que poderá ser interpretada no sentido de permitir o recurso ao direito internacional para determinar a existência de novos direitos fundamentais e para interpretar os direitos fundamentais consagrados. ANA RITA GIL, 40 Anos, cit., pp. 169 ss., p. 173, convoca a propósito um princípio de atualidade constitucional “destinado a garantir que cada direito fundamental goze do nível de proteção mais elevado alcançado em cada momento histórico compatível com o sistema constitucional como um todo”.

⁶⁰ Nos termos do qual é proibido o afastamento ou repulsão, quer das pessoas que procuram, quer das que beneficiam de asilo, para países onde possam sofrer risco de perseguição, segundo ANA RITA GIL, 40 Anos, cit., p. 173. Vejam-se o artigo 33.º da Convenção de Genebra, o n.º 2 do artigo 19.º da CDFUE e, ainda, a jurisprudência do TEDH.

⁶¹ Assim propõe ANA RITA GIL, 40 Anos, cit., p. 173 ss. e pp. 180-181, convocando um princípio de proteção indireta (nos termos do qual se a norma veda o tratamento contrário à integridade física cá, também o veda se tiver lugar noutro país).

fundamentais a cidadãos, estrangeiros e apátridas, que resulta designadamente do princípio da universalidade (artigo 12.º CRP) e do princípio da equiparação de direitos consagrado no artigo 15.º CRP (com a limitação resultante do n.º 2 do artigo 15.º) e, relacionando-se com este reconhecimento, (b) necessidade de qualquer afetação de direitos fundamentais respeitar os requisitos constitucionais, designadamente o regime das restrições de direitos, liberdades e garantias do artigo 18.º CRP e o princípio da proporcionalidade; (c) relevância do princípio da igualdade e da proibição de discriminação (artigo 13.º e n.º 1 do artigo 26.º, *in fine*); (d) reconhecimento de direitos e garantias específicos em matéria de expulsão, extradição e asilo (artigo 33.º CRP); (e) relevância e âmbito de proteção da cidadania como direito fundamental (n.ºs 1 e 4 do artigo 26.º CRP); (f) relevância da proteção constitucional do princípio/direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º CRP) e das garantias procedimentais (*e.g.* artigo 268.º CRP) e processuais.

2. COORDENADAS PARA COMPREENDER A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Reconhecimento amplo da titularidade genérica de direitos fundamentais a cidadãos, estrangeiros e apátridas

A Constituição adota um critério amplo de titularidade de direitos fundamentais, que resulta do princípio da universalidade (artigo 12.º) e do princípio da equiparação de direitos (artigo 15.º CRP) ⁶². Nos termos do artigo 12.º, todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consagrados na Constituição (n.º 1), sem excluir os cidadãos que se encontrem ou residam fora do território português, os quais, nos termos do artigo 14.º CRP, gozam dos direitos e estão

⁶² *Vd.* também o artigo 14.º do Código Civil, nos termos do qual “os estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis, salvo disposição legal em contrário” (n.º 1). Já o n.º 2 considera “não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respetivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias”.

sujeitos aos deveres compatíveis com a ausência do país. O artigo 15.º CRP consagra o princípio da equiparação (ou do tratamento nacional) entre cidadãos e estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal, estabelecendo que estes gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português, concretizando assim a titularidade universal de direitos ⁶³.

No n.º 2, o artigo 15.º exclui deste regime de equiparação tendencial os direitos políticos, o exercício de funções públicas “que não tenham carácter predominantemente técnico” e os direitos e deveres exclusivamente reservados a cidadãos portugueses pela Constituição ou pela lei. Tem-se entendido que a reserva de funções que não sejam predominantemente técnicas se refere a funções “em que predomina o exercício de prerrogativas de autoridade pública” ⁶⁴. O artigo alarga, de seguida, as possibilidades de equiparação, estabelecendo que “aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros”, salvo o acesso a certos cargos (n.º 3) e que a lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições locais (n.º 4) ⁶⁵, aludindo no n.º 5 à capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições dos Deputados ao Parlamento Europeu.

⁶³ Abrindo o âmbito do princípio da universalidade previsto no artigo 12.º CRP, que apenas alude a “cidadãos”. Acompanha-se aqui o que se escreveu em CARLA AMADO GOMES e ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., pp. 35 ss.

⁶⁴ JORGE PEREIRA DA SILVA, Anotação ao artigo 15.º, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 194 ss., p. 201. Segundo o autor, *ob. cit., loc. cit.*, não está em causa a tecnicidade da função em si mesma, mas o fator “autoridade pública”. Sobre a questão, ainda, ANABELA COSTA LEÃO, *Comunidade inclusiva*, cit., pp. 45 ss.

⁶⁵ A exigência de cláusulas de reciprocidade é, porém, discutível e discutida, *vd.* o que se escreveu em CARLA AMADO GOMES e ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., pp. 82 ss. e as considerações de JORGE PEREIRA DA SILVA, Anotação ao artigo 15.º, cit., pp. 209-210, notando designadamente que o recurso a este tipo de cláusulas leva a diferenciações entre estrangeiros frequentemente sem justificação objetiva, pondo em causa o princípio da igualdade.

A CRP fornece assim uma proteção ampla aos estrangeiros, sendo contudo possível descortinar diferentes estatutos de estrangeiros. Assim é evidenciado por MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, que propõe designadamente a distinção, no plano jurídico-constitucional, entre cidadãos europeus, cidadãos de Estados de língua portuguesa (aos quais há menção específica no n.º 3 do artigo 15.º e no n.º 4 do artigo 7.º CRP) ⁶⁶ e demais estrangeiros ⁶⁷. Ao nível legal o estatuto dos estrangeiros é também diferenciado, refletindo desde logo a distinção entre cidadãos e não-cidadãos da UE: a Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto, regula a livre circulação e residência dos cidadãos da UE e famílias em território nacional e a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, regula a entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (Lei de Imigração). Por seu turno, a Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária (Lei de Asilo) ⁶⁸.

Apesar de o legislador dispor de alguma margem de conformação, em virtude do princípio da equiparação as diferenças de tratamento estabelecidas pela lei (à luz do n.º 2 do artigo 15.º, *in fine*) entre nacionais e estrangeiros podem configurar tratamentos discriminatórios e restrições inconstitucionais de direitos fundamentais ⁶⁹. No Acórdão n.º 96/2013, o TC sublinhou que a possibilidade admitida no artigo 15.º CRP de o legislador colocar o gozo de determinados direitos sob reserva de nacionalidade (excluindo, no todo ou em parte, da titularidade de determinados direitos os estrangeiros e apátridas presentes ou residentes em Portugal) está submetida ao regime do n.º 2 do artigo 18.º CRP, afirmando que “qualquer restrição legal do princípio da equiparação só será constitucionalmente legítima, se for exigida pela salvaguarda de

⁶⁶ *Vd.* ainda o Tratado de Porto Seguro entre Portugal e o Brasil (2000).

⁶⁷ MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos*, cit., p. 22 ss.

⁶⁸ Sobre esta, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA e ANABELA RUSSO, *Lei do Asilo: Anotada e Comentada*, Petrony, 2019.

⁶⁹ Remete-se para CARLA AMADO GOMES e ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., p. 40 e FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 205 ss.

outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, e se se limitar ao necessário para assegurar tal salvaguarda”.

De acordo com a jurisprudência constitucional, a equiparação diz respeito tanto a direitos, liberdades e garantias como a direitos económicos, sociais e culturais (Acórdão n.º 96/2013), de fonte constitucional ou legal (Acórdão n.º 296/2015) ⁷⁰.

No Acórdão n.º 297/2015 o TC sustentou que o princípio da equiparação vale para todos os estrangeiros e não apenas que se encontrem em situação regular no território nacional, pelo menos no que respeita a um conjunto nuclear de direitos resultantes do direito internacional e constitucional, em especial associados à dignidade da pessoa humana ⁷¹. O n.º 1 do artigo 15.º não alude à entrada ou permanência regulares (ao contrário, por exemplo, do que sucede na alínea *c*) do n.º 1 do artigo 27.º CRP), pelo que, mesmo que se entenda que a equiparação pressupõe por regra que os estrangeiros e apátridas se encontrem em situação regular no território nacional ⁷², a diferenciação na titularidade de direitos fundamentais atendendo à situação regular ou irregular deve ela própria ser escrutinada ⁷³, tanto mais que, para a titularidade de muitos dos direitos previstos constitucionalmente, deve ter-se por irrelevante a regularidade da presença.

⁷⁰ *Vd.* ainda JORGE PEREIRA DA SILVA, Anotação cit., pp. 195 ss.

⁷¹ Louvando-se em jurisprudência anterior e na doutrina, *vd.* MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos*, cit., p. 130. Fazendo a ligação entre o estatuto do estrangeiro e a dignidade da pessoa humana, o TC entendeu que “[a]o fazer depender, do prazo de 3 anos de residência legal em Portugal, o direito a uma prestação social que assegure uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, que é resultado da conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, o legislador impõe aos estrangeiros um sacrifício desproporcionado ao fim da restrição”.

⁷² Assim, JORGE PEREIRA DA SILVA, Anotação, cit., pp. 197 ss., sustentando que o princípio da equiparação só vale *qua tale* para estrangeiros em situação regular, exceto quanto aos direitos universalmente reconhecidos a todas as pessoas de fonte constitucional e internacional.

⁷³ Como se escreveu no Acórdão n.º 296/2015, “Enquanto exceção ao princípio da equiparação, a exigência de residência legal no País ou, por maioria de razão, de períodos mínimos de residência legal, nem sempre será admissível, devendo a sua conformidade constitucional ser apreciada em função dos direitos concretos em causa e do alcance restritivo dos especiais requisitos fixados para a sua concessão, à luz de outros princípios constitucionais eventualmente mobilizáveis”.

Entre os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos estão direitos como o direito à tutela jurisdicional efetiva (artigo 20.º) e o direito à liberdade e segurança (artigo 27.º⁷⁴), que relevam especialmente nas situações que colocam o estrangeiro em contacto com as autoridades administrativas e judiciais⁷⁵. Incluem-se também direitos que limitam o poder estadual (sempre juridicamente balizado) de determinar quem e entra e sai do território, como o direito à proteção da vida familiar e da unidade familiar (artigo 36.º e 67.º), do qual resultam o reconhecimento do direito ao reagrupamento familiar⁷⁶ e limites à expulsão⁷⁷. A tutela jusfundamental não releva apenas no

⁷⁴ Veja-se em especial a alínea *c*) do n.º 3 do artigo 27.º CRP.

⁷⁵ A Lei de Imigração regula vários procedimentos administrativos, desde os procedimentos de concessão de vistos ou de autorizações de residência até àqueles que incidem sobre decisões de recusa de entrada ou decisões de afastamento, ainda que de forma pouco exaustiva, como nota TIAGO FIDALGO DE FREITAS, O regime jurídico da imigração: a entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, in *Direito dos Estrangeiros — Direito de asilo e proteção subsidiária e apatridia*, 2.ª edição, Lisboa, CEJ, 2023, pp. 147 ss., p. 164. Os atos administrativos praticados nos procedimentos disciplinados na referida Lei estão, nos termos gerais, sujeitos a impugnação jurisdicional perante os tribunais administrativos, *vd.* TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *ob. cit.*, *loc. cit.*, p. 165. Também no âmbito do asilo as garantias jurisdicionais são relevantes, vejam-se designadamente os artigos 22.º, 30.º, 63.º da Lei no Asilo, prevendo garantias jurisdicionais contra as decisões administrativas.

⁷⁶ Apesar de a CRP não se referir expressamente ao direito ao reagrupamento familiar, regulado na lei, *vd.* artigos 99.º e 10.º da Lei de Estrangeiros e artigo 68.º da Lei de Asilo, este pode considerar-se um direito materialmente fundamental de fonte legal, de natureza análoga a direitos, liberdades e garantias (artigos 16.º e 17.º CRP), Sobre a questão, *vd.* ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, Legitimidade processual na intimação para proteção do direito ao reagrupamento familiar, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 86, 2011, pp. 27 a 38, p. 36. *Vd.* ainda ANA CRISTINA LAMEIRA, Direito ao reagrupamento familiar, permissão e ingerência do Estado (no regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros no território nacional da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho) e na jurisprudência, in *O contencioso de direito administrativo relativo a cidadãos estrangeiros*, CEJ, 2016, pp. 119 ss.

⁷⁷ Como se verá *infra*. Sustentando existir um direito fundamental a permanecer no território nacional ao menos nos casos em que se trate de proteger a vida privada e familiar ou a ligação do indivíduo ao Estado em que reside (e eventualmente nasceu), de base legal (artigos 135.º e 136.º da Lei de Estrangeiros) e jurisprudencial, à luz do artigo 16.º CRP em articulação com os direitos à proteção da vida

acesso ao território (políticas de imigração), mas também no âmbito das chamadas políticas de integração ⁷⁸. A título exemplificativo, direitos como a liberdade de consciência e de religião (artigo 41.º) e o direito à identidade pessoal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º), invocáveis para amparar pretensões relacionadas com a identidade religiosa e cultural, podem avultar especialmente no processo de integração e na acomodação da diversidade cultural e religiosa ⁷⁹, assim como o princípio da igualdade e a proibição de discriminação (*v. infra*).

Com efeito, e como se escreveu já, o facto de a CRP não ter uma cláusula expressa de proteção de minorias étnico-culturais não é decisivo para resposta à questão de saber se, e em que medida, é a constituição portuguesa aberta à tutela da expressão jusfundamental da identidade cultural ou como desempenha a sua função de “inclusividade intercultural” ⁸⁰. Os princípios do Estado de Direito, democrático, social e cultural (artigos 2.º e 9.º), aí compreendidas dimensões de pluralismo, igualdade e universalidade, apontam no sentido da inclusividade, “compreendida à luz da dignidade da pessoa humana e concretizada, em especial, através dos direitos fundamentais (e dos princípios relativos à sua interpretação e aplicação), comprometendo o Estado com o reconhecimento, a proteção e a promoção diferenciadas da identidade e diversidade culturais” ⁸¹.

privada e familiar e identidade e pessoal (artigos 26.º e 36.º CRP), *vd.* CARLA AMADO GOMES e ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., p. 33-34.

⁷⁸ Entendendo-se a integração como processo dinâmico, de dois sentidos, de mútua acomodação entre imigrantes e residentes, no sentido que lhe tem sido dado por exemplo pela União Europeia, e não como assimilação. Sobre a questão, *vd.* ALEXSANDRA GRZYMALA-KAZLOWSKA e JENNY PHILLIMORE, Introduction: rethinking integration. New perspectives on adaptation and settlement in the era of super-diversity, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44:2, 2018, pp. 179-196. DOI: 10.1080/1369183X.2017.1341706.

⁷⁹ Ilustrativamente, ainda que não se refiram a estrangeiros *vd.* Acórdão n.º 544/2014 e Acórdão n.º 545/2014, ambos do TC, e FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., p. 232 ss.

⁸⁰ ANABELA COSTA LEÃO, Constituição e interculturalidade: síntese de uma proposta, *in Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 135 ss., p. 142, e referências aí indicadas.

⁸¹ ANABELA COSTA LEÃO, Constituição, cit., p. 142.

Do reconhecimento da proteção conferida pelas normas de direitos fundamentais resulta também a aplicação de um conjunto de regras e princípios que integram o seu regime jurídico, sendo tradicional identificar um regime geral aplicável a todos os direitos fundamentais e regimes específicos aplicáveis aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos económicos, sociais e culturais — cuja diferença se vem, contudo, esbatendo ⁸². Note-se que qualquer intervenção no âmbito dos direitos fundamentais deve respeitar os requisitos constitucionais, designadamente o princípio da proporcionalidade — que, além de resultar do princípio do Estado de Direito (artigo 2.º) se encontra também especificamente consagrado nos artigos 18.º e 19.º CRP, entre outros — e o princípio da igualdade. Em especial, tratando-se da restrição de direitos, aplica-se o regime restritivo das restrições que resulta dos números 2 e 3 do artigo 18.º CRP.

2.2. Princípio da igualdade e proibição de discriminação

A Constituição portuguesa consagra o princípio da igualdade e a proibição de discriminação do artigo 13.º, estabelecendo ainda no artigo 26.º um direito à proteção legal contra todas as formas de discriminação ⁸³. A igualdade é entendida não apenas em sentido formal, mas também material ou substancial ⁸⁴.

Nos termos do n.º 2 do artigo 13.º, “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, provado de direitos ou isento de deveres em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica,

⁸² É tema que não podemos aprofundar aqui, remetendo a sua discussão para JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, Principia, 2011, pp. 43 ss., JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Lisboa, AAFDL, 2017, *passim* e JORGE MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2021.

⁸³ Remete-se aqui para FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 176 ss.

⁸⁴ Discutindo o conceito de igualdade e propondo uma perspectiva complexa da igualdade substancial, SANDRA FREDMAN, Substantive equality revisited, *International Journal of Constitutional Law*, 14, 3, 2016, pp. 712 ss., <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>.

condição social ou orientação sexual”. Este elenco é exemplificativo, e o facto de não se referir à cidadania (ainda que se refira ao território de origem e ascendência) não exclui, naturalmente, que diferenças de tratamento com base na cidadania possam ser discriminatórias. O Direito Internacional universal e regional e o Direito da UE consagram também o princípio da igualdade e a proibição de discriminação e, ainda que não vedem aos Estados a possibilidade de diferenciarem entre cidadãos e não cidadãos, exigem que essa diferenciação seja justificada ⁸⁵. Como escreve Elspeth Guild ⁸⁶, uma atuação responsável dos Estados em matéria de migrações implica respeitar os direitos humanos e o princípio da não discriminação, pelo que qualquer diferença de tratamento entre cidadãos e estrangeiros migrantes, ou entre categorias de estrangeiros migrantes, tem de ter um fim legítimo e ser proporcional a esse fim, tal como tem sido exigido pelo Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial ⁸⁷.

O princípio da equiparação é, ele mesmo, uma manifestação específica do princípio da igualdade, estabelecendo como regra o tratamento

⁸⁵ Sobre a questão, *inter alia* FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 205 ss. O princípio da igualdade em geral e, em especial, a proibição de discriminação em função da nacionalidade resultam de vários instrumentos de proteção de direitos humanos, de carácter universal e regional, *inter alia*, do artigo 2.º da DUDH, do artigo 2.º e do artigo 26.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do artigo 14.º da CEDH e seu Protocolo n.º 12. Na UE, o artigo 2.º do Tratado da UE proclama a igualdade como um dos valores da União, a CDF dedica o Título III à igualdade, estabelecendo no artigo 21.º uma genérica proibição de discriminação em função da nacionalidade, e o Direito da União concretiza o princípio da igualdade e a proibição de discriminação em diversos domínios, *e.g.* através da cidadania europeia, *vd.* ERICA HOWARD, *Equality as an EU Value*, *Oxford Encyclopedia of EU Law*, OUP, 2022, <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-oeu/law-oeu-e93>.

⁸⁶ ELSPETH GUILD, *The UN Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What Place for Human Rights?*, in *International Journal of Refugee Law*, 30(4), pp. 661-663, 2018, <https://doi.org/10.1093/ijrl/eey049>.

⁸⁷ *Vd.* UN Committee on the Elimination of racial Discrimination (CERD), *CERD General Recommendation XXX on Discrimination Against Non-Citizens*, 5 August 2004, <https://www.refworld.org/docid/45139e084.html>. Recentemente, o *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (A/RES/73/195)* assume os princípios da não-discriminação e do respeito pelos direitos humanos no âmbito das migrações, *vd.* designadamente a alínea *f*) do Ponto 15.

igual entre cidadãos e estrangeiros e apátridas, e assim o entendeu já o TC (Acórdãos n.ºs 196/2015, n.º 345/2002 e n.º 96/2013) ⁸⁸.

A proteção conferida pelo princípio da igualdade não se circunscreve à proibição de discriminação em função da nacionalidade: outros fatores podem ser relevantes, como a idade, o género, a língua, a raça ou etnia, uma incapacidade ou a religião ⁸⁹, de forma isolada ou cumulativa ou interseccional ⁹⁰. Acresce que a Constituição não só proíbe discriminações, diretas ou indiretas ⁹¹, como também permite, e nalguns casos impõe, diferenciações e medidas de ação afirmativa ⁹². O princípio da igualdade e a proibição de discriminação relevam na configuração do regime de entrada, permanência e saída do território, mas também na configuração do estatuto do estrangeiro que se encontra no território. O não conhecimento da língua pode, por exemplo, dificultar o exercício de direitos de defesa ou práticas religiosas diferentes das da maioria podem dificultar ou mesmo vedar o acesso ao exercício de uma profissão ⁹³.

Finalmente, refira-se que podemos estar perante pessoas ou grupos especialmente vulneráveis em razão de um ou vários fatores, o que releva em sede de igualdade, por exemplo para justificar um tratamento diferenciado ou impor uma proteção acrescida ⁹⁴. O TEDH

⁸⁸ FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., p. 211 e JORGE PEREIRA DA SILVA, Anotação, cit., p. 196. Fazendo essa articulação, *vd.* Acórdão n.º 72/2002 (fiscalização abstrata sucessiva).

⁸⁹ *Vd.* CARLA AMADO GOMES e ANABELA COSTA LEÃO, *A condição*, cit., pp. 42 ss. e FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 218 ss. Apesar de a jurisprudência do TC sobre discriminação racial não abundar, veja-se o Acórdão n.º 452/89 sobre discriminação das comunidades ciganas e FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *ob. cit.*, loc. cit., pp. 188-190.

⁹⁰ Sobre estes conceitos, FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 49 ss.

⁹¹ Assim se entendeu no Acórdão n.º 232/03 (preferências regionais) do TC. A discriminação diz-se indireta quando uma norma aparentemente neutra coloca, ainda assim, uma pessoa ou grupo de pessoas numa situação de desvantagem. Sobre estes conceitos, FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 49 ss.

⁹² FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 217 ss.

⁹³ *Inter alia*, ainda que não versando especificamente sobre estrangeiros, FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 272-276.

⁹⁴ *Vd.* ANABELA COSTA LEÃO, O Estado perante a vulnerabilidade, in *Oñati Socio-Legal Series*, 12(1), 2022, pp. 86 ss., <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1326>.

tem recorrido ao conceito de vulnerabilidade para densificar o controlo do princípio da igualdade e da proibição de discriminação bem como para estabelecer especiais deveres de proteção estadual, identificando alguns grupos vulneráveis, como os requerentes de asilo, os menores e os menores não acompanhados requerentes de asilo ⁹⁵.

2.3. Reconhecimento de direitos e garantias específicos em matéria de expulsão, extradição e asilo

No artigo 33.º, a CRP reconhece direitos específicos em matéria de expulsão, extradição e asilo, de particular relevância para estrangeiros e migrantes. Estão aí referidas três situações: expulsão (números 1 e 2), extradição (números 3 a 7) e asilo e estatuto de refugiado político (números 8 e 9). Outros artigos complementam esta proteção, como o artigo 30.º CRP.

Os cidadãos portugueses não podem ser expulsos (n.º 1 do artigo 33.º), mas a CRP admite que possam ser extraditados, em certas circunstâncias previstas no n.º 3 do artigo 33.º, nunca sendo a extradição admitida por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou lesão irreversível da integridade física, segundo o n.º 6 do artigo 33.º CRP ⁹⁶. Já a relação dos estrangeiros com o território do Estado não é livre, não gozando estes do direito de livre entrada, fixação e saída no/do território nacional de que gozam os nacionais (artigo 44.º). Para além do direito de livre circulação e residência dos cidadãos europeus, são também crescentes os limites que resultam do Direito internacional, do Direito europeu e, no caso português, do Direito constitucional ao poder de determinar a entrada e a expulsão de não cidadãos.

⁹⁵ Sobre a questão, LOURDES PERONI e ALEXANDRA TIMMER, Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, pp. ss., <https://doi.org/10.1093/icon/mot042>.

⁹⁶ Sobre a questão, DAMIÃO DA CUNHA, Anotação ao artigo 33.º, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 540 ss.

Um importante conjunto de decisões do TC diz respeito à expulsão de estrangeiros. O Tribunal já teve oportunidade de apreciar, em sede de fiscalização concreta, uma norma do regime de estrangeiros sobre a pena acessória de expulsão, se interpretada no sentido de a condenação de um estrangeiro pela prática de crime ter como efeito necessário e automático a sua expulsão do país, uma vez cumprida a pena ⁹⁷. O Tribunal entendeu, em diversos acórdãos, que a interpretação no sentido da expulsão necessária e automática de estrangeiro contrariava o disposto no n.º 4 do artigo 30.º da CRP, nos termos do qual “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais e políticos” (vd. Acórdãos n.ºs 442/93, 577/94 e 41/95), se tivesse por efeito privar os estrangeiros de algum ou alguns desses direitos ⁹⁸.

O TC tem também considerado que da proteção da vida familiar podem resultar limites à expulsão. O Tribunal foi chamado a fiscalizar normas que previam o decretamento de pena acessória de expulsão a estrangeiros condenados em certos crimes, quando esses estrangeiros tivessem filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional, julgando-as inconstitucionais por violação do disposto conjuntamente no artigo 36.º e no n.º 1 do

⁹⁷ Do (então) n.º 2 do artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 480/83, de 13 de dezembro, depois n.º 1 do artigo 68, do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de março, que dispunha “será aplicada a pena acessória de expulsão (...) ao estrangeiro residente no País há mais de cinco anos e menos de vinte condenado em pena superior a três anos de prisão”.

⁹⁸ Como se escreveu no Acórdão n.º 442/93, havia que averiguar “se a *medida de expulsão aplicada* era, no caso, suscetível de importar perda de direitos civis, profissionais ou políticos para o arguido estrangeiro a quem foi imposta”, o que não sucedia no caso pois o estrangeiro não era residente nem tinha solicitado a residência nem tinha visto de trabalho. Assim, o TC concluiu que «muito embora o acórdão recorrido, para o efeito de ordenar a expulsão do arguido, tenha aplicado o artigo 34.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro (interpretando-o no sentido de que, condenando-se um arguido estrangeiro pelo crime do artigo 23.º daquele Decreto-Lei, se impõe a decretação automática da sua expulsão do País) — interpretação que, como se viu, viola o artigo 30.º, n.º 4, da Constituição —, essa aplicação não violou, no caso, um tal preceito constitucional, em virtude de, na condenação, não ir envolvida, como efeito necessário, “a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”».

artigo 33.º CRP (*vd.* Acórdãos n.ºs 181/97 e 470/99). Note-se que o problema estava, não propriamente na previsão da expulsão, mas nos resultados a que conduzia quando aplicada a estrangeiros com filhos menores a seu cargo de nacionalidade portuguesa. Posteriormente, no Acórdão n.º 232/2004, tirado em fiscalização sucessiva abstrata, o TC declarou inconstitucional a norma que permitia a aplicação de medida de expulsão a estrangeiro com filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes no território nacional a seu cargo, por essa expulsão implicar, de facto, ou a expulsão de nacionais (os filhos menores), constitucionalmente vetada no n.º 1 do artigo 33.º, ou a separação entre pais e filhos com prejuízo do direito à convivência familiar protegido no n.º 6 do artigo 36.º Como se escreveu já, nesta decisão o TC reconheceu à família — e também àquela em que se cruzam diferentes nacionalidades — o direito-garantia à unidade família, que deve prevalecer, em caso de convivência efetiva, sobre os interesses subjacentes à ordem de expulsão ⁹⁹ ¹⁰⁰.

O TC tem também analisado o regime da extradição, antes e depois da revisão constitucional de 1997 (que lhe introduziu alterações significativas) ¹⁰¹. Muitas das decisões do TC nesta matéria resultam de julgamentos proferidos em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade ¹⁰², versando sobre garantias processuais no âmbito do processo de extradição passiva, incluindo a detenção, a extradição por crimes puníveis com pena de morte e adequação da garantia de

⁹⁹ ANABELA COSTA LEÃO, Expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo — anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 232/04, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, 2004, pp. 25 ss., *maxime* pp. 32 ss.

¹⁰⁰ Atualmente, *vd.* o artigo 135.º da Lei de Imigração (limites à expulsão). Esta proteção também se reflete no artigo 36.º da referida Lei, que estabelece limites à recusa de entrada.

¹⁰¹ Sobre estas e sobre o regime constitucional, *vd.* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA e CRISTINA SOUSA MACHADO, Extradicação e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade, Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal à XIV Conferência Trilateral Itália, Portugal e Espanha, Lisboa, Tribunal Constitucional, 2012, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/36/ponencia%20portugal%202102.pdf> e PAMPLONA DE OLIVEIRA, A Jurisprudência, cit. *Vd.* ainda Acórdão n.º 273/2022 do TC.

¹⁰² MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA e CRISTINA SOUSA MACHADO, Extradicação, cit.

substituição, relação entre o processo de asilo e o processo de extradição e os poderes do Estado requerente no âmbito de processos de extradição passiva ¹⁰³.

Uma parcela de casos diz respeito à detenção ¹⁰⁴, designadamente à possibilidade de detenção antecipada de quem vai ser sujeito a extradição ainda antes de haver pedido de extradição (detenção para extradição) ¹⁰⁵. No Acórdão n.º 505/97 o TC, louvando-se em jurisprudência anterior (Acórdão n.º 228/97), enquadrou a detenção no artigo 27.º CRP, que reconhece o direito à liberdade, considerando tratar-se de uma restrição à liberdade constitucionalmente prevista na alínea *c*) do n.º 3 do artigo, a fiscalizar à luz do regime constitucional das restrições, designadamente à luz do princípio da proporcionalidade (n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º CRP) ¹⁰⁶. A referida alínea admite a privação de liberdade em caso de “prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão”, tendo o Tribunal entendido que no inciso final devia ser também incluída a detenção antecipada, solicitada ou não, pois estaria abrangido todo o procedimento de extradição, o que incluiria a detenção como “ato preliminar do pedido”.

Os limites decorrentes da proteção da vida familiar foram também invocados quanto ao regime da extradição no Acórdão n.º 695/2020, também em fiscalização concreta. Mais especificamente, colocou-se ao TC a questão da inconstitucionalidade das normas da Lei n.º 144/99, de 31 de agosto ¹⁰⁷ e do Tratado sobre extradição entre Portugal e a China ¹⁰⁸, se interpretadas e aplicadas no sentido de ser permitida a

¹⁰³ Segundo a proposta de MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA e CRISTINA SOUSA MACHADO, *Extradição*, cit., para aí se remetendo a análise jurisprudencial.

¹⁰⁴ *Inter alia*, Acórdãos n.ºs 325/86, n.º 228/97 e n.º 505/97 do TC.

¹⁰⁵ Hoje prevista nos artigos 38.º e 39.º LCJIMP.

¹⁰⁶ Sobre a questão, *vd.* MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA e CRISTINA SOUSA MACHADO, *Extradição*, cit., pp. 23 ss.

¹⁰⁷ Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, doravante LCJIMP.

¹⁰⁸ Constantes do n.º 2 do artigo 18.º da LCJIMP (nos termos do qual “[p]ode ainda ser negada a cooperação quanto, tendo em conta as circunstâncias do facto, o deferimento do pedido possa implicar consequências graves para a pessoa visada, em razão da idade, estado de saúde ou de outros motivos de carácter pessoal”)

extradição de uma pessoa com filhos menores, nacionais de Estado terceiro, residentes em território português, relativamente aos quais assuma efetivamente responsabilidades parentais e a quem assegure o sustento e a educação, por violação do princípio da igualdade (artigo 13.º), da garantia de não separação dos filhos (n.º 6 do artigo 36.º), da proteção da família (artigo 67.º), da proteção da paternidade e maternidade (artigo 68.º) e do direito das crianças à proteção do Estado (artigo 69.º). Contudo, o Tribunal decidiu não admitir o recurso por não vir alegada uma verdadeira questão normativa, mas antes se pretender amparo contra uma decisão em virtude de se entender que esta não atendeu às circunstâncias do caso, especificamente à situação familiar da recorrente ¹⁰⁹.

São frequentes os casos em que o TC decidiu não conhecer o objeto de recurso por entender não vir suscitada nenhuma questão normativa de constitucionalidade, antes estando em causa reapreciar a decisão judicial relativa *e.g.* a um concreto mandado de detenção europeu (*vd.* Acórdão n.º 463/2019 ¹¹⁰) ou a um ato de indeferimento de pedido de

e da alínea *b*) do artigo 4.º do Tratado entre a República Portuguesa e a República Popular da China sobre Extradicação, que determina que a extradição pode ser recusada quando “for incompatível com considerações humanitárias em virtude de idade, saúde ou outras condições da pessoa reclamada”.

¹⁰⁹ Assim, entendeu-se que a questão colocada “mais não é do que a indicação das circunstâncias do caso que, na ótica da recorrente, preenchem tais enunciados normativos, em busca de uma nova pronúncia sobre a devida aplicação do direito infraconstitucional, ainda que à luz de princípios com assento constitucional. Invoça-se a existência em Portugal de filhos menores a cargo da extraditanda e do outro responsável parental, também confrontado com pedido de extradição, facto que, na ótica da recorrente, justificava a denegação do pedido formulado. Estamos, pois, e com clareza, perante uma questão casuística, procurando a recorrente amparo relativamente à autorização da sua extradição em face das suas particulares condições pessoais e familiares. Em rigor, a censura constitucional é, pois, dirigida ao ato de julgamento, em si mesmo, por ter interpretado e aplicado o direito infraconstitucional de modo diferente daquele que a recorrente reputa correto, e não a um efetivo critério normativo de decisão”.

¹¹⁰ O Acórdão n.º 463/2019 diz respeito a uma reclamação para conferência de uma decisão sumária de não conhecimento do objeto do recurso ao abrigo do n.º 1 do art. 78.º-A LTC num caso de mandado de detenção europeu. O Tribunal entendeu: “o que o recorrente considera inconstitucional não é qualquer norma ou dimensão normativa respeitante ao regime do mandado de detenção europeu — extraível,

asilo (*vd.* Acórdão n.º 407/2018 ¹¹¹), o que não é abrangido pelo sistema de fiscalização normativa da constitucionalidade, que não prevê “recurso de amparo”.

designadamente do artigo 13.º, da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto, a que faz por diversas vezes referência — mas sim o *concreto* mandado de detenção europeu emitido pelas autoridades inglesas: é o facto de o mandado de detenção europeu não definir nem determinar o limite máximo da medida de segurança ou privativa de liberdade a que o recorrente poderá ficar sujeito até à sua inquirição que o mesmo considera violar os preceitos constitucionais invocados, isto é, dos artigos 30.º, n.º 1, e 33.º, n.º 4, da Constituição. Não tendo por objeto qualquer norma legal aplicada pelo Tribunal recorrido, mas apenas o próprio mandado de detenção ao abrigo do qual foi ordenada a entrega do recorrente ao Estado membro de emissão — ou, mais rigorosamente até, a suficiência das garantias prestadas pelas autoridades inglesas —, a pretensão subjacente ao presente recurso não é acomodável no âmbito de um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade de *natura estritamente normativa*, como é aquele que se encontra acolhido no artigo 280.º, n.º 1, da Constituição.” Em conferência, o Tribunal decidiu manter a decisão, e mais entendeu não se aplicar o convite ao suprimento dos elementos em falta para a interposição do recurso previsto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 75.º-A LTC, pois do que se tratava nos Autos era de falta de idoneidade do objeto.

¹¹¹ No Acórdão n.º 407/2018 estava em causa um recurso interposto ao abrigo da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 70.º LTC. Na base estava uma decisão administrativa de indeferimento da Diretora Nacional do SEF de um pedido de concessão de asilo, nos termos do artigo 3.º, ou de autorização de residência por razões humanitárias, nos termos 7.º, da Lei do asilo, objeto de recurso para o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, para o Tribunal Central Administrativo Sul e depois para o Supremo Tribunal Administrativo, sucessivamente indeferindo o seu pedido de anulação da decisão. Houve um recurso para o TC que foi objeto de uma decisão sumária (Decisão Sumária n.º 254/2018) pela qual se decidiu não tomar conhecimento do objeto do recurso, face à qual o recorrente reagiu com um pedido de esclarecimento. Pela Decisão Sumária n.º 254/2018 decidiu-se não tomar conhecimento do objeto do recurso interposto pelo Recorrente, reiterando que o objeto do recurso era uma inconstitucionalidade normativa, que não tinha sido identificada: «(...) pois o recorrente não identificou “critérios normativos”, com caráter de generalidade e abstração, que considera inconstitucionais. Apontou sim vícios de procedimento e “falhas” no que diz respeito à alegação e prova dos factos, valoração da falta de documentos, e aos fundamentos da decisão administrativa que indeferiu os pedidos do requerente, mas sem “a delimitação de um critério normativo genérico e abstrato, aplicável a uma multitude de casos, que repete de inconstitucional”». O Tribunal, depois de esclarecer que a figura do pedido de esclarecimento deixou de existir na lei processual civil, convolou o requerimento em reclamação para a conferência (n.º 3 do artigo 78.º-A LTC), mas manteve a decisão de inadmissibilidade.

2.4. Reconhecimento da cidadania como direito fundamental

Tratando-se de estrangeiros, um direito fundamental que pode assumir especial relevância é o direito à cidadania. Além de referir a cidadania no artigo 4.º, nas disposições iniciais, em que se ocupa dos chamados “elementos do Estado” portugueses, a Constituição consagra um direito fundamental à cidadania no artigo 26.º (n.º 1 e n.º 4), inserido no catálogo de direitos, liberdades e garantias e insuscetível de suspensão em estado de exceção (n.º 6 do artigo 19.º). Contudo, a matéria está essencialmente regulada na Lei da Nacionalidade ¹¹².

Na sua vertente negativa, do direito à cidadania resulta a proteção contra a privação (ou privação arbitrária) da cidadania portuguesa ¹¹³. Contudo, na sua vertente positiva, a existência e/ou densidade de um direito de aceder à cidadania portuguesas são discutidas ¹¹⁴. Entende-se, contudo, ser de acompanhar o entendimento ¹¹⁵ proposto na doutrina de que, ainda que nesta sua vertente positiva o direito careça de concretização por parte do legislador ordinário, sempre resultará da Constituição um conteúdo mínimo, aplicável contra ou na ausência de lei (n.º 1 do artigo 18.º CRP), que se impõe ao legislador no cumprimento do seu dever de concretização do direito à cidadania ¹¹⁶, devendo falar-se de verdadeiro direito, e não de mera expectativa.

O TC pronunciou-se já em diversos arestos sobre este direito à cidadania. No Acórdão n.º 497/2019, o Tribunal elencou algumas premissas fundamentais na matéria: (a) o direito à cidadania portuguesa

¹¹² E no Regulamento da Nacionalidade Portuguesa (RNP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro.

¹¹³ Assim, RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao artigo 26.º, in *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Jorge Miranda e Rui Medeiros (org.), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 440 ss., pp. 458-459 e ANABELA COSTA LEÃO, Comunidade inclusiva, cit. *Vd.* ainda artigo 15.º da DUDH e n.º 4 do artigo 26.º da CRP e, na LN, o art. 8.º.

¹¹⁴ Sobre a consagração constitucional do direito à cidadania, *vd.* JORGE PEREIRA DA SILVA *Direitos de cidadania e direito à cidadania*, Lisboa, ACIME, 2004 e RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao artigo 26.º, cit., pp. 458-459.

¹¹⁵ Como se escreveu em ANABELA COSTA LEÃO, Comunidade inclusiva, cit., 43.

¹¹⁶ *Vd.* JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos*, cit., p. 95 e RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, Anotação ao artigo 26.º, cit., p. 458.

tem a natureza de direito fundamental ¹¹⁷; (b) deve ser reconhecido na sua dimensão negativa, como “direito fundamental a não ser privado da cidadania portuguesa”, e na sua dimensão positiva, como direito de aceder à cidadania portuguesa reconhecido a qualquer pessoa que tenha a “expectativa jurídica” de a adquirir, “observados que sejam determinados pressupostos que o legislador interno entende como expressando aquele vínculo de integração efetiva na comunidade nacional” ¹¹⁸, sendo que (c) o legislador não goza de liberdade ilimitada na definição do regime de acesso à cidadania, não podendo postergar o “conteúdo mínimo” que resulta dos artigos 4.º e n.ºs 1 e 4 do artigo 26.º CRP, assim como de outros preceitos constitucionais e de direito internacional (*e.g.* da DUDH e da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade), e (d) as condições legalmente fixadas para o acesso à cidadania terão de passar o crivo do princípio da proporcionalidade e preservar o núcleo essencial do direito, que o TC faz corresponder “à evidenciação de um específico vínculo de integração na comunidade portuguesa”.

Entre as normas cuja constitucionalidade o Tribunal tem controlado em sede de fiscalização concreta contam-se normas do regime da oposição à aquisição da nacionalidade. No Acórdão n.º 106/2016 o TC proferiu uma decisão interpretativa ao abrigo do n.º 3 do artigo 80.º da LTC. O Ministério Público interpôs recurso obrigatório ¹¹⁹ para o TC da expressa recusa de aplicação, pelo Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, das normas da Lei e do Regulamento

¹¹⁷ O que, nos dizeres do Acórdão, “postula a sua subordinação a alguns corolários garantísticos que constitucionalmente enformam os direitos fundamentais, nomeadamente, aos princípios da sua universalidade e da igualdade, a vocação para a sua aplicabilidade direta, a vinculação de todas as autoridades públicas e privadas e a sujeição das restrições legais ao regime exigente constante dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP”.

¹¹⁸ Também no Acórdão n.º 331/2016, tirado em fiscalização concreta, o TC qualificou o direito à cidadania na sua vertente positiva como expectativa jurídica e não como direito subjetivo, em termos que não se acompanham, retirando dessa qualificação uma maior margem de liberdade de conformação no estabelecimento de critérios de acesso, *vd.* FERNANDO REY MARTINEZ *et al.*, *Direito Antidiscriminatório*, cit., pp. 209-210. O TC pronunciou-se também sobre a natureza do direito à cidadania nos Acórdãos n.ºs 599/2005, n.º 106/2016 e n.º 331/2016.

¹¹⁹ Ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º e n.º 3 do artigo 72.º LTC.

da Nacionalidade ¹²⁰ nos termos das quais constituía fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou adoção a condenação, por sentença transitada em julgado, por crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos, segundo a lei portuguesa ¹²¹, interpretadas no sentido de que o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa decorrente da condenação seria um efeito necessário e automático da condenação, impondo-se “inexoravelmente *ex vi legis* na esfera jurídica do interessado, não deixando à Administração qualquer margem de apreciação e ponderação”. A recusa de aplicação do tribunal *a quo* baseou-se na violação do direito à aquisição *ex novo* da nacionalidade portuguesa (artigo 26.º CRP), do n.º 1 do artigo 30.º (proibição de penas ou medidas privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida) e do n.º 4 do artigo 30.º CRP. Depois de reiterar os pressupostos de admissibilidade ¹²², numa longa decisão em que elaborou sobre a proteção constitucional do direito à cidadania, o TC reconheceu a sua jusfundamentalidade, designadamente ao abrigo do artigo 26.º CRP (n.ºs 1 e 4), mas sustentou igualmente que o artigo 4.º CRP permitia ao legislador ordinário conformar os requisitos de acesso à nacionalidade, podendo nessa sede fazer uma ponderação geral e abstrata atendendo a condenações penais suscetíveis de

¹²⁰ Mais concretamente, das alíneas *b*) do artigo 9.º da Lei n.º 37/81, de 3 de outubro (Lei da Nacionalidade), na redação da Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de abril, e do n.º 2 do artigo 56.º do Decreto-Lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro (Regulamento da Nacionalidade).

¹²¹ A redação da norma à data era a seguinte: “*Constitui fundamento de oposição (...) A condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa*”. Atualmente, a norma dispõe: “1. Constituem fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade: (...) *b*) A condenação, com trânsito em julgado da sentença, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos, por crime punível segundo a lei portuguesa”.

¹²² O TC reiterou que, tendo o recurso sido interposto ao abrigo da alínea *a*) do n.º 1, do artigo 70.º LTC, a sua admissibilidade dependia da verificação de dois pressupostos: “*i*) que a decisão recorrida tenha recusado efetivamente a aplicação de certa norma ou interpretação normativa, relevante para a resolução do caso; e *ii*) que tal desaplicação normativa se funde num juízo de inconstitucionalidade do regime jurídico nela estabelecido”.

evidenciar desrespeito pelos valores fundamentais da comunidade, sem violação do princípio da proibição de efeitos automáticos das penas do n.º 4 do artigo 30.º CRP ¹²³. O Tribunal considerou as normas aplicáveis ao registo e identificação criminal — que determinam o cancelamento definitivo de decisões que aplicaram penas, o que corresponde a uma reabilitação legal ou de direito, que tem lugar, automaticamente, e de forma irrevogável, decorrido determinado lapso de tempo se não tiver ocorrido entretanto nova condenação por crime — para concluir que existia uma “contradição intra sistémica” exigindo-se a harmonização das duas disposições à luz da CRP, fazendo uma interpretação conforme à Constituição tendo presente a dimensão de direito, liberdade e garantia do direito à nacionalidade ¹²⁴. Assim, decidiu interpretar as normas sob apreciação no sentido de que o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa decorrente da condenação deveria ter em conta a ponderação do legislador efetuada em

¹²³ Contra, considerando existir violação do n.º 4 do artigo 30.º, a que todavia a interpretação preconizada pelo TC tem o efeito de obstar, veja-se a declaração de voto de Catarina Sarmento e Castro: “Ainda que se possa entender que ao legislador é concedida margem de conformação para definição das condições para atribuição da nacionalidade portuguesa — direito integrado nos direitos, liberdades e garantias pessoais tutelado pelo artigo 26.º, n.º 1 (e n.º 4) da Constituição —, a liberdade que para tal lhe é constitucionalmente permitida, para a fixação dos critérios objetivos de que depende a aquisição da nacionalidade por efeito da vontade e a pertença à comunidade política, não pode autorizar a consagração de efeitos automáticos das penas, desatendendo, por completo, aos princípios que, por imposição constitucional, determinam ou modelam as sanções”.

¹²⁴ Assim, pode ler-se na decisão: “Sendo o fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade em causa o resultado da ponderação, feita pelo legislador, sobre o quanto a ofensa, por via da prática de um crime, indicia o desrespeito pelos valores comunitários a que o ordenamento jurídico nacional conferiu tutela penal, as normas que preveem tal fundamento não podem deixar de ser interpretadas em conformidade com a natureza jusfundamental do direito à nacionalidade — para mais integrado na categoria de direitos, liberdades e garantias —, conferida pela Constituição de modo a levar em conta a ponderação feita pelo mesmo legislador em sede de cessação da vigência no registo criminal das decisões nele inscritas, assim correspondendo a uma reabilitação legal, sob pena de, por essa via, fazer vigorar automaticamente, para aquele efeito, o desvalor da ofensa a bens jurídicos (corporizado na condenação penal) que, por outra via, a mesma comunidade política tem já por superado”.

sede de cessação da vigência da condenação penal inscrita no registo criminal e seu cancelamento e correspondente reabilitação legal.

Já no Acórdão n.º 331/2016 ¹²⁵ e no Acórdão n.º 534/2021 o TC decidiu julgar inconstitucional a referida norma, por violação do n.º 4 do artigo 30.º CRP, na medida em que a aplicação automática do impedimento à aquisição da nacionalidade previsto na norma não permitia levar em conta as circunstâncias do caso à luz do princípio da proporcionalidade, *in casu*, e respetivamente, a aplicação do mecanismo da dispensa de pena ¹²⁶ ou a aplicação da substituição da pena de prisão pela pena de multa (artigo 43.º do Código Penal).

No Acórdão n.º 497/2019 ¹²⁷, também em matéria de acesso à cidadania, o Tribunal julgou inconstitucional a norma da alínea *d*) do n.º do art. 6.º da Lei da Nacionalidade (LN), nos termos da qual não poderia ser concedida a nacionalidade portuguesa por naturalização a um indivíduo que tivesse cometido crime punível com pena de

¹²⁵ O TC afastou o recurso a uma decisão interpretativa, ressalvando que não lhe competia em geral apreciar se a interpretação do tribunal *a quo* era ou não a melhor interpretação da norma em causa, a menos que se tratasse de interpretação claramente não comportada pela letra da lei, caso em que poderia socorrer-se da faculdade (excecional) prevista no n.º 3 do artigo 80.º LTC e proceder à interpretação da norma conforme à Constituição. Este acórdão resultou de um recurso obrigatório interposto pelo Ministério Público nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 70.º LTC, em consequência da recusa de aplicação, pelo Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa das normas contidas na alínea *b*) do artigo 9.º da LN e na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 56.º do RNP, por violação do n.º 1 do artigo 26.º e dos números 1 e 4 do artigo 30.º CRP. Para o tribunal recorrido, “o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa, decorrente da condenação em pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos é um efeito “necessário”, no sentido de automático, da condenação, na medida em que se impõe inexoravelmente *ex vi legis* na esfera jurídica do interessado, não deixando à Administração qualquer margem de apreciação e ponderação”, sendo inconstitucional.

¹²⁶ Como se lê no Acórdão n.º 331/2016 “Em suma, a norma que consagra como fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos não deixa qualquer margem de ponderação ao julgador. Por força do n.º 4 do artigo 30.º da CRP, não podem deixar de ser tidas em consideração as circunstâncias do caso concreto em que o próprio legislador desvalorizou os ilícitos penais em causa, como acontece precisamente com aqueles em que se permite a dispensa de pena”.

¹²⁷ Retificado pelo Acórdão n.º 589/2019.

prisão de máximo igual ou superior a 3 anos segundo a lei portuguesa (era a redação da norma, à altura), quando a pena concretamente aplicada tivesse sido suspensa na sua execução ao abrigo do artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal. Segundo o TC, não obstante a liberdade conformadora no legislador no estabelecimento do regime da concessão da nacionalidade por naturalização, entre os princípios de Direito internacional que o vinculam está o princípio da ligação efetiva entre o indivíduo e a comunidade politicamente organizada em que se integra, já reconhecido no Acórdão n.º 106/2016, para o qual releva a consideração pelos valores e princípios constitucionais do Estado ¹²⁸. O TC concluiu que a proteção desse “específico vínculo de integração na comunidade portuguesa” integrava o núcleo essencial do direito à cidadania, não se podendo prescindir de uma adequada ponderação dos fatores que objetivamente confirmam ou infirmam esse vínculo. Assim, uma norma que seja interpretada no sentido de “não permitir a avaliação de circunstâncias concretas que a própria comunidade se vinculou a valorar ou a não valorar (seja através do legislador nacional, seja através dos compromissos internacionais assumidos), dificilmente poderá passar o crivo do princípio da proporcionalidade”. Ora era isso que parecia suceder no caso dos autos, em que as circunstâncias concretas do caso não podiam ser levadas em conta. Assim, o TC concluiu que “a norma nos termos da qual a condenação em pena de

¹²⁸ Para os Conselheiros, a concretização do que deve considerar-se uma nacionalidade efetiva para efeitos de naturalização apela a “diferentes indícios de *efetiva ligação vivencial* ao Estado que confere a nacionalidade”, como a residência habitual e permanente e a ligação aos valores constitucionais. Assim sendo, “revela-se *especialmente digna de tutela* a expectativa de um residente que preencha requisitos que, à luz do direito internacional, o Estado português se encontre adstrito a valorizar (como os elencados no artigo 6.º da Convenção Europeia sobre a Nacionalidade), ou que aspire a beneficiar da proteção conferida pela Constituição da República Portuguesa a outros fatores (que não se esgotam na proteção da família e da infância conferida pelos artigos 36.º, 64.º, n.º 2, alínea *b*), e 67.º — atente-se, *v. g.*, na especial consideração dedicada pelo artigo 15.º, n.º 3, aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa). De modo simétrico, será *especialmente imerecida* a proteção das expectativas de um residente cuja conduta, por evidenciar uma manifesta desconsideração pelos princípios e valores constitucionais por que se rege o Estado a que requer nacionalidade, indicia a ausência de uma efetiva ligação a essa mesma comunidade”.

1 (um) ano de prisão suspensa na sua execução e não transcrita obsta inelutavelmente à aquisição da nacionalidade portuguesa por parte de um cidadão que, em face de diversos fatores constitucional e jus-internacionalmente relevantes, possui um vínculo efetivo com a comunidade portuguesa, é inconstitucional, na medida em que constitui uma restrição desproporcional do direito fundamental de acesso à cidadania portuguesa”, com violação do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da CRP (regime restritivo das restrições) e, ainda, do n.º 4 do artigo 30.º da CRP em termos semelhantes aos que se acolheram no Acórdão n.º 331/2016 (embora se estivesse aí perante uma dispensa de pena e não perante uma suspensão da execução de pena), na medida em que não permite ponderar “as circunstâncias do caso concreto em que o próprio legislador desvalorizou os ilícitos penais em causa”, tais como “as circunstâncias que permitem determinar a suspensão da execução da pena de prisão (previstas no artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal) e a não transcrição da condenação para os certificados de registo criminal requeridos para fins de emprego, de exercício de profissão ou atividade ou outros fins”¹²⁹.

O TC invocou esta decisão na fundamentação do Acórdão n.º 534/2021 para julgar inconstitucional a norma da alínea *b*) do n.º do artigo 9.º da LN, pois, ainda que não se tratasse da mesma norma — esta diz respeito aos requisitos para a concessão administrativa da nacionalidade por naturalização, aquela aos fundamentos para o Ministério Público suscitar a oposição à aquisição de nacionalidade por efeito

¹²⁹ Em sentido divergente, veja-se o voto de vencida de Maria José Rangel de Mesquita, no qual se lê “Por um lado, está em causa a mera expectativa positiva jurídica de aceder à cidadania portuguesa, não existindo ainda qualquer direito (subjetivo) à cidadania portuguesa e, por outro lado [...], na norma em causa o legislador consagrou tão-só (além de outros) um pressuposto (negativo) de aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização que se reporta à ligação efetiva à comunidade nacional e por aquele considerado indispensável à atribuição da cidadania. De igual modo, entende-se que o pressuposto consagrado nas normas em causa não viola o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso, tal como densificado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional — não se afigurando por isso desadequado, desnecessário ou excessivo para alcançar o fim de estabelecer uma ligação efetiva e genuína do requerente à Comunidade nacional”.

da vontade — como (e bem) se escreveu no aresto, a norma em apreço tinha conteúdo análogo à outra, desempenhando “idêntica função no âmbito da modalidade de aquisição da nacionalidade portuguesa em causa”, pelo que as razões que fundamentaram o juízo de inconstitucionalidade são transponíveis. Recentemente, o TC reiterou o julgamento de inconstitucionalidade da norma por insusceptibilidade de ponderação no Acórdão n.º 127/2023.

Refira-se que, entretanto, a Lei Orgânica n.º 2/2018, de 5 de julho, veio alterar a LN no que diz respeito à aquisição de nacionalidade portuguesa por naturalização (alínea *d*) do n.º 1 do artigo 6.º), tendo igualmente alterado o conteúdo do paralelo fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade, previsto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 9.º do mesmo diploma, que passou a prever como fundamento de oposição “a condenação, com trânsito em julgado da sentença, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos”¹³⁰, mostrando que o que releva é a pena concretamente aplicada¹³¹.

2.5. Tutela jurisdicional efetiva e garantias processuais e procedimentais

A proteção constitucional não implica apenas o reconhecimento de direitos substantivos, mas igualmente de garantias procedimentais. O TC tem proferido jurisprudência em matéria de acesso ao Direito e aos tribunais por estrangeiros, relevando aí especialmente o disposto nos artigos 20.º (acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva) e 268.º (direitos e garantias dos administrados, aí se incluindo a tutela jurisdicional efetiva) da CRP, em articulação com os princípios já vistos da equiparação e da igualdade¹³².

¹³⁰ E já não” *b*) A condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a 3 anos, segundo a lei portuguesa”.

¹³¹ Como se escreveu no Acórdão n.º 534/2021 “[à] semelhança do que tem vindo a verificar-se em outros aspetos do ordenamento jurídico português, o legislador deixou de utilizar como critério a moldura penal abstrata (no caso, o seu limite máximo), tendo passado a utilizar, para os mesmos efeitos, a pena concretamente aplicada”.

¹³² Sobre esta jurisprudência, PAMPLONA DE OLIVEIRA, A Jurisprudência, cit.

No Acórdão n.º 690/95, proferido em fiscalização concreta, estava em causa a recusa de patrocínio judiciário a um cidadão estrangeiro para impugnar uma decisão de recusa de asilo. O Tribunal entendeu que as normas em causa ¹³³, na parte em que negavam ao peticionário do direito de asilo o apoio judiciário, na modalidade de patrocínio judiciário, para impugnar contenciosamente o ato administrativo de recusa de admissão do pedido de asilo, violavam os princípios da igualdade e da equiparação, o direito de asilo e o direito ao recurso contencioso e ao direito de acesso aos tribunais em condições de igualdade (artigos 13.º, 15.º, 33.º, 20.º e 268.º CRP) ¹³⁴. Depois de alguns acórdãos em fiscalização concreta no mesmo sentido ¹³⁵, o Ministério Público pediu que as mesmas fossem declaradas inconstitucionais, pelo Plenário, com força obrigatória geral ¹³⁶, o que veio a suceder no Acórdão n.º 962/96, em que o TC sublinhou a relevância do acesso à tutela judicial para a realização do direito de asilo, considerando que o acesso aos tribunais integra o núcleo do princípio da equiparação do n.º 1 do artigo 15.º CRP.

O TC reafirmou esse direito designadamente no Acórdão n.º 433/2003 (neste caso por a interpretação da norma *sub judicio* conduzir a negar

¹³³ Em causa, as normas contidas no n.º 2 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de dezembro, e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 391/88, de 26 de outubro, na parte em que vedavam a concessão de apoio judiciário, na modalidade de patrocínio judiciário, ao estrangeiro que, tendo requerido asilo político, pretendia impugnar contenciosamente a decisão administrativa que lho denegou.

¹³⁴ Aí se afirmou, designadamente, que «[g]ozando o estrangeiro e o apátrida de direito de asilo e estando regulado o processo de concessão de tal direito como um processo de natureza administrativa, que termina pela prolação de uma decisão administrativa de concessão ou recusa do estatuto de refugiado, não se pode deixar de entender que o direito ao recurso contencioso contra o acto administrativo que recuse a concessão do estatuto requerido, como direito instrumental que é do próprio direito de asilo, está também assegurado, necessariamente, ao estrangeiro e ao apátrida. Se o não nacional tem assegurado, nesta situação e com este fim, o acesso ao direito e aos tribunais, tem de o ter em condições de igualdade, “não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos” (artigos 20.º, n.º 1, e 13.º da Constituição)».

¹³⁵ Vd. Acórdãos n.ºs 316/95, n.º 338/95, n.º 339/95 e n.º 349/95 do TC, julgando inconstitucionais as normas que não reconheciam a um estrangeiro que tivesse requerido asilo apoio judiciário para impugnar contenciosamente a decisão de recusa com base nos artigos 13.º 15.º, 20.º e n.º 4 do artigo 268.º da CRP.

¹³⁶ Nos termos do n.º 3 do artigo 281.º CRP e do artigo 82.º LTC.

apoio judiciário a um estrangeiro não residente em Portugal, carenciado, arguido em processo penal, sob pena de ficarem encurtadas as possibilidades de defesa) e no Acórdão n.º 208/2004, julgando inconstitucional a norma que conduzia à recusa de concessão de apoio judiciário para proposição de uma ação no foro laboral a um trabalhador estrangeiro economicamente carenciado, residente e a trabalhar em Portugal e com autorização de permanência válida.

No Acórdão n.º 433/2003, o TC, tendo sido chamado a apreciar a norma do artigo 7.º da Lei n.º 30-E/2000, de 20 de dezembro, que estabelecia que os estrangeiros não residentes que não dispusessem de meios económicos suficientes teriam direito a apoio judiciário se existisse reciprocidade, declarou a inconstitucionalidade da norma, por violação dos números 1 e 2 do artigo 20.º e do n.º 1 do artigo 32.º CRP. Contudo, o TC ressaltou a legitimidade, em abstrato, das chamadas “cláusulas de reciprocidade”, afirmando que a inconstitucionalidade da norma não derivava, ao contrário do sustentado na decisão recorrida, de uma incompatibilidade, em abstrato, entre a exigência de reciprocidade e os princípios da igualdade ou da não discriminação¹³⁷, mas apenas da circunstância de, “a não existir tal reciprocidade, ficarem concreta e *inadmissivelmente encurtadas* — e na medida em que o fiquem — as possibilidades de defesa de um arguido”, com prejuízo do seu direito à tutela judicial dos seus direitos.

A regra da gratuidade resulta hoje do artigo 84.º da Lei do Asilo. Recentemente, no Acórdão n.º 114/2017, em que houve condenação em custas num recurso para o TC no âmbito do asilo, ao abrigo da alínea *b*) do artigo 70.º da LTC, que o Tribunal se declarou impossibilitado de conhecer, o TC entendeu, em reclamação para a conferência, que, sendo o processo-base gratuito, inexistia fundamento para a condenação do recorrente em custas.

Há também jurisprudência em matéria de garantias processuais de estrangeiros, designadamente em sede de extradição¹³⁸. Como se escreveu no Acórdão n.º 273/2022, “a natureza do processo de extradição,

¹³⁷ Que o TC entendeu que “além de constituir um importante instrumento de política externa, pode ser perfeitamente justificável, em certos casos, para que a estrangeiros não residentes sejam reconhecidos determinados direitos”.

¹³⁸ *Vd.* o que se escreveu *supra* e PAMPLONA DE OLIVEIRA, A Jurisprudência, cit.

o escopo de proteção dos direitos fundamentais envolvidos na respetiva tramitação e a possibilidade de extensão das garantias constitucionais do processo penal (artigo 32.º da CRP) são tópicos desenvolvidos pela jurisprudência constitucional, sendo certo que, desde as suas origens, o Tribunal tem vindo a considerar o processo de extradição como revestindo natureza criminal, não só a nível formal, como também material ou substancial” e, por conseguinte, submetido também às garantias do artigo 32.º CRP. Assim, no Acórdão n.º 596/2015, sobre a tramitação do processo de extradição, o TC aplicou aos processos de extradição o princípio do juiz natural resultante do disposto no n.º 9 do artigo 32.º CRP, aí densificado nas suas dimensões positiva e negativa ¹³⁹. Recentemente, no Acórdão n.º 723/2022, o TC apreciou em fiscalização concreta se a solução da irrecorribilidade dos despachos interlocutórios proferidos no âmbito da fase judicial do processo de extradição, extraível *a contrario* do n.º 3 do artigo 49.º da Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, poria em causa a garantia de direito ao recurso prevista no n.º 1 do artigo 32.º CRP, tendo entendido não haver inconstitucionalidade, por não poder ser qualificada como uma restrição desproporcionada da garantia do direito ao recurso ¹⁴⁰.

O Acórdão n.º 219/2004 permite ilustrar a relevância da dimensão procedimental na garantia do direito de asilo, que abrange também o direito a não ser arbitrariamente privado de asilo. Como escreve Ana Rita Gil, as instâncias europeias e o Conselho da Europa têm sublinhado a imprescindibilidade das garantias adjetivas para uma efetiva concretização dos direitos substantivos, o que é ainda mais relevante quando se trata, como no caso do direito de asilo, de um direito dependente de um procedimento, devendo a Constituição ser lida à luz deste

¹³⁹ O TC não julgou inconstitucional a interpretação normativa (da norma do n.º 1 do artigo 36.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) da qual resultava a possibilidade de o Relator originário do processo de extradição não tomar parte nem integrar a conferência que julga o pedido de extradição passiva, quando o respetivo julgamento se realizasse nas férias judiciais, sendo substituído por outro de turno, por entender que tal não implicava um “desaforamento” arbitrário do juiz (relator) a quem foi distribuído o processo suscetível de contender com o princípio consagrado no n.º 9 do artigo 32.º CRP.

¹⁴⁰ *Vd.* ainda Acórdão n.º 273/2022 do TC.

entendimento ¹⁴¹. No Acórdão n.º 219/2004 o TC analisou se a CRP impunha que a decisão de extradição transitada em julgado ficasse suspensa durante a pendência de apreciação do pedido de asilo formulado pelo extraditando, tendo respondido negativamente ¹⁴². Seria diferente, entendeu o TC, se o estabelecimento de um prazo para o exercício do direito de asilo estando a correr um processo de extradição fosse “desrazoável, desnecessário ou excessivo”, se o prazo em causa “fosse de tal modo exíguo que inviabilizasse esse exercício” ou se “as condições de defesa do extraditando fossem de tal forma insuficientes que, na prática, conduzissem à mesma inutilização”, por nesse caso se estar já no domínio, não de uma regulação admissível de prazos relativos ao exercício de direitos, mas de restrições a esse exercício desrespeitadoras do regime do artigo 18.º CRP ¹⁴³.

¹⁴¹ ANA RITA GIL, 40 Anos, cit., p. 190. Para a figura dos direitos dependentes de procedimentos, dando precisamente como exemplo o direito de asilo, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 137 ss.

¹⁴² Na decisão pode ler-se: “Não se encontra, porém, qualquer fundamento para entender que o reconhecimento constitucional do direito de asilo implica que haja de ser sustada a execução de uma decisão judicial que verificou, com trânsito em julgado, que estavam preenchidos os requisitos para ser decretada a extradição, quando a lei garante ao arguido as condições necessárias e o tempo suficiente para, em momento anterior, formular o pedido de asilo e requerer a suspensão do processo de extradição. Note-se que o processo de extradição comporta o contraditório do arguido (n.º 3 do artigo 46.º e artigo 55.º da Lei n.º 144/99); prevê que lhe seja nomeado defensor se não tiver advogado constituído (n.º 3 do artigo 53.º); estabelece que o mesmo se faça acompanhar de intérprete quando é ouvido ao ser apresentado em tribunal (artigo 54.º); e admite sempre recurso para o Supremo Tribunal de Justiça da decisão final, recurso ao qual é atribuído efeito suspensivo, imperativamente (artigo 49.º da mesma Lei). Não se vê, assim, nem que o arguido disponha de um prazo tão curto para formular o pedido de asilo que eventualmente ainda não tenha sido deduzido e para, em qualquer caso, vir ao processo de extradição requerer a sua suspensão, nem que não lhe estejam garantidos os meios indispensáveis para se defender, nomeadamente por essa via indirecta”.

¹⁴³ O TC remeteu para as considerações formuladas em outros casos em que o legislador define prazos para o exercício de direitos “para o efeito de determinar se podia entender-se que a lei estava a regular (de forma admissível) o exercício de tais direitos ou, diferentemente (e de forma inadmissível) a impor-lhe restrições vedadas pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição”. A solução do Tribunal mereceu a concordância de ANA RITA GIL, 40 Anos, cit., p. 190.

3. BREVES REFLEXÕES FINAIS

Do exposto, resulta clara a relevância da proteção constitucional dos estrangeiros e migrantes, sendo diversos os âmbitos em que o TC pode ser chamado a garantir os direitos e princípios fundamentais.

Contudo, a análise da jurisprudência constitucional evidencia igualmente dificuldades na delimitação do objeto e no cumprimento dos requisitos de interposição do recurso de constitucionalidade. Neste domínio como noutros, verifica-se que muitos casos de não admissão de recursos resultam de não ser corretamente estabelecido o objeto do recurso — segundo jurisprudência constante do TC, inconstitucionalidades normativas, i. é, “questões de desconformidade constitucional imputada a normas jurídicas ou a interpretações normativas” e não “questões de inconstitucionalidade imputadas diretamente a decisões judiciais, em si mesmas consideradas”¹⁴⁴ — e/ou de as referidas inconstitucionalidades normativas não serem oportunamente suscitadas durante o processo¹⁴⁵. É preciso ainda que a norma que se quer ver apreciada tenha consubstanciado a *ratio decidendi* da questão recorrida¹⁴⁶.

Tal como está configurada, a justiça constitucional não pode dar resposta a pretensões de reapreciação direta da própria decisão judicial, em que o que se pretende “é discutir a constitucionalidade da decisão recorrida em si mesma, enquanto resultado de uma operação

¹⁴⁴ Acresce que, tal como o TC afirmou no Acórdão n.º 437/2020, “o ónus de suscitação da questão de forma clara é do Recorrente, não podendo o Tribunal Constitucional substituir-se-lhe (...)”.

¹⁴⁵ *Vd.* também o que se escreve no Acórdão n.º 360/2011, em que o TC foi chamado a apreciar, em fiscalização concreta, a norma do n.º 2 do artigo 198.º da LI relativa à aplicação de uma coima por exercício não autorizado de atividade por cidadão estrangeiro, por violação dos princípios da igualdade, proporcionalidade e culpa, tendo decidido não julgar a norma inconstitucional. Neste caso, estava efetivamente em causa uma “interpretação normativa seguida pela decisão recorrida”, que o TC entendeu poder e dever apreciar à luz dos apontados parâmetros constitucionais, tendo concluído que “os princípios da culpa, da proporcionalidade e da igualdade não proíbem a interpretação normativa sindicada, sendo que não se vislumbra a incidência negativa de outra norma ou princípio constitucional. Deste modo, deve ser julgado improcedente o recurso interposto, nesta parte”.

¹⁴⁶ *Vd. inter alia* Acórdão n.º 629/2018 (extradição de nacional ao abrigo de mandado de detenção europeu).

de subsunção e não a aplicação de um qualquer critério jurídico, genérica e abstratamente concebido, passível de controlo jurídico-constitucional”, como se escreveu no Acórdão n.º 596/2015 ¹⁴⁷. Continua, portanto, em aberto a oportunidade de introdução do recurso de amparo constitucional para situações de violação de direitos fundamentais, introdução essa que, a ocorrer, sempre imporá uma redefinição do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade ¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Aí se lê: «No sistema português de fiscalização de constitucionalidade, a competência atribuída ao Tribunal Constitucional cinge-se ao controlo da inconstitucionalidade normativa, ou seja, incide sobre questões em que a desconformidade constitucional é imputada a normas jurídicas ou a interpretações normativas e não diretamente a decisões judiciais, em si mesmas consideradas. Como tem sido salientado pelo Tribunal Constitucional, em jurisprudência uniforme e reiterada, não existe no nosso ordenamento jurídico-constitucional a figura do “recurso de amparo” ou “queixa constitucional”, destinada a sindicar uma eventual e direta violação de direitos fundamentais tutelados pela Constituição por parte de um concreto ato ou decisão, designadamente, por uma decisão do poder jurisdicional.» *Vd.* ainda o Acórdão n.º 360/2011.

¹⁴⁸ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 163 ss. Sobre a introdução de um amparo constitucional, *vd.* ainda JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, Sim ou não ao recurso de amparo?, *in Julgar online*, n.º 11, 2010, disponível em <http://julgar.pt/sim-ou-nao-ao-recurso-de-amparo/> e CATARINA SANTOS BOTELHO, Haja uma Nova Jurisdição Constitucional — Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional, *in Revista da Ordem dos Advogados*, 70, 2011, pp. 591 ss.

ÍNDICE

Nota prévia	5
<i>Aporias da alavanca</i> — Legitimidade & legitimação. Direito, constituição, justiça constitucional e fiscalização concreta da constituição	7
<i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	
As sentenças intermédias do Tribunal Constitucional	37
<i>Cristina M. M. Queiroz</i>	
O processo civil na fiscalização concreta de constitucionalidade.....	69
<i>Fernando da Silva Pereira / Tiago Azevedo Ramalho</i>	
Fiscalização concreta da constitucionalidade e contencioso tributário — Um caminho contínuo com diferentes fases	105
<i>Diogo Feio</i>	
Novos domínios para a fiscalização concreta da constitucionalidade.....	131
<i>Anabela Costa Leão</i>	



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt

**ESTUDOS SOBRE FISCALIZAÇÃO
SUCESSIVA CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE**
IMPORTÂNCIA, RELEVO E REGIME