

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XXXIV

1993

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR JORGE MIRANDA

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL

Prof. DOUTOR DUARTE NOGUEIRA

Mestre RUI CARLOS PEREIRA

Mestre TERESA LUSO SOARES

Mestre LUÍS MÁXIMO

Mestre JORGE BACELAR GOUVEIA

I. Estudos

ANTONIO LA PERGOLA — <i>L'unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione</i>	9
JEAN-CLAUDE GAUTRON — <i>Remarques sur une discontinuite historique: La jurisdiction entre le droit revolutionnaire et le droit europeen...</i>	39
LOURIVAL VILANOVA — <i>Política e direito — relação normativa</i>	53
JORGE MIRANDA — <i>Les fondements constitutionnels de l'organisation economique</i>	63
SÉRVULO CORREIA — <i>Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal</i>	87
ANTÓNIO VITORINO — <i>Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: Concorrência ou complementaridade</i>	111
JORGE BACELAR GOUVEIA — <i>A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal</i>	181
SÉRGIO GONÇALVES DO CABO — <i>A delimitação de sectores na jurisprudência da comissão e do tribunal constitucional</i>	239

II. Vida da Faculdade

Nos 80 anos da Faculdade

— INOCÊNCIO GALVÃO TELLES.....	341
— JORGE MIRANDA	351
ARMANDO MARQUES GUEDES — <i>Doutoramento honoris causa de Antonio la Pergola</i>	361

PEDRO SOARES MARTÍNEZ — <i>Doutoramento honoris causa de Maurice Allais</i>	365
JORGE MIRANDA — <i>Apreciação do curriculum vitæ do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho</i>	372
ANTÓNIO LUCIANO PACHECO DE SOUSA FRANCO — <i>Relatório curricular sobre a actividade económica exercida como Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	387
JORGE MANUEL MOURA LOUREIRO DE MIRANDA — <i>Relatório da actividade pedagógica e científica no período de 1988 a 1993</i>	412
<i>No 10.º aniversário da morte do Prof. Doutor João de Castro Mendes</i>	436
<i>Protocolo relativo ao apoio à Faculdade de Direito de Bissau</i>	438
<i>Convénio entre as Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Eduardo Mondlane</i>	443
<i>Regulamento de doutoramentos da Universidade de Lisboa</i>	447
<i>Normas relativas à concessão do grau de Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa</i>	460
<i>Regulamentos do mestrado</i>	462
<i>Plano de desenvolvimento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa até ao final da década</i>	477
JORGE MIRANDA — <i>Mestrados em ciências jurídico-criminais e em ciências jurídico-civilísticas</i>	482
JORGE MIRANDA — <i>Sobre as propinas universitárias</i>	484
JORGE MIRANDA — <i>Carta ao reitor</i>	501
<i>Regime de prescrições</i>	503
<i>Revisão de provas escritas</i>	506
<i>Revisão de provas escritas</i>	508

ÍNDICE	519
<i>Intervalo entre os resultados das provas escritas e as provas orais.....</i>	509
<i>Aulas teóricas suplementares.....</i>	510
JORGE MIRANDA — <i>Declaração de voto.....</i>	511

PROTECÇÃO CONSTITUCIONAL E PROTECÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DO HOMEM: CONCORRÊNCIA OU COMPLEMENTARIDADE?

Por *António Vitorino* (*)

(O presente texto constitui o relatório que apresentamos em representação do Tribunal Constitucional Português à IX Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, realizada em Paris, em Maio de 1993. O seu desenvolvimento seguiu, por isso, de perto, o questionário elaborado pela entidade organizadora — o Conselho Constitucional francês. Para efeitos de publicação limitámo-nos a actualizar algumas referências bibliográficas e estatísticas e a incluir alguns trechos mais desenvolvidos da jurisprudência constitucional citada).

INTRODUÇÃO

1. A fiscalização da constitucionalidade na Constituição da República Portuguesa de 1976.

A apreciação do tema da protecção constitucional e da protecção internacional dos Direitos do Homem exige algumas preci-

(*) Juiz do Tribunal Constitucional. Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

sões prévias quanto aos contornos e à projecção jurídica no ordenamento português de ambos os sistemas de garantia de direitos fundamentais em causa.

Assim, importa desde logo sublinhar que o *sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal* foi introduzido pela Constituição da República, de 1976 e, na sua matriz fundamental actual, resulta sobretudo das alterações nela introduzidas pela primeira revisão constitucional, de 1982, onde se instituiu uma verdadeira e própria jurisdição constitucional autónoma ⁽¹⁾.

Contudo, nos dois textos constitucionais anteriores (as Constituições de 1911 e de 1933) já se encontram exemplos de modalidades de garantia contenciosa da Constituição. Com efeito, a Constituição de 1911 reconhecia expressamente aos tribunais a faculdade de, nos feitos submetidos a julgamento, apreciarem a constitucionalidade das leis que houvessem que aplicar e recusarem essa aplicação com fundamento em inconstitucionalidade. Este sistema de controlo incidental difuso manteve-se, no essencial, no período de vigência da Constituição de 1933, bem como no período constitucional provisório que antecedeu a entrada em vigor da Constituição (entre 25 de Abril de 1974 e 25 de Abril de 1976) ⁽²⁾.

O sistema de fiscalização da constitucionalidade acolhido no texto originário da Lei Fundamental e vigente até 1982, para além do controlo difuso a cargo da generalidade dos tribunais, assentava no papel do Conselho da Revolução (um órgão político-militar de base não electiva) e da Comissão Constitucional (órgão de natureza técnico-jurídica), que coadjuvava aquele Conselho em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade e de controlo da inconstitucionalidade por omissão e possuía simultaneamente poderes decisórios próprios, em sede de reapreciação, em recurso

⁽¹⁾ A primeira revisão constitucional, aprovada pela lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, extinguiu o Conselho da Revolução e instituiu o Tribunal Constitucional.

⁽²⁾ Sobre o Tema, veja-se JOSÉ MANUEL M. CARDOSO DA COSTA, «A jurisdição constitucional em Portugal», 2.ª edição, Coimbra 1992, pág. 9 e ss., bem como a bibliografia aí citada.

obrigatório, das decisões judiciais que desaplicassem normas legais, com fundamento em inconstitucionalidade ⁽³⁾.

A revisão constitucional de 1982, como já se disse, criou o Tribunal Constitucional e reformou o sistema de fiscalização da constitucionalidade em função da natureza jurisdicional deste órgão, tendo sido aprovada para o efeito a legislação complementar necessária ⁽⁴⁾, na sequência do que o Tribunal iniciou funções em 6 de Abril de 1983.

A segunda revisão constitucional, de 1989 ⁽⁵⁾, veio introduzir apenas alterações de pormenor no sistema gizado em 1982 ⁽⁶⁾, que assim permaneceu inalterado nas suas grandes linhas definitórias.

Em síntese: na vigência da Constituição de 1976, o sistema de controlo de constitucionalidade conheceu dois modelos distintos, um primeiro desde a entrada em vigor da Constituição (25 de Abril de 1976) até 1982, e um segundo, desde a primeira revisão constitucional, de 1982, que se tornou efectivo a partir de Abril de 1983, até ao momento presente.

2. A introdução na ordem jurídica portuguesa das convenções internacionais de garantia e protecção dos Direitos do Homem

Assim como a revolução de 25 de Abril de 1974 gerou uma ordem constitucional nova, também o processo político dela

⁽³⁾ Sobre as funções e competências da Comissão Constitucional pode ver-se JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional», vol. I, Tomo II, 1.^a ed., Coimbra, 1981, pág. 620 e ss., J. DURÃO BARROSO, «O recurso para a Comissão Constitucional», in «Estudos sobre a Constituição», vol. III, Lisboa, 1979, pág. 707 e ss. e MIGUEL LOBO ANTUNES, «A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional» in «Análise Social», vol. 81-82 (1984-2.º/3.º) pág. 309 e ss.

⁽⁴⁾ Designadamente a Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, «Lei sobre a Organização, o Funcionamento e o Processo do Tribunal Constitucional.»

⁽⁵⁾ Aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho.

⁽⁶⁾ Tal como a Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro, se limitou a adequar a Lei n.º 28/82 às alterações decorrentes da segunda revisão constitucional.

decorrente se revestiu de particular importância no que concerne à vigência na ordem interna de diversas convenções internacionais atinentes à protecção dos direitos do Homem.

Desde logo quanto à Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) e até por força do próprio texto constitucional (designadamente do disposto no n.º 2 do artigo 16.º) (7), o seu texto foi publicado na I Série do jornal oficial português (o «Diário da República») em 9 de Março de 1978.

Com a reinstauração da democracia, Portugal aderiu logo em 1976 em Conselho da Europa (8), tendo a Assembleia da República aprovado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) através da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, cuja entrada em vigor se verificou em 9 de Novembro de 1978, data em que simultaneamente o Estado português procedeu à declaração que reconhece o direito ao recurso individual, nos termos do artigo 25.º da Convenção e do n.º 2 do artigo 6.º do Protocolo Adicional n.º 4 (art. 6.º da Lei n.º 65/78) e a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos termos do artigo 46.º da Convenção e do n.º 2 do artigo 6.º do Protocolo Adicional n.º 4 (art. 7.º da Lei n.º 65/78), reconhecimentos esses feitos, em ambos os casos, pelo prazo de dois anos, renovável automaticamente.

A mesma Lei n.º 65/78 aprovou os Protocolos Adicionais n.ºs 1, 2, 3, 4 e 5, que entraram em vigor igualmente em 9 de Novembro de 1978. O Protocolo Adicional n.º 6 foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 12/86, de 6 de Junho de 1986, o Protocolo n.º 7 foi aprovado pela Resolução da

(7) A publicação no jornal oficial do texto da Declaração foi acompanhada do seguinte aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros: «Determinando o artigo 16.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa que “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, por ordem superior se publica o seu texto em inglês e a respectiva tradução em português».

(8) A adesão de Portugal fora solicitada pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros a 12 de Agosto de 1976, aprovada pela Assembleia da República através da Lei n.º 9/76, de 31 de Dezembro e decidida em 22 de Novembro desse mesmo ano, dia em que Portugal assinou a Convenção.

Assembleia da República n.º 22/90, de 27 de Setembro de 1990 (embora o instrumento de adesão ainda não tenha sido depositado) e o Protocolo n.º 8 foi aprovado pela Resolução n.º 30/86, de 9 de Outubro de 1986.

Os Protocolos Adicionais n.ºs 2, 3, 4, 5, 6 e 8 foram aprovados sem quaisquer reservas, enquanto foram formuladas reservas a certos preceitos da Convenção e dos Protocolos n.ºs 1 e 7, a que adiante aludiremos com mais pormenor.

Quanto aos Pactos Internacionais celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas, o relativo aos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi aprovado pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho, e o referente aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi aprovado pela Lei n.º 45/78, de 11 de Julho. O Protocolo facultativo referente ao PIDCP (competência da Comissão dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas) foi aprovado pela Lei n.º 13/82, de 15 de Junho.

Finalmente os Tratados institutivos das Comunidades Europeias entraram em vigor em Portugal a 1 de Janeiro de 1986, nos termos do Tratado de Adesão aprovado pela Assembleia da República através da Resolução n.º 22/85, de 18 de Setembro de 1985.

3. A questão das reservas do Estado português apostas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e seus Protocolos Adicionais

Como já foi referido, o Estado português decidiu formular algumas reservas a certos preceitos da Convenção Europeia e dos seus Protocolos Adicionais n.ºs 1 e 7, as quais, aliás, na sua maioria, já foram entretanto retiradas (⁹).

(⁹) A este propósito escreveu JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional», Tomo IV, Coimbra, 1988, pág. 212 que «um correcto confronto das normas constitucionais, mesmo no texto inicial, e das da Convenção mostraria não se justificarem as reservas quanto ao *lock-out* (não garantido pelo artigo 11.º da Convenção), quanto ao serviço cívico (admissível face às alíneas *b*) e *d*) do artigo 4.º, n.º 3 da Convenção), quanto às expropriações (pois o artigo 82.º, n.º 2, da Consti-

Ao texto da Convenção foram formuladas, em 1978, as seguintes reservas (artigo 2.º da Lei n.º 65/78):

a) ao artigo 5.º da Convenção, que não obstará à prisão disciplinar imposta a militares, em conformidade com o Regulamento de Disciplina Militar português ⁽¹⁰⁾;

b) ao artigo 7.º da Convenção, que não obstará à incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS ⁽¹¹⁾;

c) ao artigo 10.º da Convenção, que não obstará à proibição constitucional de a televisão poder ser objecto de propriedade privada ⁽¹²⁾;

d) ao artigo 11.º da Convenção, que não obstará à proibição constitucional do *lock-out* ⁽¹³⁾;

tuição apenas autorizava, não determinava expropriações sem indemnização), quanto ao ensino (pois a garantia dos direitos dos pais constante do artigo 2.º do 1.º Protocolo encontra-se, com mais rigor, nos artigos 36.º, n.º 5, e 43.º da Constituição). Tão pouco eram necessárias as reservas quanto à prisão disciplinar (não contemplada senão em 1982 pela Constituição) e quanto à vedação da propriedade privada da televisão (de acordo com o entendimento dominante do artigo 10.º da Convenção).

(...)

O problema foi ultrapassado quase por completo com a recente Lei n.º 12/87, de 7 de Abril, pela qual foram retiradas seis das reservas».

⁽¹⁰⁾ Em função do regime de prisão disciplinar constante do RDM aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril.

⁽¹¹⁾ Em virtude do disposto no artigo 309.º da Constituição (actual artigo 294.º) que determinava que o regime da Lei n.º 8/75, de 25 de Julho, com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 16/75, de 23 de Dezembro e n.º 18/75, de 26 de Dezembro (todas leis constitucionais do período transitório), se manteria em vigor para efeitos de incriminação e julgamento dos agentes e responsáveis da polícia política do regime autoritário derrubado em 1974.

⁽¹²⁾ Esta reserva decorria do facto de a Constituição proibir, nos termos do n.º 6 do artigo 38.º, a propriedade privada da televisão. Tal proibição foi eliminada na segunda revisão constitucional (1989). Não obstante, a reserva em causa havia sido já retirada por força do artigo 1.º da Lei n.º 12/87, de 7 de Abril.

⁽¹³⁾ Proibição essa constante do n.º 3 do artigo 57.º da Constituição na sua redacção actual. Esta reserva foi retirada pelo artigo 1.º da lei n.º 12/87, de 7 de Abril.

e) à alínea b) do n.º 3 do artigo 4.º da Convenção, que não obstará à possibilidade de ser estabelecido um serviço cívico obrigatório (14);

f) ao artigo 11.º da Convenção, que não obstará à proibição constitucional de organizações que perfilhem a ideologia fascista (15).

O artigo 4.º da lei n.º 65/78 formulou duas reservas ao Protocolo Adicional n.º 1, a saber:

a) ao artigo 1.º do Protocolo, que não obstará a que, por força do disposto na Constituição, as expropriações de latifundiários e de grandes proprietários e empresários ou accionistas pudessem não dar lugar a qualquer indemnização (16);

b) ao artigo 2.º do Protocolo, que não obstará à não confessionalidade do ensino público e à fiscalização pelo Estado do ensino particular, bem como à validade das disposições legais relativas à criação de escolas particulares (17).

Ao Protocolo Adicional n.º 7 foi formulada a reserva segundo a qual por «infracção penal» e «infracção», no sentido dos artigos 2.º e 3.º do aludido Protocolo, o Estado português só com-

(14) Por força do disposto no artigo 276.º da Constituição. Esta reserva foi retirada pelo artigo 1.º da Lei n.º 12/87, de 7 de Abril.

(15) A Constituição proíbe, no n.º 4 do seu artigo 46.º, a existência de organizações que perfilhem a ideologia fascista. Esta reserva foi retirada pelo artigo 12.º da Lei n.º 12/87, de 7 de Abril, comentada nos seguintes termos por JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional», Tomo IV, cit., pág. 212: «(...) a reserva respeitante às organizações de ideologia fascista deveria manter-se enquanto se mantivesse o art. 46.º, n.º 4, da Constituição (visto que a proibição dessas organizações não é uma restrição que caiba no art. 11.º, n.º 2, da Convenção, mas antes uma verdadeira inversão ou quebra material de princípios constitucionais)».

(16) O preceito constitucional em causa, o n.º 2 do artigo 82.º da redacção originária, foi eliminado na primeira revisão constitucional, em 1982. Em consequência disso, esta reserva foi retirada pelo artigo 2.º da Lei n.º 12/87, de 7 de Abril.

(17) Em virtude do disposto nos artigos 43.º e 75.º da Constituição. Estas reservas foram igualmente retiradas pelo artigo 2.º da Lei n.º 12/87, de 7 de Abril.

prenderia os factos que constituíssem infracção penal segundo o seu direito (n.º 2 da Resolução n.º 22/90).

Em síntese: em virtude das disposições da Lei n.º 12/87, de 7 de Abril, no momento actual subsistem apenas as reservas referentes ao alcance do conceito de infracção acolhido nos artigos 2.º e 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 e ao disposto nos artigos 5.º e 7.º da Convenção, a primeira referente à prisão disciplinar de militares e a segunda quanto à incriminação dos agentes e responsáveis da PIDE/DGS ⁽¹⁸⁾.

I

CONDIÇÕES DE INTRODUÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA DAS NORMAS INTERNACIONAIS REFERENTES AOS DIREITOS DO HOMEM

1.1. O sistema de recepção geral do Direito Internacional Convencional na Ordem Jurídica Portuguesa

A generalidade da doutrina que se tem debruçado sobre o sistema de inserção do Direito Internacional Convencional na ordem jurídica portuguesa aponta no sentido de a Constituição da República consagrar um sistema da recepção geral plena desse Direito Internacional, condicionada pela publicação das normas em causa no jornal oficial e pela sua efectiva vigência na ordem internacional ⁽¹⁹⁾. É o que deflui do n.º 2 do artigo 8.º da Lei Fundamental

⁽¹⁸⁾ Quanto à primeira, JORGE MIRANDA, op. cit., pág. 212 considera «de duvidosa razão de ser, visto que o novo art. 27.º, n.º 3, alínea c), da Constituição garante recurso para o tribunal competente» e no concernente à segunda entende-a como «sem alcance prático». Registe-se ainda que quanto ao Protocolo Adicional n.º 7 o procedimento se encontra incompleto em virtude de o instrumento de adesão não ter sido ainda depositado nos termos previstos.

⁽¹⁹⁾ A este propósito podem ver-se ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, «O Direito Internacional na Constituição de 1976», in «Estudos sobre a Constituição», vol. I, Lisboa, 1977, pág. 37 e ss., ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO

portuguesa, que dispõe que «as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português» (20).

Quanto aos aspectos formais de introdução no ordenamento jurídico português das normas de Direito Internacional Convencional, registre-se desde já que a Constituição recobre, na designação de «convenção internacional», dois tipos diferentes de instrumentos internacionais, os «tratados solenes» e os «acordos sob forma simplificada», sem que, contudo, adiante, ela própria, critérios distintivos entre eles, pelo que a integração de tais conceitos deverá ser feita por recurso ao Direito Internacional Público.

DE QUADROS, «Manual de Direito Internacional Público», 3.^a edição, Coimbra, 1993, pág. 107 e ss., NUNO A. A. BESSA LOPES, «A Constituição e o Direito Internacional», Lisboa, 1979, ALBINO DE AZEVEDO SOARES, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno», Coimbra, 1979, JORGE MIRANDA, «A Constituição de 1976 — Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais», Lisboa, 1978, pág. 298 e ss., GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», 1.^o vol. 2.^a ed., Coimbra, 1984 (anotação ao art. 8.^o), AFONSO QUEIRÓ, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno ante a última revisão constitucional portuguesa», in «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», vol. XLIII, 1972, pág. 67 e ss., e também «A Hierarquia das Normas de Direito Administrativo Português», separata ao «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra», 1985, pág. 6, MIGUEL GALVÃO TELES, «Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa», Lisboa, 1976, pág. 42 e ss., ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, «A Preferência da lei posterior em conflito com normas convencionais recebidas na ordem interna ao abrigo do n.^o 2 do artigo 8.^o da Constituição da República» in «Colectânea de Jurisprudência», ano IX, 1984, t. 4, pág. 11 e ss. e RUI MOURA RAMOS, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — sua posição face ao ordenamento jurídico português» in «Documentação e Direito Comparado», Boletim do Ministério da Justiça, 1981, n.^o 5, pág. 148 e ss.).

(20) Como escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», 1.^o volume, 2.^a ed., Coimbra, 1984, pág. 91, «a constitucionalidade do processo de formação da convenção internacional, no que respeita à aprovação e ratificação, mesmo que não seja uma condição de *validade* das respectivas normas na ordem externa é, desde logo, condição da sua *recepção* na ordem interna».

Assim o afirmou o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 168/88 ⁽²¹⁾, onde se escreveu, na esteira do ensino de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que «esta disciplina constitucional pressupõe, porém, num plano de inteira harmonização dos respectivos princípios, a *distinção material* entre acordos e tratados, a qual, na ausência de uma definição vinculativa, deve recorrer à definição dos dois conceitos correntes no direito internacional, podendo dizer-se que, em geral, «se impõe a forma de tratado quando se pretende uma disciplina primária semelhante à das leis internas, e se estabelece a forma de simples acordo para os instrumentos diplomáticos executivos (*executive agreements*) de tratados já celebrados. De certo modo, esta distinção reconduz-se à ideia do valor regulamentar dos acordos e tem de confrontar-se cada caso concreto com o objectivo prosseguido pelas partes contratantes ao celebrarem uma convenção internacional».

Na redacção ora vigente da Constituição, emergente da segunda revisão constitucional, compete ao Governo, no exercício da sua competência política (artigo 200.º, n.º 1, alínea *b*) da Constituição), «negociar e ajustar convenções internacionais» enquanto «órgão de condução da política geral do país» (art. 185.º da Constituição).

A aprovação de tais convenções, por seu turno, compete quer à Assembleia da República quer ao próprio Governo.

À primeira cabe, no exercício da sua competência política (artigo 164.º, alínea *j*) da Constituição) «aprovar as convenções internacionais que versem matéria da sua competência reservada ⁽²²⁾, os tratados de participação de Portugal em organizações internacionais, os tratados de amizade, de paz, de defesa, de recti-

⁽²¹⁾ Publicado no *Diário da República*, I Série, de 11 de Outubro de 1988.

⁽²²⁾ Constante dos artigos 167.º (matérias absolutamente reservadas ao Parlamento) e 168.º (matérias onde pode haver delegação de poderes legislativos ao Governo na ordem interna), ambos da Constituição. Neste último caso inserem-se as matérias respeitantes a direitos, liberdades e garantias, como adiante veremos com maior pormenor.

ficação de fronteiras, os respeitantes a assuntos militares, e ainda quaisquer outros que o Governo entenda submeter-lhe».

Ao segundo cabe, no exercício da sua competência política, «aprovar as convenções internacionais cuja aprovação não seja da competência da Assembleia da República ou que a esta não tenham sido submetidas» (artigo 200.º, n.º 1, alínea *c*) da Constituição), competência que a Lei Fundamental, no seu artigo 203.º, n.º 1, alínea *d*) atribui expressamente ao Conselho de Ministros.

Finalmente, o Presidente da República tem a competência de «assinar as resoluções da Assembleia da República que aprovelem acordos internacionais e os restantes decretos do Governo» (23) (artigo 137.º, alínea *b*) da Constituição) e de «ratificar os tratados internacionais, depois de devidamente aprovados» (artigo 138.º, alínea *b*) da Constituição).

Neste contexto, pode-se concluir que as convenções internacionais sobre protecção e garantia dos Direitos do Homem podem ser objecto quer de tratados solenes, quer de simples acordos. Quando versarem matéria de direitos, liberdades e garantias (24) e independentemente da forma de que se revestirem (tratado ou simples acordo), a sua aprovação compete sempre à Assembleia da República. Quando respeitarem aos demais direitos fundamentais (25) a sua aprovação pode ser feita pelo Governo, em Conselho de Ministros, ou pode, por este, ser submetida a decisão final da Assembleia da República.

(23) Entre os quais se compreendem, como adiante se referirá com maior pormenor, os decretos governamentais de aprovação de convenções internacionais que caibam na esfera de competência do Governo.

(24) Isto é, respeitarem aos direitos fundamentais que constam do Título II, da Parte I da Constituição (sejam direitos, liberdades e garantias pessoais — artigos 24.º a 47.º —, sejam direitos, liberdades e garantias de participação política — artigos 48.º a 52.º —, sejam direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores — artigos 53.º a 57.º —).

(25) Designadamente no domínio dos direitos económicos, sociais e culturais (Título III da Parte I da Constituição).

As convenções internacionais (tratados ou acordos) aprovados pela Assembleia da República são-no por resolução ⁽²⁶⁾ e as aprovadas pelo Governo revestem a forma de decreto, nos termos do n.º 2 do artigo 200.º da Constituição. Em qualquer caso, os tratados solenes são aprovados para ratificação, que reveste a forma de decreto presidencial de ratificação, e os acordos são-no para assinatura, competindo ao Presidente, neste caso, a assinatura dos decretos governamentais que consubstanciam tal aprovação.

Nos termos do disposto no n.º 1, alínea *b*), do artigo 122.º da Constituição, são publicadas no jornal oficial «as convenções internacionais e os respectivos avisos de ratificação, bem como os restantes avisos a elas respeitantes» ⁽²⁷⁾.

1.2. A fiscalização da constitucionalidade das normas de Direito Internacional Convencional

No que concerne à posição do Direito Internacional Convencional no ordenamento jurídico português, a doutrina que sobre a matéria se tem debruçado exprime-se no sentido de o mesmo ocupar uma posição infra-constitucional, resultando tal entendimento quer do próprio artigo 8.º, n.º 2, já citado, quer das normas constitucionais atinentes ao sistema de fiscalização da constitucionalidade ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Após a revisão constitucional de 1982, pois até então o artigo 169.º, n.º 2, da Constituição dispunha que tal aprovação revestia a forma de lei. Tal entendimento explica porque é que a CEDH foi aprovada por lei, tal como os protocolos adicionais anteriores a 1982, e os protocolos posteriores foram aprovados por resolução do Parlamento, em virtude da nova redacção dada na primeira revisão constitucional ao citado artigo (cfr. n.º 4 na redacção de 1982, actual n.º 5 do citado preceito).

⁽²⁷⁾ A falta de publicidade dos actos em causa implica a sua ineficácia jurídica, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 122.º da Constituição.

⁽²⁸⁾ Consideraremos por ora apenas as regras de Direito Internacional Convencional com excepção das de Direito das Comunidades Europeias, a que adiante aludiremos em especial.

Com efeito, a Lei Fundamental portuguesa, no n.º 1 do seu artigo 277.º dispõe que «são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados», ressalvando, contudo, logo no n.º 2 do mesmo preceito que «a inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental» (29).

1.2.1. *A fiscalização preventiva*

As normas de Direito Internacional Convencional podem, desde logo, ser submetidas a fiscalização preventiva da constitucionalidade, como resulta do disposto no n.º 1 do artigo 278.º da Constituição, onde se diz que «o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação (...) ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura».

Tal pedido há-de ser formulado no prazo de oito dias a contar da data de recepção do diploma (artigo 278.º, n.º 3), devendo o Tribunal Constitucional pronunciar-se no prazo de vinte e cinco

(29) O preceito abrange apenas os tratados internacionais e já não os simples acordos e envolve alguma dificuldade na densificação do conceito de «violação de uma disposição fundamental». A este propósito escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., pág. 509: «O seu sentido parece ser (...) o de referenciar aquelas regras ou normas de competência, procedimento ou forma que, embora não incidentes sobre a regularidade da ratificação, assumem grande relevância quanto à distribuição de competência e à forma dos actos (exs.: aprovação de tratados pelo Governo em matéria de competência política e legislativa da Assembleia da República (...); negociação ou celebração de tratados sem a participação das Regiões Autónomas, quando esta seja devida (...))».

dias, o qual, contudo, pode ser encurtado pelo Presidente da República por motivo de urgência (artigo 280.º, n.º 8). O processo a seguir nesta sede é em tudo idêntico ao da fiscalização preventiva da constitucionalidade dos demais actos normativos⁽³⁰⁾.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de qualquer norma constante de decreto ou acordo internacional, a regra geral será a de o diploma ser vetado pelo Presidente da República e devolvido ao órgão que o tiver aprovado (artigo 279.º, n.º 1, da Constituição). Contudo, quanto aos tratados internacionais, existem algumas particularidades que importa ter em linha de conta.

Desde logo, não cabe aqui falar propriamente de veto, uma vez que a ratificação de tratados é um acto próprio e livre do Presidente da República. Pelo que, neste caso, o Presidente comunica ao órgão que o tiver aprovado (a Assembleia ou o Governo), que não ratifica o tratado por o mesmo conter normas consideradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional.

Por outro lado, se quanto aos actos legislativos o órgão autor da norma pode modificar ou expurgar dos diplomas as normas consideradas inconstitucionais (além de poder confirmar a sua aprovação por uma maioria especialmente qualificada), já quanto às normas de um tratado, nas mesmas circunstâncias, o expurgo dessas normas teria que passar pela sua prévia renegociação ou pela redefinição das condições da sua aprovação (v.g. oposição de reservas), com as consequentes implicações no plano da ordem externa. Acresce que, nos termos do n.º 4 do artigo 279.º da Constituição, nesses casos em que há uma pronúncia de inconstitucionalidade em sede de fiscalização preventiva, apenas restará à Assembleia a possibilidade de confirmar a aprovação do tratado por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o que a ocorrer autoriza o Presidente da República a ratificá-lo (mesmo con-

(30) Cfr. artigos 57.º a 61.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, Lei Orgânica sobre a Organização, o Funcionamento e o Processo do Tribunal Constitucional.

tendo normas inconstitucionais), podendo, contudo, fazê-lo ou não, em virtude da liberdade de decisão que lhe assiste no processo de ratificação de tratados internacionais ⁽³¹⁾.

Caso o tratado tivesse sido originariamente aprovado pelo Governo, a única solução que permitiria a ultrapassagem da pronúncia de inconstitucionalidade formulada pelo Tribunal Constitucional seria a sua submissão à aprovação da Assembleia da República, nos termos e com as consequências decorrentes do n.º 4 do artigo 279.º a que acabamos de aludir.

1.2.2. *A fiscalização sucessiva e a fiscalização concreta ou difusa*

As normas de Direito Internacional Convencional estão igualmente sujeitas a fiscalização abstracta sucessiva ou *a posteriori* e a fiscalização concreta da constitucionalidade.

No primeiro caso, o Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas (artigo 280.º, n.º 1, alínea *a*) da Constituição), portanto também das normas constantes de convenções internacionais, a pedido das entidades referidas no n.º 2 do mesmo preceito ⁽³²⁾, seguindo-se para o efeito o processo previsto para a fiscalização

⁽³¹⁾ Registe-se que no caso de confirmação pela maioria requerida e de ratificação pelo Presidente, sempre poderá o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização sucessiva, nos termos e condições a que adiante aludiremos, declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do tratado em questão.

⁽³²⁾ Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Provedor de Justiça (Ombudsman), Procurador-Geral da República, um décimo dos Deputados à Assembleia da República (actualmente 23) e ainda dos Ministros da República, das assembleias legislativas regionais, dos presidentes dos governos regionais e de um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas (dos Arquipélagos dos Açores e da Madeira).

sucessiva da constitucionalidade dos actos normativos constante dos artigos 62.º a 68.º da Lei n.º 28/82.

Caso o Tribunal Constitucional declare a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, esta produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado (artigo 282.º, n.º 1, da Constituição) ⁽³³⁾.

Quanto ao segundo caso, o da fiscalização concreta, dispõe o artigo 280.º, n.º 1, da Constituição que cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (alínea *a*) do n.º 1) ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no decurso do processo (alínea *b*) do mesmo n.º 1), neste preceito se compreendendo as decisões que envolvem normas constantes de convenções internacionais. No caso da alínea *a*) o recurso é obrigatório para o Ministério Público (artigo 280.º, n.º 3) ⁽³⁴⁾, no caso da alínea *b*) só pode interpor o recurso a parte que haja suscitado a questão de constitucionalidade no processo (artigo 280.º, n.º 4).

O processo a seguir, neste caso, é o que consta dos artigos 69.º a 85.º da Lei n.º 28/82, aplicável à fiscalização concreta da inconstitucionalidade de actos normativos de direito interno, produzindo a decisão do Tribunal Constitucional os efeitos de caso julgado no processo quanto à questão de constitucionalidade ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Contudo, o Tribunal pode, nos termos do n.º 4 do mesmo preceito, limitar os efeitos dessa declaração com fundamento em razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo.

⁽³⁴⁾ Tal como é obrigatório o recurso do Ministério Público no caso de os tribunais aplicarem num processo norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

⁽³⁵⁾ Em caso de provimento, ainda que apenas parcial, do recurso, os autos baixam ao tribunal de onde provieram para que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento da questão de constitucionalidade (artigo 80.º, n.º 2 da Lei n.º 28/82).

1.3. A questão da fiscalização da constitucionalidade das normas internacionais de protecção dos Direitos do Homem

Traçada esta panorâmica, importa registar ainda que as normas de protecção internacional dos Direitos do Homem vigentes em Portugal (designadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, os seus Protocolos Adicionais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — e respectivo protocolo facultativo — e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais) não foram nunca sujeitas nem a fiscalização preventiva nem a fiscalização sucessiva da constitucionalidade.

De igual forma, o Tribunal Constitucional não recebeu até ao momento qualquer recurso, em sede de fiscalização concreta, onde tenha sido recusada a aplicação de qualquer das normas daqueles instrumentos de Direito Internacional com fundamento em inconstitucionalidade ou onde tenha sido aplicada alguma das suas normas que uma parte haja reputado de inconstitucional.

Na realidade, embora o Tribunal tenha sido por diversas vezes confrontado com a temática da projecção na ordem interna do Direito Internacional Convencional, importa sublinhar que na esmagadora maioria dos casos a questão de constitucionalidade colocada reportava-se a normas do direito interno, estando então em causa saber se as regras das pertinentes convenções internacionais integravam ou não o «bloco de constitucionalidade» enquanto parâmetro aferidor da validade dos actos normativos internos⁽³⁶⁾. Pelo contrário, só em contados casos foi o Tribunal chamado a

⁽³⁶⁾ Neste contexto, como adiante se referirá com maior pormenor, foram chamadas à colação pelos recorrentes e enquanto parâmetro do juízo de constitucionalidade que pretendiam ver formulado sobre normas de direito interno, regras da Concordata celebrada entre Portugal e a Santa Sé, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

pronunciar-se sobre a conformidade constitucional de instrumentos de Direito Internacional e em nenhum deles estava em causa um instrumento internacional de protecção e garantia dos Direitos do Homem ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Foram dois os casos em que tal sucedeu:

— no Acórdão n.º 32/88 (publicado no *Diário de República*, II Série, de 13 de Abril e 1988), o Procurador-Geral da República requereu ao Tribunal a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do Decreto n.º 100/80, de 9 de Outubro e do decreto n.º 68/84, de 17 de Outubro, que aprovaram, para ratificação, a Convenção n.º 96 sobre «agências de colocação não gratuitas», adoptada pela Conferência geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT): o Tribunal não tomou conhecimento do pedido porquanto, embora aprovada e ratificada, sobreviera uma decisão de suspensão do procedimento normativo da Convenção, de que resultou que, à data do pedido, ainda não havia sido publicitada a aludida ratificação (conforme exigia o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 122.º da Constituição) nem tão pouco comunicada, para fins de registo, ao director-geral da Repartição Internacional do Trabalho, pelo que o Tribunal entendeu estar-se perante uma norma ainda não perfeita nem actual, logo insusceptível de controlo sucessivo de constitucionalidade;

— no Acórdão n.º 168/88 (já citado) em que um grupo de Deputados à Assembleia da República pretendia ver apreciada a conformidade constitucional de diversas normas de revisão e de execução do Acordo de Defesa entre Portugal e os Estados Unidos da América de 1951, referentes a facilidades concedidas nos Açores a forças dos E.U.A. («Acordo das Lajes»), e de normas do acordo pelo qual Portugal autorizava os Estados Unidos da América a instalar em território nacional uma estação electro-óptica para vigilância do espaço exterior (GEODSS): o Tribunal decidiu não tomar conhecimento do pedido na parte em que as normas em causa não se podiam ter por normas perfeitas e actuais, logo insusceptíveis de controlo sucessivo de constitucionalidade, bem como na parte em que a alegada inconstitucionalidade orgânica havia sido prejudicada pela ulterior aprovação parlamentar do Acordo das Lajes, e declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do Acordo GEODSS, em virtude de o mesmo não revestir a forma de decreto, nos termos do n.º 2 do artigo 200.º da Constituição, não bastando para o efeito a mera troca de notas diplomáticas. Neste caso o Tribunal decidiu limitar os efeitos da declaração, que assim se reportou ao momento da publicação da decisão em causa no jornal oficial e, por isso, não teve a eficácia *ex tunc* que a Constituição normalmente comina para aquele tipo de declaração de inconstitucionalidade.

1.4. A questão da fiscalização da constitucionalidade dos Tratados institutivos das Comunidades Europeias

Do mesmo modo, quanto aos tratados institutivos das Comunidades Europeias, o Tribunal Constitucional português nunca foi confrontado com a questão da sua conformidade face ao texto constitucional.

Na realidade, tendo em vista precisamente a adesão de Portugal às Comunidades Europeias, a revisão constitucional de 1982 aditou ao artigo 8.º da Constituição portuguesa um normativo (n.º 3) que dispunha na redacção então adoptada que «as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos». Este preceito veio a ser alterado na revisão constitucional de 1989, onde se eliminou o inciso «expressamente», no essencial para contemplar o caso das directivas comunitárias dotadas de efeito directo.

Adiante voltaremos ao tema a propósito da posição do direito comunitário no quadro da hierarquia das fontes no ordenamento português.

II

CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS QUANTO AOS DIREITOS DO HOMEM GARANTIDOS QUER PELAS NORMAS CONSTITUCIONAIS QUER PELAS NORMAS INTERNACIONAIS

2.1. Os Direitos do Homem garantidos quer por normas constitucionais quer por normas internacionais

Embora a adopção dos principais instrumentos internacionais de protecção e garantia dos Direitos do Homem na ordem interna

só tenha ocorrido em Portugal em momento posterior ao da entrada em vigor da Constituição de 1976, na verdade esses instrumentos exerceram, desde logo, uma influência decisiva na elaboração da própria Lei Fundamental portuguesa.

Como adiante veremos com maior atenção, a Constituição portuguesa não só recolheu o desiderato da evolução do processo de garantia e de protecção dos Direitos do Homem verificada no espaço geopolítico onde o País se insere, em especial o constante das convenções internacionais de que ora nos ocupamos, mas também procedeu a um desenvolvimento muito pormenorizado desses direitos e garantias a ponto de se poder afirmar que, numa visão de conjunto, o quadro de direitos humanos e liberdades individuais reconhecidos na ordem interna se apresenta bem mais completo do que o núcleo dos mesmos direitos e liberdades garantidos no plano europeu ⁽³⁸⁾. Não será, por isso, de estranhar que a quase totalidade dos direitos e liberdades consagrados na Convenção e nos Pactos Internacionais encontrem correlação directa com os direitos e liberdades consagrados nos preceitos constitucionais portugueses atinentes a estas matérias.

A que acresce que a Lei Fundamental portuguesa consagra, no n.º 1 do seu artigo 16.º, um princípio de «não tipicidade» dos Direitos Fundamentais, ou uma «cláusula aberta» de Direitos Fundamentais, quando dispõe que «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional» ⁽³⁹⁾. Em função do disposto neste preceito constitucional, pode-se falar de um «sentido material de direitos fundamentais» ⁽⁴⁰⁾, que se traduz

⁽³⁸⁾ Neste sentido, JOÃO RAPOSO, «As condições de admissão das queixas individuais no sistema da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», in «Estado & Direito», n.º 2 — 2.º semestre de 1988, pág. 59.

⁽³⁹⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, «Manual de Direito Constitucional» cit., vol. IV, pág. 153 e ss., VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, «Constituição da República Portuguesa Anotada» cit., pág. 159 e HENRIQUE MOTA, «Le principe de la liste ouverte en matière de droits fondamentaux» in P. Le Bon, «La justice constitutionnelle au Portugal», Paris, 1989.

⁽⁴⁰⁾ JORGE MIRANDA, «Manual» cit., pág. 153.

em considerar como tais não apenas aqueles cujo enunciado conste da própria Constituição mas também todos aqueles que possam ser tidos como a eles similares do ponto de vista da Constituição material ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ A regra da não-tipicidade suscita relevantes questões de compatibilização entre os direitos fundamentais de origem legal ou internacional com o elenco dos directamente consagrados na Constituição, tanto mais quanto é de entender que a aludida cláusula aberta não se refere apenas aos direitos, liberdades e garantias enunciados no Título II da Parte I da Constituição, mas também abranger os direitos económicos, sociais e culturais constantes do Título III da mesma Parte I. A este propósito refere JORGE MIRANDA, «Manual» cit., pág. 156 e 157: «(...) Quando é atribuído um novo direito, tal nunca deixa de ter implicações nos direitos já existentes da mesma pessoa ou categoria de pessoas ou nos das outras pessoas; não podem ser previstos por lei ordinária tantos e tais direitos que briguem com os direitos constitucionalmente consagrados; não podem ser aditados novos direitos indefinidamente. (...) Uma coisa é a ilimitabilidade da personalidade humana, outra coisa é a ilimitabilidade da lista de direitos em que se concretize. Nenhum direito é absoluto ou ilimitadamente elástico e cada novo direito tem de coexistir com os demais direitos, sem quebra da unidade (aliás, mais valorativa do que lógica) do sistema».

⁽⁴²⁾ Como exemplos de direitos fundamentais materiais (não formais) refere JORGE MIRANDA, «Manual» cit., pág. 159, como provenientes de lei os seguintes: o direito ao nome (art. 77.º do Código Civil), as garantias quanto a interdições por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira (art. 138.º e segs. do Código Civil), o direito da fundação (art. 185.º e segs. do Código Civil), o direito de recusa de exames e tratamentos hospitalares (art. 80.º e 82.º do Estatuto Hospitalar aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48 357, de 27 de Abril de 1968), o direito a assistência religiosa nos hospitais (art. 80.º, n.º 4, do mesmo Estatuto), os direitos do arguido em processo disciplinar do trabalho (art. 31.º do regime do contrato individual de trabalho, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 49 408 de 24 de Novembro de 1969), o direitos dos trabalhadores à manutenção da categoria profissional (art. 21.º, n.º 1, alínea *d*) e 23.º do mesmo diploma), a liberdade de associação patronal (Decreto-Lei n.º 215-C/75, de 30 de Abril), os direitos fundamentais dos reclusos (como o direito a trabalho remunerado — arts. 4.º, n.º 1, e 63.º e segs. do Decreto-Lei n.º 265/79, de 1 de Agosto —, o direito a visita — art. 22.º e segs. —, a liberdade de religião e culto e o direito a assistência moral e espiritual — art. 89.º e segs. — e o direito de consentir em tratamento médico que favoreça a reinserção social — art. 99.º —), o direito de constituição de comissões de trabalhadores na função pública (art. 41.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro) e o direito de renúncia à cidadania portuguesa (art. 8.º da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro).

2.2. Os Direitos do Homem exclusivamente garantidos por normas constitucionais

Como resulta do que já atrás se deixou dito, existe uma larga coincidência entre os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição portuguesa e a «justaposição» dos Direitos do Homem garantidos pelas diversas convenções internacionais (conforme se pode apurar do quadro constante do Anexo I).

Considerando os instrumentos de direito internacional a que temos vindo a aludir no seu conjunto, poderemos afirmar que o *distinguo* face à Lei Fundamental portuguesa reside essencialmente na circunstância de o tratamento constitucional dos Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa assumir uma pormenorização muito significativa (às vezes mesmo de vocação regulamentar) que, como é facilmente compreensível, vai bem mais além do natural «denominador comum» inter-estadual que pressupõe o tratamento desses Direitos no plano internacional.

Assim, sem uma preocupação de exaustão, pode-se referir-se como Direitos do Homem ou elementos relevantes do seu sistema de garantia que encontram essencialmente a sua sede consagradora na Constituição e não nas convenções internacionais:

2.2.1. *No domínio dos Direitos Civis e Políticos*, o direito de resistência (art. 21.º), o direito à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à palavra (art. 26.º) a regra sobre a proibição da perda de direitos civis, profissionais ou políticos como efeito automático de uma pena (art. 30.º, n.º 4), o regime do *Habeas Corpus* (art. 31.º), as garantias atinentes ao direito de asilo (art. 33.º), o especial enfoque (conferido pelo art. 36.º) quanto ao direito de constituir família e de contrair casamento, as garantias quanto à liberdade de escolha de profissão e de acesso à função pública (art. 47.º), o regime do direito de petição e de acção popular (art. 52.º), a consagração do princípio da segurança no emprego e da proibição dos despedimentos por motivos políticos ou ideológicos (art. 53.º), a pormenorizada regulamentação da liberdade sindical e dos direitos das comissões de trabalhadores e dos sindi-

catos (arts. 54.º e 56.º) e o regime constitucional de exercício do direito à greve e proibição do *lock-out* (art. 57.º).

2.2.2. *Quanto aos direitos económicos, sociais e culturais*, a forte carga programática da Constituição portuguesa nesta sede explica, mais uma vez, o pormenor do regime constitucional face às homólogas regras de convenções internacionais, o que é particularmente evidente no que diz respeito ao direito ao trabalho e aos direitos dos trabalhadores (arts. 58.º e 59.º), às garantias da iniciativa económica privada, cooperativa e autogestionária (art. 61.º), às regras atinentes aos regimes da segurança social, saúde e habitação (arts. 63.º, 64.º e 65.º), aos regimes normativos referentes à família e à protecção da maternidade e da paternidade (arts. 67.º, 68.º e 69.º), à juventude (art. 70.º), aos deficientes (art. 71.º) e à terceira idade (art. 72.º) e ainda às regras reguladoras da criação e fruição cultural (art. 78.º) e da cultura física e desporto (art. 79.º).

2.2.3. *Quanto aos denominados Direitos do Homem da «terceira geração»*, e sem embargo da relativa indefinição deste conceito nos tempos que correm, pode-se referir que a Constituição portuguesa regula com especial atenção e pormenor a temática do uso da informática e da protecção de dados (art. 35.º), dos direitos dos consumidores (art. 60.º) e do ambiente e qualidade de vida (art. 66.º).

2.3. Direitos do Homem constantes de convenções internacionais que não encontram correspondência no plano constitucional

No quadro descrito, resulta fácil compreender porque é que é limitado o elenco de Direitos Fundamentais, em sentido material, proveniente das convenções internacionais que não encontra correspondência directa na Constituição. Neste domínio podem referir-se o direito de não sujeição a experiências médicas ou científicas sem consentimento do próprio (art. 7.º, 2.ª parte, do Pacto

Internacional dos Direitos Civis e Políticos), os direitos relativos ao regime penitenciário (art. 10.º do mesmo Pacto), a proibição de prisão por dívidas (art. 11.º e art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 4 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem), o direito ao conhecimento da língua em processo penal (art. 14.º, n.º 3, alíneas *a*) e *e*) da Convenção Europeia) e o direito a decisão em prazo razoável em processo civil (art. 6.º, n.º 1, da Convenção) (43).

2.4. A relevância dos «princípios gerais da ordem jurídica comunitária referentes aos Direitos do Homem

Uma nota final quanto aos princípios gerais da ordem jurídica comunitária referentes aos Direitos do Homem e seu equivalente no texto constitucional português. Na realidade, como é sabido, não é muito vasto o campo em análise, atenta a especificidade do ordenamento comunitário e as suas lacunas em sede de regulação dos Direitos do Homem, cujo preenchimento tem vindo a ser levado a cabo pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (e mais recentemente também pelo Tribunal de 1.ª Instância das Comunidades) e que esteve presente quando da elaboração do Tratado da União Europeia (44).

(43) Seguimos de novo o elenco fornecido por JORGE MIRANDA, «Manual» cit., pág. 160. Cumpre referir que este elenco, elaborado pelo autor antes da revisão constitucional de 1989, haverá de ser submetido a reapreciação, especialmente em virtude do aditamento de um novo n.º 5 do art. 30.º («Limites das penas e das medidas de segurança»), onde se passou a dispor que «os condenados a que sejam aplicadas pena ou medida de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução».

(44) Com efeito, o n.º 2 do artigo F do Tratado de Maastricht («Tratado que institui a União Europeia») dispõe que «A União respeitará os direitos fundamentais como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário.»

Sem prejuízo de mais adiante abordarmos a temática das relações entre o ordenamento constitucional português e o ordenamento comunitário, registre-se, desde já, que, por um lado, face à amplitude da consagração dos Direitos do Homem na Constituição portuguesa, não parece provável que existam domínios de matérias a eles atinentes que sejam apenas regulados pelo ordenamento comunitário e, por outro, que até ao momento o Tribunal Constitucional português ainda não foi confrontado com a questão em termos de se poder dizer que a ordem jurídica comunitária encerra garantias dos Direitos Fundamentais que estejam para além do quadro de garantia e protecção desses direitos constante da Lei Fundamental portuguesa ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁵⁾ Na realidade, o Tribunal Constitucional foi confrontado em 1990 com um recurso interposto de uma decisão do Tribunal da Relação do Porto que não admitia recurso ordinário de uma sentença da primeira instância que havia decidido um litígio referente a direitos sobre águas subterrâneas. Face à lei portuguesa, atendendo ao diminuto valor da causa, a decisão de primeira instância não comportava recurso. Uma das partes, ao pretender ver reapreciada a questão em causa, recorreu para o Tribunal Constitucional da norma do Código de Processo Civil que inviabilizava tal recurso ordinário (art. 678.º, n.º 1), visando a declaração de inconstitucionalidade de tal norma processual civil.

Neste recurso de constitucionalidade, os recorrentes invocaram o «direito a um duplo grau de jurisdição», consagrado no art. 20.º da Constituição portuguesa e, em si mesmo, princípio geral de direito comunitário, decorrente do artigo 168.º-A do Tratado de Roma (artigo aditado pelo Acto Único Europeu que previa a criação do Tribunal de Primeira Instância). Nesta última vertente, os recorrentes pretenderam que o Tribunal Constitucional procedesse ao «reenvio prejudicial» (art. 177.º do Tratado C.E.E.) da questão ao Tribunal de Justiça das Comunidades.

O Tribunal Constitucional português considerou a questão assim suscitada pelos recorrentes como «não-pertinente» para efeitos de resolução do litígio, uma vez que não estava em causa matéria referente à protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, pelo que não procedeu ao pretendido «reenvio prejudicial».

III

RELEVÂNCIA DAS NORMAS INTERNACIONAIS
PARA O JUÍZ CONSTITUCIONAL
NO EXERCÍCIO DAS SUAS ATRIBUIÇÕES3.1. O estatuto jurídico das normas internacionais referentes
aos Direitos do Homem

Como já atrás referimos (I — 1.1), a Constituição portuguesa consagra (art. 8.º, n.º 2) um sistema de recepção geral plena do Direito Internacional de origem convencional, que como tal vigora na ordem interna portuguesa sem necessidade de qualquer acto de «tradução» ou «transformação» em normas de direito interno, embora tal vigência esteja condicionada à regular ratificação ou aprovação [nos termos dos artigos 137.º, alínea *b*) e 138.º, alínea *b*), conjugados com os artigos 164.º, alínea *j*), 169.º, n.º 5 e 200.º, n.º 1], à publicação no jornal oficial [nos termos do artigo 122.º, alínea *b*)] e ainda à vigência na ordem internacional e à não desobrigação do Estado português, nos termos internacionalmente consentidos ⁽⁴⁶⁾.

A doutrina que se tem debruçado sobre esta questão tem-na analisado em íntima conexão com a temática da posição hierárquica do direito internacional convencional no sistema de fontes do direito em Portugal ⁽⁴⁷⁾. No essencial, a maioria dos autores

⁽⁴⁶⁾ É a afirmação que explicitamente se contém no Acórdão n.º 371/91, publicado no *Diário da República*, II Série, de 10 de Dezembro de 1992.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, «O Direito Internacional na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, vol I, Lisboa, 1977, pág. 37 e segs., NUNO A. A. BESSA LOPES, «A Constituição e o Direito Internacional», Lisboa, 1979, ALBINO DE AZEVEDO SOARES, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno», Coimbra, 1979, JORGE MIRANDA, «A Constituição de 1976 — Formação, Estruturas, Princípios Fundamentais», Lisboa, 1978, pág. 298 e segs., GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição da República Portuguesa Anotada», 1.º vol., Coimbra, 1984 (anotação ao art. 8.º, pág. 90 o segs., AFONSO QUEIRÓ, «Relações entre o Direito Internacional e o Direito

tem atribuído um valor infraconstitucional mas supralegislativo ao direito internacional convencional, apontando para a sua primazia sobre a lei interna, sem prejuízo da sua subordinação à Constituição ⁽⁴⁸⁾.

Neste quadro, a norma internacional vigora directamente na ordem jurídica portuguesa e, em função do seu conteúdo, está constitucionalmente habilitada tanto a gerar obrigações para o Estado (a traduzir em legislação interna de concretização dos preceitos internacionais) como a conferir imediatamente direitos aos particulares, que podem invocar tais normas perante a Administração e junto dos Tribunais portugueses com as consequências a que adiante aludiremos.

Interno ante a última revisão constitucional portuguesa» in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XLIII, 1972, pág. 67 e segs., e, também, «A Hierarquia das Normas de Direito Administrativo Português», separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1985, pág. 6 e segs., MIGUEL GALVÃO TELES, «Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa», Lisboa, 1976, pág. 22 e segs., ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, «A Preferência da lei posterior em conflito com normas convencionais recebidas na ordem interna ao abrigo do n.º 2 do art. 8.º da Constituição da República», in *Colectânea de Jurisprudência*, ano IX, 1984, T. 4, pág. 11 e segs., RUI MOURA RAMOS, «A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — sua posição face ao ordenamento jurídico português» in *Documentação e Direito Comparado*, Boletim do Ministério da Justiça, 1981, n.º 5, pág. 148 e segs., J. SILVA CUNHA, «Direito Internacional Público I», Coimbra, 1988, pág. 39 e segs., GOMES CANOTILHO, «Direito Constitucional», 5.ª ed., Coimbra, 1991, pág. 913 e segs., e NUNO PIÇARRA, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como Juíz Legal e o Processo do artigo 177.º do Tratado CEE — As relações entre a ordem Jurídica Comunitária e as Ordens Jurídicas dos Estados-Membros na Perspectiva dos Tribunais Constitucionais», Lisboa, 1991, pág. 78 e segs.

⁽⁴⁸⁾ São excepções a esta corrente dominante ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA (op. cit., pág. 40), J. SILVA CUNHA (op. cit., pág. 39) e ANTÓNIO BARBOSA DE MELO (op. cit., pág. 39) que, sem embargo de diferentes aproximações metodológicas, propendem a identificar uma paridade hierárquico-normativa entre normas convencionais internacionais e os actos legislativos internos (reconhecendo, por isso, à lei interna posterior primazia sobre o direito internacional convencional já recebido) e, em certa medida, GOMES CANOTILHO (op. cit., pág. 1002) que acaba por não tomar uma posição inequívoca sobre o assunto.

3.2.1. *A hierarquia das normas de Direito Internacional Convencional na jurisprudência do Tribunal Constitucional português*

À clareza das posições dominantes na doutrina não tem correspondido, contudo, uma idêntica definição inequívoca da jurisprudência constitucional portuguesa. Significativamente o Tribunal Constitucional foi inúmeras vezes solicitado a pronunciar-se, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, sobre a questão da desconformidade do disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho face ao disposto no artigo 48.º da Lei Uniforme sobre Letras e Livranças, aprovada pela Convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930, estando em causa nesses recursos a definição da taxa de juros moratórios, de 6% nos termos da Lei Uniforme e de 23% no diploma interno ulterior.

Em sucessivas ocasiões foram tirados arestos de sentido contrário pelas duas secções do Tribunal.

Com efeito, a 1.ª Secção do Tribunal sempre considerou, embora com votos de vencido, que a desconformidade entre lei interna e convenção internacional prefigura um vício de inconstitucionalidade indirecta, de que o Tribunal deve tomar conhecimento em sede de controlo concreto da constitucionalidade⁽⁴⁹⁾.

Em síntese a argumentação aduzida pode respigar-se do seguinte trecho do já citado Acórdão n.º 66/91:

«O artigo 8.º, n.º 2, da Constituição consagra uma regra de recepção automática do direito internacional convencional, condicionada apenas ao facto de a eficácia interna depender da sua publicação no *Diário da República*.

(49) Cfr., entre muitos outros, os seguintes Acórdãos da 1.ª Secção, todos publicados na II Série do *Diário da República*: n.º 27/84 (4 de Julho de 1984), n.º 62/84 (de 29 de Dezembro de 1984), n.º 24/85 (de 20 de Maio de 1985), n.º 67/85 (de 15 de Junho de 1985), n.º 115/85 (de 12 de Setembro de 1985), n.º 122/85 (de 16 de Setembro de 1985), n.º 123/85 (de 17 de Setembro de 1985), n.º 124/85 (de 18 de Setembro de 1985), n.º 158/85 (de 7 de Janeiro de 1986), n.º 409/87 (de 2 de Janeiro de 1988), n.º 431/87 (de 12 de Fevereiro de 1988), n.º 458/87 (de 11 de Março de 1988), n.º 424/89 (de 15 de Setembro de 1989), n.º 66/91 (de 5 de Julho de 1991) e n.º 100/92 (de 18 de Agosto de 1992).

Como os requisitos constitucionais de ratificação ou aprovação são requisitos de validade do tratado, pode dizer-se que a ideia do legislador constituinte foi de aceitar a vigência das normas internacionais como tais e não como normas internas, daí podendo sustentar-se que aquelas normas não podem ser alteradas por actos internos e apenas deixam de vigorar na ordem interna quando o tratado, por qualquer motivo, deixar de vincular o Estado.

A ser assim, as normas de direito convencional apresentam-se com uma eficácia supralegal, detendo primazia na escala hierárquica sobre o direito interno anterior ou posterior.

À luz destas premissas, uma norma de direito interno de valor infraconstitucional que disponha em contradição com uma norma de direito internacional convencional contrariará, simultaneamente, em concurso ideal, essa norma de direito internacional e a regra constitucional definidora da escala da hierarquia normativa, não podendo, então, deixar de haver-se por prevalecente o vício da inconstitucionalidade que, manifestamente, absorve, consumindo, o vício da infracção à norma convencional, de natureza e intensidade menos gravosa.

Nesta conformidade, e face ao disposto no artigo 280.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição, tem de afirmar-se a competência deste Tribunal para conhecer da questão suscitada no recurso (...).

Deverá, finalmente, assinalar-se (...) o grave inconveniente de inviabilizar a intervenção do Tribunal Constitucional num domínio de tão alta importância como é o da questão de compatibilidade entre o direito interno e as convenções internacionais»⁽⁵⁰⁾.

Por seu turno, a 2.ª Secção sempre entendeu que o Tribunal Constitucional não é competente para tomar conhecimento deste tipo de recursos por estar em causa uma questão de ilegalidade e

(50) Após reconhecer a competência do Tribunal, a 1.ª Secção conclui no sentido de a desconformidade em causa quanto à Lei Uniforme não comportar inconstitucionalidade, por entender que a referida convenção internacional, quanto ao art. 48.º, e referente aos títulos passados e pagáveis em Portugal, já não vigora na ordem interna por força da cláusula *rebus sic stantibus*.

não de inconstitucionalidade ⁽⁵¹⁾, estribando-se na seguinte argumentação que se respiga do já citado Acórdão n.º 47/88:

«(...) Não se contesta que existe um sério problema de direito constitucional subjacente à solução da matéria versada nos presentes autos: o da interpretação do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa, designadamente no que se refere a saber se aí se estabelece a regra da primazia do direito internacional convencional sobre o direito interno.

Todavia, o que esta Secção vem sustentando é que as normas questionadas no Decreto-Lei n.º 262/83 nunca poderiam afrontar directamente essa regra de primazia, a supor que ela se encontra efectivamente consagrada na lei fundamental, mas tão-só a poderiam violar indirectamente, na medida em que eventualmente estabelecessem um regime incompatível com uma convenção internacional.

Ora, se é certo que a Constituição da República Portuguesa não procede expressamente à distinção entre inconstitucionalidade directa e inconstitucionalidade indirecta, do ponto de vista terminológico, a verdade é que, depois de atribuir ao Tribunal Constitucional, no n.º 1 do artigo 280.º, uma competência genérica para conhecer dos recursos interpostos das decisões dos restantes tribunais que hajam julgado questões de inconstitucionalidade, enumera taxativamente no n.º 3 do mesmo artigo os casos em que ao

⁽⁵¹⁾ Cfr., entre muitos outros, os seguintes Acórdãos da 2.ª Secção, todos publicados na II Série do *Diário da República*: n.º 47/84 (de 14 de Julho de 1984), n.º 88/84 (de 4 de Fevereiro de 1985), n.º 107/84 (de 18 de Fevereiro de 1985), n.º 110/84 (de 26 de Fevereiro de 1985), n.º 118/84 (de 5 de Março de 1985), n.º 4/85 (de 15 de Março de 1985), n.º 7/85 (de 16 de Março de 1985), n.º 8/85 (de 18 de Março de 1985), n.º 16/85 (de 21 de Março de 1985), n.º 21/85 (de 22 de Março de 1985), n.º 33/85 (de 22 de Março de 1985), n.º 38/85 (de 10 de Abril de 1985), n.º 66/85 (de 1 de Junho de 1985), n.º 88/87 (de 16 de Abril de 1987), n.º 101/87 (de 12 de Maio de 1987), n.º 407/87 (de 31 de Dezembro de 1987), n.º 413/87 (de 1 de Fevereiro de 1988), n.º 47/88 (de 9 de Maio de 1988), n.º 266/89 (de 6 de Junho de 1989), n.º 448/89 (de 21 de Setembro de 1989), n.º 154/90 (de 7 de Setembro de 1990), n.º 281/90 (inédito) e n.º 185/92 (de 18 de Setembro de 1992).

Tribunal Constitucional é lícito conhecer dos recursos interpostos das decisões dos restantes tribunais que hajam apreciado a conformidade de uma certa norma com outra de superior hierarquia que não seja a própria Constituição da República Portuguesa, ainda quando essa hierarquia resulta do preceituado na mesma Constituição da República Portuguesa.

Quer isto dizer que a lei fundamental, como se deduz da contraposição entre os mencionados n.ºs 1 e 3 do artigo 280.º, consagrou implicitamente, ainda que apenas para determinação da competência do Tribunal Constitucional, a distinção entre *inconstitucionalidade directa e inconstitucionalidade indirecta*, já que esta última só pode ser conhecida pelo Tribunal Constitucional quando tal lhe é expressamente cometido ⁽⁵²⁾.

Por estes motivos reitera-se a jurisprudência segundo a qual, salvo nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei, apenas a inconstitucionalidade directa e não a indirecta abre caminho ao recurso para o Tribunal Constitucional».

Para obviar a esta divergência jurisprudencial, o legislador através da Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro, introduziu na Lei Orgânica sobre Funcionamento, Organização e Processo do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82), um novo dispositivo [70.º, n.º 1, alínea *i*)], onde se prevê que «cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais (...) que recusem a aplicação de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional». Precizando o âmbito deste recurso, o n.º 2 do artigo 71.º da Lei n.º 28/82, também ele aditado pela Lei n.º 85/89, dispõe que «no caso previsto na alínea *i*)

(52) Trata-se, na redacção do preceito decorrente da revisão constitucional de 1989, dos casos de desconformidade de norma de acto legislativo face a lei com valor reforçado [n.º 3, alínea *a*)], de norma de diploma regional face ao estatuto da região autónoma ou face a lei geral da República [n.º 3, alínea *b*)] e de norma de diploma emanado dos órgãos de soberania da República face ao estatuto de uma região autónoma [n.º 3, alínea *c*)], onde a relação de desvalor em causa é expressamente considerada pela Constituição como de «ilegalidade».

do n.º 1 do artigo anterior, o recurso é restrito às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida» (53).

Todavia, conforme resulta dos seus enunciados, as alterações assim introduzidas restringem-se ao âmbito da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Sem embargo, recentemente o Tribunal teve ocasião de se debruçar sobre esta temática em sede de fiscalização abstracta preventiva, quando o Presidente da República submeteu ao Tribunal a apreciação da conformidade de diversas disposições de um Decreto governamental, aprovado para promulgação como Decreto-Lei, que estabelecia «normas relativas ao uso do cheque», face a vários preceitos da Lei Uniforme Relativa a Cheques, aprovada pela Convenção de Geneve de 19 de Março de 1931 (54).

Apreciando o pedido, o Tribunal Constitucional, em plenário, equacionou mais uma vez a temática das relações entre normas constantes de convenções internacionais e normas de direito interno, tendo, mais uma vez também, deixado em aberto a sua resolução, com três votos de vencido, de acordo com uma lógica argumentativa desenvolvida em três grandes momentos, de que se passa a citar os trechos mais relevantes (55).

(53) Sobre o sentido e o alcance desta inovação, em especial quanto aos limites da sua própria admissibilidade constitucional, cfr. JORGE MIRANDA, «Direito Constitucional — Aditamentos», Lisboa, 1990, pág. 162 e segs., e NUNO PIÇARRA, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Como Juíz Legal» cit., pág. 107).

(54) Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 23 721, de 29 de Março de 1934, confirmada e ratificada pela Carta de 10 de Maio de 1934 e publicada no suplemento ao *Diário do Governo*, de 21 de Junho do mesmo ano. A adesão de Portugal à referida Convenção foi feita sem reservas e encontra-se em vigor na ordem interna portuguesa.

(55) Cfr. Acórdão n.º 371/91, publicado na II Série do *Diário da República*, de 10 de Dezembro de 1991.

Inicialmente o Tribunal equaciona em alternativa as várias respostas que a questão colocada pode receber, afirmando:

«Naturalmente para quem se coloque na perspectiva de que o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição não acolhe o princípio da primazia do direito internacional particular face ao direito interno, nenhuma questão de constitucionalidade se colocará a este propósito.

(...)

Para quem entenda que o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, consagra, através de uma interpretação sistemática e coerente, um princípio de primazia do direito internacional convencional sobre as normas de direito interno, então tudo dependerá de saber que vício consubstancia a desconformidade entre as normas de direito interno face a convenções internacionais que se encontrem plenamente em vigor no momento da emissão daquelas ou qual o seu relevo no quadro do controlo de constitucionalidade.

Ora, como resulta claro da jurisprudência deste Tribunal em sede de fiscalização concreta, e sem embargo de se ponderarem as diferenças entre este tipo de controlo e o tipo de controlo de constitucionalidade abstracto (e ainda neste, entre a fiscalização preventiva e a fiscalização sucessiva), segundo o entendimento que tal desconformidade prefigura uma situação de inconstitucionalidade ainda que indirecta, e que as normas interpostas (da Lei Uniforme) são parâmetro válido de um juízo de inconstitucionalidade, porquanto reflexamente a violação das normas interpostas comporta, em concurso ideal, violação do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, haverá na questão colocada pelo Presidente da República uma situação de inconstitucionalidade e, conseqüentemente o Tribunal Constitucional será competente para dela conhecer, porquanto nos encontramos em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Pelo contrário, para quem entenda que, ainda que comportando o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição tal critério de primazia do direito internacional face ao direito interno, o juízo de desvalor a emitir perante este tipo de situações será, quando muito, identi-

ficável como de ilegalidade em sentido amplo e, se daí decorre ofensa da Constituição, esta será meramente indirecta ou como que consequential, terá de concluir que tal ofensa da Constituição é insusceptível de controlo pelo Tribunal nesta sede, de fiscalização preventiva da constitucionalidade, já que este tipo de controlo se restringe à inconstitucionalidade e não compreende nenhuma forma de controlo preventivo da ilegalidade ou mesmo da inconstitucionalidade indirecta.

De igual forma, para quem entenda, à semelhança da primeira posição referida, que a aludida relação de desconformidade perfigura uma situação de inconstitucionalidade meramente indirecta, mas que no caso o controlo da violação de normas interpostas, constantes de convenção internacional, não cabe no âmbito do controlo de constitucionalidade, salvo nas situações expressamente previstas na Constituição, onde manifestamente não se insere a que estamos a apreciar, então terá de concluir que o Tribunal não é competente para apreciar o alegado vício, porquanto o controlo de constitucionalidade se refere tão-somente à inconstitucionalidade directa mas já não à indirecta».

Seguidamente o Tribunal acolhe, por maioria, este último entendimento, o que faz com base na seguinte fundamentação:

«É esta última tese que o Tribunal entende ser de acolher, o que, diga-se desde já, consequencia que o Tribunal não é competente para apreciar, nesta sede, o pedido do Presidente da República quanto ao artigo 8.º, n.º 1, do decreto, quando confrontado com a Lei Uniforme relativa ao Cheque e reflexamente com o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, e isto sem ter que aderir à tese do primado do direito internacional convencional face ao direito interno, questão que se deixa em aberto por, em si mesma, não relevar neste momento para a decisão quanto à competência do Tribunal.

É que mesmo na óptica de que o artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, consagra o princípio do primado do direito internacional convencional face ao direito interno — questão que, como já se disse, se deixa imprejudicada —, isto é, que aquele normativo

constitucional reconhece às normas de direito internacional particular um valor infraconstitucional mas supralegal, a caracterização do correspondente vício e da sua projecção no âmbito do sistema de controlo da constitucionalidade levará à conclusão que o Tribunal não é competente para tomar conhecimento do pedido nesta sede.

Com efeito, neste entendimento das coisas, o artigo 8.º, n.º 2, da Lei Fundamental, ao estabelecer que as normas de direito internacional convencional vigoram na ordem interna portuguesa «enquanto vincularem internacionalmente o Estado português» determina, pois, que tais normas deixarão de vigorar na ordem interna quando o Estado ficar desobrigado no plano internacional, nas formas consentidas internacionalmente para tal efeito, mas postula igualmente que, enquanto vincularem internacionalmente o Estado português, essas normas vigorarão de pleno na ordem interna e só uma desvinculação internacional pode fazer cessar essa vigência, a qual, portanto, não pode ser afectada por um acto, como a lei interna, que em nada altera aquela vinculação internacional. Donde que, em caso de divergência entre uma convenção internacional e uma norma legal interna, inexistindo título bastante de desvinculação do Estado no plano internacional, deve-se aplicar a convenção, que assim prevalece sobre as fontes de direito interno de força legal.

Mas também neste entendimento que temos vindo a referenciar resulta que a desconformidade entre uma norma de direito interno e uma norma constante de convenção internacional gera, desde logo e em primeira mão, um vício de inconstitucionalidade indirecta ou de ilegalidade (em sentido amplo), ou seja, um desvalor decorrente do facto de a lei interna, ainda que constituindo um acto normativo de idêntica eficácia em relação à norma constante de convenção internacional, a ela ter que se subordinar em virtude de a Lei Fundamental reconhecer à convenção, mesmo que apenas implicitamente, um estalão hierárquico-normativo superior.

Neste contexto, embora não negando que exista subjacente à situação que gera um tal vício uma relevante questão de constitucionalidade, a que resulta da violação, ainda que meramente

indirecta, do preceito constitucional que funda o princípio do primado do direito internacional convencional (artigo 8.º, n.º 2), como escreveu Jorge Miranda (*Manual cit.*, vol. II, Lisboa, 1988, pág. 279) trata-se de um problema de ilegalidade e não de inconstitucionalidade «não somente em virtude de uma determinada visão do sistema de normas e actos como ainda por virtude do próprio teor do fenómeno: pois o que está em causa em qualquer das hipóteses é, primariamente, a contradição entre duas normas não constitucionais, não é a contradição entre uma norma ordinária e uma norma constitucional; e é somente por se dar tal contradição que indirectamente (ou, porventura, consequentemente) se acaba por aludir a inconstitucionalidade indirecta».

Este entendimento parece, aliás, sair reforçado com as aludidas alterações da Lei Fundamental introduzidas pela segunda revisão constitucional, ao qualificar expressamente como ilegalidade o desvalor decorrente da contradição entre legislativo e o parâmetro constituído pelas leis com valor reforçado (qualquer que seja o âmbito a reconhecer a estas): é que também nestes casos há uma projecção constitucional de tal desconformidade, a que resulta da crise da norma constitucional que estabelece a relação hierárquico-normativa entre lei reforçada e lei ordinária, mas tal projecção constitucional é meramente indirecta, pelo que a Constituição estabeleceu um específico sistema de controlo centrado na óptica da ilegalidade».

Neste contexto, o Tribunal acaba por decidir que, em sede de fiscalização preventiva, não é competente para tomar conhecimento do pedido em causa, acautelando a sua posição de eventuais observações críticas quando sublinha que «mesmo que se entendesse que o princípio da limitação jurídica do poder poderia, em certas circunstâncias, justificar uma interpretação menos formalista e consequentemente mais permissiva quanto ao âmbito das formas de controlo consagradas na Constituição, no sentido de abranger casos de inconstitucionalidade indirecta, parece de todo em todo de afastar tal entendimento no quadro

da fiscalização preventiva, atentas as suas características muito peculiares».

O que releva desta posição do Tribunal Constitucional é que, confrontado com a temática da posição do direito internacional convencional na hierarquia das fontes do direito, e face à jurisprudência contraditória das suas duas Secções, o plenário entendeu dever manter a questão em aberto em termos de decisão do conjunto dos juízes, o que é válido tanto quanto às regras constantes das aludidas convenções (Leis Uniformes), como, consequentemente, quanto às normas de protecção e garantia dos Direitos do Homem.

3.2.2. *O caso específico das normas internacionais atinentes aos Direitos do Homem na jurisprudência do Tribunal Constitucional*

Sem embargo, quanto às normas internacionais atinentes aos Direitos do Homem, importa especificar de seguida algumas particularidades em torno de dois pólos fundamentais: por um lado, a questão da relevância na ordem interna das normas da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (que constitui um caso particular por força da referência que expressamente se lhe faz no n.º 2 do artigo 16.º da Constituição), bem como das normas constantes da *Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Pactos Internacionais* nas decisões do Tribunal Constitucional; por outro, a especificidade das condições de vigência na ordem interna do *direito das Comunidades Europeias*.

Como já atrás referimos, o artigo 16.º, n.º 2 da Constituição manda interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim sendo, resulta que foi intenção do legislador constituinte português de 1976 que os próprios preceitos constitucionais sobre a matéria fossem objecto de operações de interpretação e de integração na procura do seu sentido conforme à Declaração Universal, o que se mostra tanto mais

fácil quanto a própria Declaração foi, ela própria, uma relevantíssima fonte de inspiração da elaboração dos preceitos constitucionais em causa ⁽⁵⁶⁾.

A doutrina tem-se, aliás, mostrado dividida quanto ao alcance desta regra constitucional, designadamente nos casos em que se

(56) Segundo JORGE MIRANDA, «Manual» cit., vol. IV, pág. 149, alguns artigos da Declaração esclarecem utilmente normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de localizações ou de formulações e propiciam perspectivas mais ricas das do texto de Direito interno, referindo como exemplos:

«— o artigo 1.º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e consciência de que todos os homens são dotados;

— o artigo 2.º, 1.ª parte da Declaração, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas o são a título exemplificativo («nomeadamente») e não a título taxativo;

— o artigo 2.º da Declaração, 2.ª parte, ao parecer impor um tratamento por igual aos estrangeiros (completando os artigos 13.º n.º 2, e 15.º, n.º 1, da Constituição);

— o artigo 7.º, 2.ª parte, ao atribuir direito a protecção igual contra qualquer discriminação (o que é um sentido mais activo do princípio de igualdade, a aproximar da regra do artigo 18.º, n.º 1, da Constituição);

— o artigo 9.º, ao estabelecer que ninguém pode ser arbitrariamente exilado (visando um corolário dos artigos 33.º, n.º 1, e 44.º, n.º 2, da Constituição);

— o artigo 16.º, n.º 1, ao falar em «direito de casar e de constituir família» (o que reforça o nexa entre casamento e família que, embora muito menos claramente, já pode vislumbrar-se no art. 36.º, n.º 1, da Constituição);

— o artigo 16.º, n.º 2, ao estipular que o casamento exige o livre e pleno consentimento dos esposos (o que só está implícito no artigo 36.º, n.º 1, da Constituição);

— o artigo 22.º, 2.ª parte, ao fazer depender a realização dos direitos económicos, sociais e culturais do esforço nacional e da cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos do país (como está apenas pressuposto nos arts. 9.º e 81.º, da Constituição);

— o artigo 26.º, n.º 2, ao estabelecer que a educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (o que se compagina bem com o art. 73.º, n.º 2, *in fine*, da Constituição);

— o artigo 26.º, n.º 3, ao declarar que aos pais pertence a prioridade do direito de escolha do género de educação a dar aos filhos (o que parece mais forte formulação da garantia contida no art. 36.º, n.º 5, e não é sem consequências sobre os arts. 43.º, 74.º e 75.º, da Constituição)».

possa verificar contradição entre normas da Constituição e regras constantes da Declaração, designadamente quanto à possibilidade de estas últimas prevalecerem sobre aquelas. Há quem afaste de todo em todo qualquer possibilidade de prevalência das normas da Declaração ⁽⁵⁷⁾, há quem entenda precisamente o contrário ⁽⁵⁸⁾ e quem defenda posições mais matizadas ⁽⁵⁹⁾.

O Tribunal Constitucional, por seu turno, nunca foi chamado a resolver uma situação onde estivesse em causa a opção pela aplicação prevalecente de uma das normas em confronto (ou da Constituição ou a Declaração Universal), sem prejuízo de, por diversas vezes e em sede de fiscalização concreta, os recorrentes invocarem preceitos da D.U.D.H. (bem como da C.E.D.H. e dos Pactos Internacionais das Nações Unidas) como integrando o «bloco de constitucionalidade» que pretendem ver considerado como parâmetro de aferição da validade de normas de direito interno.

⁽⁵⁷⁾ Conforme referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição Anotada» cit., 1.º vol., pág. 159, «a Declaração Universal dos Direitos do Homem não assume a natureza de direito constitucional, visto que a Constituição não efectua aqui uma recepção enquanto tal, antes remete para ela como parâmetro exterior», do que resulta que «o princípio da interpretação conforme à D.U.D.H. e de preenchimento de conceitos indeterminados de acordo com ela só vale na medida em que chegue a um sentido ainda constitucionalmente admissível, não podendo justificar interpretações em contradição com o texto e a razão de ser da norma constitucional ou com a função e contexto do conceito constitucional indeterminado».

⁽⁵⁸⁾ É o caso de AFONSO QUEIRÓ, «Lições de Direito Administrativo», Coimbra, 1976, págs. 325 e 326, para quem a Declaração tem força jurídica superior à da própria Constituição enquanto interpretada sem o subsídio dessa Declaração. Cfr. ainda PAULO OTERO, «Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição», in «O Direito», 1990.

⁽⁵⁹⁾ É o caso de JORGE MIRANDA, «Manual» cit., pág. 151, que entende que a Declaração não prevalecerá face a normas constitucionais emergentes do poder constituinte originário, mas já prevalecerá face a normas constitucionais decorrentes de revisão constitucional, atenta a natureza derivada deste tipo de poder constituinte.

Dito de outro modo, à luz da recepção ou reconhecimento das normas das convenções internacionais sobre protecção e garantia dos Direitos do Homem a que procede o artigo 16.º, n.º 1, da Constituição portuguesa, a jurisprudência constitucional não reconheceu até ao momento, pelo menos de forma sedimentada e inequívoca, um estatuto (hierárquico) privilegiado em termos de se lhes atribuir uma natureza «constitucional» ou de as erigir em padrão *autónomo e directo* para um juízo de constitucionalidade sobre as normas legais internas. Sem embargo, é já significativa e uniforme a jurisprudência constitucional que reconhece o relevo desses instrumentos internacionais enquanto elementos coadjuvantes e clarificadores da interpretação dos preceitos da Constituição relativos aos direitos fundamentais.

Assim pode-se dizer, neste capítulo, que a jurisprudência constitucional tem-se orientado essencialmente no sentido de considerar que as convenções internacionais sobre protecção e garantia dos Direitos do Homem constituem sobretudo elementos adjuvantes de interpretação e de integração dos preceitos constitucionais, sem, contudo, representarem individualizadamente parâmetros autónomos, *a se*, de aferição da validade dos actos normativos impugnados.

Com efeito, esta orientação jurisprudencial foi iniciada pela Comissão Constitucional⁽⁶⁰⁾, nos seus Acórdãos n.º 108 e 120⁽⁶¹⁾, onde se reconhece e faz aplicação do entendimento segundo o qual, por força do disposto no n.º 2 do artigo 16.º da Constituição, os preceitos constitucionais e legais atinentes aos

⁽⁶⁰⁾ Cfr. supra, Introdução, ponto 1.

⁽⁶¹⁾ O Acórdão n.º 108, de 25 de Julho de 1978 (publicado no Apêndice ao *Direito da República*, de 29 de Dezembro de 1978) e o Acórdão n.º 120, de 5 de Dezembro de 1978 (publicado no Apêndice ao *Diário da República*, de 8 de Maio de 1979) versavam sobre o regime de punição dos funcionários e agentes da PIDE/DGS constante da Lei n.º 8/75, de 25 de Julho (lei constitucional provisória do período entre Abril de 1974 e a entrada em vigor da nova Constituição, em 1976), cuja subsistência era expressamente ressalvada pelo disposto no art. 309.º da Constituição (cfr. supra Introdução — 3 sobre as razões da reserva formulada ao art. 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pela Lei n.º 64/78).

direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal. Estando em causa naqueles dois arestos situações concretas decorrentes de uma lei com valor constitucional (a Lei n.º 8/75), cuja aplicação envolvia, em certa medida, uma derrogação do princípio *nulum crimen sine lege, sine poena*, lei essa mantida em vigor por uma disposição final e transitória da própria Constituição de 1976 (artigo 309.º da redacção originária), a Comissão entendeu que à luz do artigo 11.º da D.U.D.H. se deveria optar, dentro das possíveis interpretações do artigo 309.º, por aquela que de forma mais relevante atenuasse o possível desrespeito do aludido princípio.

Posteriormente, a mesma Comissão Constitucional foi confrontada com uma situação onde estava em causa apurar da violação do princípio da não discriminação face ao disposto na Constituição portuguesa (artigo 13.º, n.º 2) e face aos instrumentos de direito internacional que de igual forma o acolhem⁽⁶²⁾. Desta feita a norma impugnada constava da Lei do Serviço Militar⁽⁶³⁾ e dispunha que em igualdade de classificação ou de graduação para provimento, por concurso, em cargos do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público ou equiparadas, teriam preferência os indivíduos que tivessem cumprido serviço efectivo nas forças armadas.

Considerada tal norma inconstitucional, por violação do princípio da igualdade constante do n.º 1 do artigo 13.º da Constituição, a Comissão Constitucional equacionou a questão da violação do princípio da não discriminação em função do sexo, postulado pelo n.º 2 do artigo 13.º da Constituição portuguesa⁽⁶⁴⁾, e depois de referenciar os instrumentos internacionais vigentes em Portugal que consagram expressamente o aludido princípio⁽⁶⁵⁾, sublinha,

(62) Cfr. Parecer da Comissão Constitucional n.º 2/81, publicado nos *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º volume, págs. 123 e ss.

(63) Lei n.º 2135, de 11 de Julho de 1968, artigo 52.º

(64) Júízo este formulado em virtude de as mulheres não prestarem normalmente serviço militar efectivo.

(65) Designadamente, a Carta das Nações Unidas [artigos 1.º, n.º 3, 55.º, alínea c) e 76.º, alínea c)], a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigos 1.º, 2.º e 7.º), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 3.º), a

contudo, o diferente alcance da consagração do princípio em causa na Declaração Universal e na Constituição portuguesa, aferido em duas dimensões distintas:

— por um lado, o preceito constitucional português consagra um princípio de não discriminação *relativo*, na medida em que esta só se apura em função de um certo número de critérios limitativamente indicados, enquanto na Declaração Universal se contém um princípio de não discriminação *absoluto*, na medida em que os critérios nela referidos o são a título meramente exemplificativo, interpretação que resulta necessariamente da utilização da expressão «nomeadamente»;

— por outro lado, o princípio da não discriminação constante da Convenção só diz respeito aos direitos e deveres nela consagrados, por força do disposto no seu artigo 2.º, enquanto na Constituição portuguesa, em virtude do princípio da «cláusula aberta» dos direitos fundamentais constante do n.º 1 do artigo 16.º já atrás assinalado, o princípio da não discriminação também pode — e deve — ser aferido em relação aos direitos consagrados ou a consagrar, por via legislativa, ordinária ou convencional.

Neste contexto, a Comissão acabou por se pronunciar pela inconstitucionalidade do preceito em causa, também por violação do princípio da não discriminação consagrado no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, ainda que para a delimitação dos contornos de tal princípio se tenha socorrido dos aludidos textos internacionais.

Esta linha de orientação jurisprudencial foi retomada, no seu essencial, pelo Tribunal Constitucional, de que se passam a referir os arestos mais relevantes.

Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho (artigo 1.º, n.º 1), a Convenção da UNESCO relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino (artigo 1.º, n.º 1) e os Pactos Internacionais da O.N.U. (artigo 2.º, n.º 2 do pacto referente aos direitos económicos, sociais e culturais e artigo 2.º, n.º 1, do pacto relativo aos direitos civis e políticos).

Desde logo no Acórdão n.º 6/84 ⁽⁶⁶⁾, onde estava em causa saber se um dispositivo do Regulamento de Transportes em Automóveis que obrigava o pessoal que presta serviço nos veículos empregados em transporte colectivo de passageiros a apresentar-se «devidamente uniformizado e barbeado» violaria o direito de personalidade (direito à imagem) consagrado no artigo 26.º da Constituição Portuguesa.

Embora o citado normativo constitucional, na redacção anterior à segunda revisão constitucional, não referisse expressamente, entre os direitos de personalidade nele contidos, o «direito à imagem», o Tribunal entendeu que o ordenamento constitucional português consagrava, em diversos normativos, o direito geral de personalidade, cujo estatuto resultaria, aliás, reforçado pelas regras constantes dos números 1 e 2 do artigo 16.º da Constituição, em virtude de o artigo 26.º, n.º 2, da D.U.D.H. referir, ainda que incidentalmente, a plena expansão da personalidade humana e de o artigo 22.º estabelecer que todo o homem, como membro da sociedade, tem direito à realização dos direitos indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Paralelamente, o Tribunal invocou também o regime do artigo 29.º, n.º 1, da D.U.D.H. quanto aos deveres do homem para com a sociedade, na qual o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade é possível, bem como do seu n.º 2, no qual se declara que no exercício dos seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas por lei exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Mas ao invocar o disposto no artigo 29.º da D.U.D.H., o Tribunal concluiu que o seu regime coincide, no essencial, com a regra do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição portuguesa, que determina que a lei só pode restringir os direitos nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou

⁽⁶⁶⁾ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 2 de Maio de 1984.

interesses constitucionalmente protegidos. Pelo que não julgou inconstitucional a aludida norma legal, tendo recorrido à D.U.D.H. para reforçar o entendimento do direito de personalidade em causa.

Também no Acórdão n.º 14/84 ⁽⁶⁷⁾, onde estava em causa a fixação legal da «justa indemnização» devida aos proprietários de terrenos rústicos na Região Autónoma da Madeira que deles se viram desapossados em virtude de uma medida de intervenção económica (remição da colónia) em benefício dos rendeiros, o Tribunal concluiu que a interpretação do artigo 62.º da Constituição (sobre direito de propriedade) não resultava alterada por força do disposto no artigo 17.º da D.U.D.H., uma vez que o seu n.º 2 dispõe que «ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua propriedade» e o Tribunal afirmou que a extinção da colónia não se podia ter por arbitrária.

Na mesma linha de orientação, refira-se ainda o Acórdão n.º 63/85 ⁽⁶⁸⁾, em que estava em causa a apreciação da constitucionalidade de uma norma da Lei de Imprensa ⁽⁶⁹⁾ que presumia ser o director do periódico o autor de escritos não assinados ou de escritos subscritos por pessoas insusceptíveis de responsabilizar-se por se ignorar quem sejam. O Acórdão recorrido (da Relação do Porto) havia considerado inconstitucional a norma em causa, uma vez que «a nossa lei fundamental, no n.º 2 do artigo 32.º, determina que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, em consonância com o n.º 2 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em que se prescreve que toda a pessoa acusada de uma infracção se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada». O Tribunal Constitucional, por seu turno, julgou a norma como não sendo inconstitucional, e para efeitos de interpretação do normativo constitucional recorreu ao disposto no artigo 11.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos do

⁽⁶⁷⁾ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 10 de Maio de 1984.

⁽⁶⁸⁾ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 12 de Junho de 1985.

⁽⁶⁹⁾ O n.º 3 do artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro.

Homem, que dispõe que «toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público», dispositivo este que, por força do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição portuguesa, constitui «elemento adjuvante de interpretação, e mesmo de integração, do princípio expresso no artigo 32.º, n.º 2, da lei básica» (70).

Ainda neste mesmo sentido, podem referir-se como acolhendo a tese da natureza dos instrumentos internacionais de protecção e garantia dos Direitos do Homem como meros elementos adjuvantes da interpretação e integração de preceitos constitucionais e legais, os Acórdãos n.º 99/88 e 149/88 do Tribunal Constitucional (71).

No primeiro dos arestos estava em causa a norma do Código Civil português (72) que regula a caducidade do direito de acção de investigação da paternidade, que a recorrente entendia violar a Declaração Universal dos Direitos do Homem (sem indicação de qualquer norma específica), bem como o disposto no artigo 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O Tribunal entendeu que não cabia apreciar a questão da conformidade da norma impugnada face aos aludidos instrumentos internacionais, quer porque esse controlo estava excluído enquanto tal da esfera de competência do Tribunal quer porque, vistas as coisas na perspectiva material, o parâmetro constitucional invocado, o princípio da igualdade ínsito no artigo 13.º da Constituição da República, se afigurava como suficiente para resolver a questão colocada ao Tribunal, pois que o sentido útil do preceito constitucional consumia

(70) Registe-se que o aresto não menciona a norma da Convenção Europeia que havia sido invocada na decisão recorrida, nem como parâmetro autónomo nem como elemento adjuvante do juízo de constitucionalidade formulado, antes reportando-se à Declaração Universal, por força de expressa imposição constitucional.

(71) O primeiro publicado no *Diário da República*, II Série, de 22 de Agosto de 1988, e o segundo no mesmo local e Série, de 17 de Setembro de 1988.

(72) O artigo 1817.º do Código Civil.

por inteiro a regra de não-discriminação constante do artigo 14.º da Convenção Europeia (73).

No segundo aresto, estava também em causa a invocação da violação do princípio da igualdade, imputada à norma do Código Penal português (74) que determina que a suspensão da execução da pena de multa só pode ser decretada a quem não tenha possibilidade de a pagar, tendo o recorrente invocado a violação do artigo 2.º, n.º 1, da Declaração Universal e do artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Do mesmo modo o Tribunal afastou estes preceitos do «bloco de constitucionalidade» enquanto tais e decidiu a questão apenas à luz do artigo 13.º da Constituição (75).

Mais recentemente o Tribunal proferiu um aresto que se pode considerar tributário da mesma linha de orientação jurisprudencial, o Acórdão n.º 222/90 (76), onde a recorrente propugnava para que fosse julgada inconstitucional a norma do Código de Processo

(73) Como se escreveu no aresto em causa, «fica de antemão excluído que na resposta à questão *sub judice* caiba afinal considerar as citadas Declaração e Convenção autonomamente, isto é, independentemente dos princípios e normas constitucionais que para tanto venham a julgar-se relevantes. (...) Quer isto dizer, por outro lado, que é antes à luz dos referidos princípios e normas constitucionais que haverá de resolver-se a questão em apreço. E no contexto deles, quando muito, é que poderiam levar-se em conta os instrumentos internacionais invocados, enquanto elementos coadjuvantes da clarificação do sentido e alcance de tais normas e princípios. Isso, porém, seria coisa diversa de tomá-los como padrões autónomos de um juízo de constitucionalidade, mas seria, sem dúvida, um procedimento não só seguramente admissível, como até recomendável, face à indicação consignada no artigo 16.º da Constituição».

(74) O artigo 48.º, n.º 1, do Código Penal.

(75) Sobre esta matéria, no mesmo sentido e com o mesmo fundamento havia sido proferido o Acórdão n.º 440/87, publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Fevereiro de 1992.

(76) Publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Setembro de 1990. Cfr. o comentário a este aresto de JORGE MIRANDA, na crónica da justiça constitucional em Portugal referente ao ano de 1990, publicada no «*Annuaire International de Justice Constitutionnelle — 1990*», Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pág. 842.

Civil ⁽⁷⁷⁾ que permite o conhecimento pelo juiz, no despacho saneador, de excepções, uma vez que entendia que o disposto nos artigos 211.º e 20.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, interpretados e integrados à luz do artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (e do artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, «cujo carácter constitucional invocou»), impõem que em processo cível (tal como em processo penal) um processo não possa ser julgado pelo Tribunal sem a precedência de uma audiência de julgamento, pública e equitativa, sustentando, pois, ter havido no caso violação do princípio do contraditório em processo civil.

O Tribunal colocou, mais uma vez, a questão de saber se cabia na sua esfera de competência «o controlo da conformidade de normas internas com princípios jurídico-internacionais em matéria de direitos fundamentais (ou direitos do homem) recebidas *in foro domestico* por força da própria Constituição — ou seja, a questão de saber se ainda tais princípios jurídico-internacionais podem e devem ser tomados como parâmetros directos para a emissão de um juízo de (in)constitucionalidade», de que dependia a valoração do artigo 6.º da Convenção como parâmetro do aludido juízo, mas eximiu-se de novo a responder, uma vez que considerou que «o preceito em apreço da Convenção Europeia é, afinal, coincidente, no seu sentido e alcance (e inclusive no seu teor verbal), com o artigo 10.º da Declaração Universal», cuja consideração, enquanto padrão orientador e integrador dos pertinentes preceitos constitucionais, já é admissível para efeitos de formulação de um juízo de constitucionalidade, por força do disposto no artigo 16.º da Constituição.

Assim, apreciando os preceitos constitucionais invocados pelo recorrente, iluminados pelo artigo 10.º da D.U.D.H., o Tribunal não julgou inconstitucional o aludido preceito do Código de Processo Civil, por entender que nem o texto constitucional, nem a Declaração Universal postulam a necessidade de, em todos os casos, a decisão final de um processo judicial ser precedida de uma

(77) O seu artigo 508.º, n.º 3.

audiência de julgamento, porquanto esta conclusão não fere quer o princípio do «acesso a um tribunal» quer o princípio do «julgamento equitativo e público», sublinhando-se que a tese contrária não poderia deixar de ser entendida como revestindo-se de um carácter «manifestamente excessivo» (78).

Registe-se ainda que o Tribunal sublinha que tal conclusão se mostra conforme com a jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, que já teve ocasião de decidir, com referência ao artigo 6.º, n.º 1, da Convenção, que «sempre que o carácter e comportamento pessoal da parte não sejam elementos que contribuam de forma directa na formação da opinião do tribunal o processo inteiramente escrito pode satisfazer às exigências desse preceito» (decisão de 24 de Setembro de 1963, no *Annuaire de la Convention Européenne des droits de l'Homme*, VI, 521, *apud* Pinheiro Farinha, *Convenção dos Direitos do Homem*, anotada, pág. 431).

Finalmente, refira-se que o Tribunal Constitucional, nos arestos que proferiu quanto à conformidade constitucional do disposto no artigo 665.º do Código de Processo Penal de 1929, com a sobreposição interpretativa decorrente do Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1934 (79), nos quais estava em causa o princípio da existência de um duplo grau de jurisdição em matéria de facto em processo criminal, deduzível do disposto no n.º 1, do artigo 32.º, da Constituição (80), socorreu-se, como

(78) Recorde-se que estava em causa uma acção cível. Já quanto ao processo criminal, o Tribunal recordou no mesmo aresto que quer a Constituição quer a Declaração Universal postulam que «a realização de uma audiência pública de julgamento seja um trâmite essencial do respectivo iter processual, enquanto elemento insuprível de garantia de uma completa possibilidade de defesa do réu, e de salvaguarda de um integral contraditório».

(79) Cfr., entre outros, os Acórdãos n.º 219/89 (publicado na II Série do *Diário da República*, de 30 de Junho de 1989), n.º 340/90 (publicado no mesmo local e Série, de 19 de Março de 1991) e n.º 401/91 (publicado no mesmo local, I Série-A, de 8 de Janeiro de 1992).

(80) Do seguinte teor: «O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa».

elementos interpretativos e integradores do aludido preceito constitucional, quer da Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 11.º), quer da Convenção Europeia (artigo 6.º, n.º 2), quer do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (artigo 14.º, n.ºs 2 e 3). Conforme se escreve no Acórdão n.º 401/91, «o cotejo destes textos de direito internacional, se marca o sentido de uma evolução na óptica do que ora nos interessa apurar, não deixa também de sublinhar que nem os dois primeiros (a Declaração Universal e a Convenção Europeia), nem a própria Constituição da República, consagram expressamente, entre as garantias de defesa, o duplo grau de jurisdição. Já o Pacto Internacional, de mais recente elaboração, reconhece claramente o direito ao recurso, ao dispor, no n.º 5 do seu artigo 14.º, que «qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei». Um tal entendimento mais exigente das garantias de defesa dos arguidos tem encontrado acolhimento quer na doutrina quer na jurisprudência, em termos tais que bem se pode ter por assente que o direito ao recurso tem cabimento no âmbito das «garantias de defesa» consagradas no artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, se não mesmo, e desde logo, por força do «direito de acesso aos tribunais constante do artigo 20.º da nossa lei fundamental».

Pelo que o Tribunal declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do complexo normativo representado pela aludida norma do Código de Processo Penal de 1929, com a sobreposição do assento do Supremo Tribunal de Justiça, e que vedava aos tribunais da relação reapreciar a matéria de facto nos processos crime julgados pelos tribunais colectivos de primeira instância.

Um caso particular face a esta linha de orientação jurisprudencial constitui, sem dúvida, o Acórdão n.º 219/89 já citado, na parte em que apreciou a conformidade constitucional do artigo 365.º do Código de Processo Penal de 1929, do artigo 59.º da Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro e do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 269/78, de 1 de Dezembro.

Estava em causa um processo onde os arguidos eram pronunciados por um crime de «organização terrorista»⁽⁸¹⁾, em que o juiz de instrução que proferiu o correspondente despacho de pronúncia foi igualmente o juiz presidente do tribunal colectivo que procedeu ao julgamento. Os recorrentes entendiam que as normas que prescrevem a autoria da pronúncia pelo juiz do julgamento eram materialmente inconstitucionais, por violação do disposto no n.º 5, do artigo 32.º, da Constituição⁽⁸²⁾ e ilegais, por violação do disposto no artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Na análise que fez, o Tribunal (em secção) cotejou as normas impugnadas quer com o artigo 32.º, n.º 5, da Constituição, quer com o disposto no artigo 6.º, n.º 1, da C.E.D.H., tendo equacionado, em tese, duas perspectivas fundamentais quanto à solução da questão de fundo.

Por um lado, o princípio do acusatório, constitucionalmente consagrado, não resultaria violado pelos aludidos preceitos legais que apontam para que o tribunal de pronúncia seja também o do julgamento (julgamento em tribunal singular) ou para que o juiz da pronúncia venha a participar do julgamento (julgamento em tribunal colectivo ou com intervenção de júri), se o despacho de pronúncia não exceder significativamente a acusação, limitando-se, por isso, a deferir o pedido de acusação não indo para além dele.

Por outro, haveria violação do princípio do acusatório se o despacho de pronúncia fosse além da acusação («despacho de pronúncia com dimensão acusatória»), designadamente através da descrição de novos procedimentos do acusado, correspondentes a elementos essenciais do crime por que foi acusado ou integradores de um tipo penal diverso. Neste caso, havendo violação do princípio do acusatório ínsito no n.º 5 do artigo 32.º da Constituição,

(81) Previsto e punido pelo artigo 288.º do Código Penal.

(82) Que dispõe que «o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório».

haveria também violação da garantia de imparcialidade constante do artigo 6.º, n.º 1, da C.E.D.H., o que prefigura um vício de inconstitucionalidade, por desrespeito do princípio da superioridade hierárquica das normas convencionais internacionais, decorrente do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição, bem como do princípio *pacta sunt servanda*, acolhido no artigo 8.º, n.º 1 da lei fundamental portuguesa.

Sem prejuízo de equacionar a questão nestes termos, o Tribunal acabou por entender que, no caso, o despacho de pronúncia tinha mera vocação garantística, pelo que na aplicação das normas em causa ao processo não detectou qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade por violação de convenção internacional ⁽⁸³⁾.

3.3. Utilização da norma internacional referente aos Direitos do Homem como fonte de inspiração

Conforme resulta do que já atrás se deixou exposto, a relevância das normas de direito internacional convencional enquanto fontes inspiradoras das soluções normativas de direito interno pode ser perspectivada em diferentes planos, a que ora aludiremos apenas em síntese.

Desde logo, a própria Constituição de 1976 recolheu em múltiplos dos seus normativos, no momento constituinte da sua formulação, o contributo desses textos de direito internacional, a ponto de adoptar, quanto à Declaração Universal, a solução do artigo 16.º, n.º 2, cometendo-lhe expressamente uma função orientadora quanto à interpretação e à integração dos preceitos constitucionais e legais atinentes à matéria dos direitos fundamentais (a que acresce a projecção específica do princípio da «cláusula aberta»). Neste contexto pode falar-se de uma obrigação constitu-

⁽⁸³⁾ A questão em causa foi objecto de queixa individual junto da comissão Europeia dos Direitos do Homem, já recebida por esta, nos termos a que adiante aludiremos.

cional de recurso à D.U.D.H. com o sentido, o alcance e as dificuldades atrás assinaladas.

Paralelamente, nada na Constituição portuguesa impede que o juiz constitucional ⁽⁸⁴⁾ faça aplicação directa de regras ou princípios de convenções internacionais de que Portugal seja parte para efeitos de conformação das suas decisões. Só que, embora com as excepções também já assinaladas, o Tribunal Constitucional não tem integrado as normas das aludidas convenções internacionais no «bloco de constitucionalidade» de forma e autónoma, antes chamando-as à colação por referência a princípios e regras constitucionais e enquanto elementos adjuvantes de interpretação e integração, o que deixa em aberto a definição da sua específica posição no quadro das fontes normativas. A este circunstancialismo não será decerto alheio o facto, também já referido, de a Constituição portuguesa acolher um extenso catálogo de direitos fundamentais que ou coincide com o elenco dos direitos constantes dessas convenções internacionais ou mesmo, em certos domínios, o ultrapassa ⁽⁸⁵⁾.

Deste quadro resulta que frequentemente o Tribunal Constitucional faz expressa menção de normas internacionais, em especial da Declaração Universal, na fundamentação das suas decisões,

⁽⁸⁴⁾ E não só este, mas qualquer outro juiz que seja chamado a aplicar preceitos constitucionais ou legais em sede de direitos fundamentais.

⁽⁸⁵⁾ Particularmente significativo é o facto de na revisão constitucional de 1982 se ter equacionado a possibilidade de aditar expressamente no artigo 16.º da Constituição uma referência à Convenção Europeia dos Direitos do Homem como elemento interpretativo e integrador dos direitos fundamentais, à semelhança do que já hoje se passa com a Declaração Universal (cfr. o projecto de revisão constitucional da Aliança Democrática — subscrito por Deputados do P.S.D., C.D.S. e P.P.M. — publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Legislatura, 2.ª Série, n.º 57, de 27 de Abril de 1981), solução rejeitada com fundamento no escasso efeito útil de tal aditamento, se não mesmo no carácter limitativo que tal remissão, em certos casos, poderia acarretar para alguns direitos constitucionalmente consagrados, designadamente os dos trabalhadores (cfr. debates na Comissão Eventual de Revisão Constitucional, 5.º suplemento ao n.º 108, da 2.ª Série do *Diário da Assembleia da República*, de 8 de Outubro de 1981 e no Plenário do Parlamento, no mesmo local, 1.ª Série, n.º 101, de 11 Junho de 1982).

em obediência ao preceito do artigo 16.º, n.º 2, da Constituição e, embora de forma menos frequente, chame à colação a jurisprudência formulada pelos órgãos jurisdicionais de controlo e garantia desses instrumentos de direito internacional, em especial da Comissão dos Direitos do Homem no âmbito da Convenção Europeia.

Referência especial merece a questão da vigência na ordem interna do direito das Comunidades Europeias, como ao longo do presente texto já por diversas vezes deixamos entrever.

Com efeito, Portugal passou a ser membro de pleno direito das Comunidades Europeias em 1 de Janeiro de 1986, encontrando-se, desde então, vinculado ao ordenamento jurídico comunitário por força do Tratado de Adesão. Tendo em vista essa adesão, a revisão constitucional de 1982 aditou, ao artigo 8.º da Constituição, um n.º 3 que dispunha (na redacção da primeira revisão constitucional) que «as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre expressamente estabelecido nos respectivos tratados constitutivos». Na revisão constitucional de 1989 eliminou-se o inciso «expressamente», no essencial para contemplar o caso das directivas de efeito directo, uma vez que este específico efeito não se poderia ter por compreendido no âmbito de estatuição dos tratados constitutivos das Comunidades.

O sentido e alcance deste preceito, quando cotejado com o disposto no n.º 2 do mesmo normativo, tem suscitado diversas posições doutrinárias que, sendo convergentes quanto ao reconhecimento do «efeito directo» do ordenamento comunitário, já o não são quanto à questão do «primado do direito comunitário»⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cfr., entre outros, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «Constituição Anotada» cit., pág. 92, BARBOSA DE MELO, «A Preferência da Lei posterior...» cit., pág. 21, ANTÓNIO VITORINO, «A Adesão de Portugal às Comunidades Europeias. A problemática da aplicabilidade directa e do primado do Direito Comunitário face ao nosso ordenamento jurídico», Lisboa, 1984, pág. 33,

Conforme já se referiu, os Tratados das Comunidades (e o próprio Tratado de Adesão) não foram sujeitos, até ao momento, a qualquer tipo de controlo de constitucionalidade, pelo que verdadeiramente o Tribunal Constitucional nunca foi confrontado com a questão da posição hierárquica do Direito Comunitário na ordem interna. Sem embargo, alguns arestos posteriores a 1986 acabam por abordar, directa ou indirectamente, temas atinentes ao ordenamento jurídico comunitário.

Foi o caso do Acórdão n.º 184/89 ⁽⁸⁷⁾, onde o Tribunal se pronunciou sobre as disposições de direito interno tendentes a dar execução a um regulamento comunitário — Regulamento de Aplicação ao Território Nacional do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), anexo à Resolução do Conselho de Ministros n.º 44/86, publicada no *Diário da República*, I Série, de 5 de Junho de 1986 (referente ao Regulamento do Conselho de Ministros da C.E.E. n.º 1787/84, de 19 de Junho de 1984, publicado no *Jornal Oficial* n.º 169) —. Neste caso, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do Regulamento interno com força obrigatória geral, por entender que a aprovação das disposições de direito interno de execução das normas comunitárias deve reger-se pelas normas constitucionais portuguesas relativas à competência dos órgãos e à forma dos actos normativos, o que não havia sucedido no caso. O Tribunal não formulou expressamente, neste aresto, qualquer juízo valorativo quanto à natureza específica do direito comunitário nm quanto ao seu lugar na ordem jurídica interna ⁽⁸⁸⁾.

JOÃO MOTA DE CAMPOS, «As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1982», Lisboa, 1985, pág. 397 e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, «Manual de Direito Internacional Público», 3.ª edição, Coimbra, 1993, pág. 124.

⁽⁸⁷⁾ Publicado no *Diário da República*, I Série, de 9 de Março de 1989.

⁽⁸⁸⁾ Sobre este Acórdão pode ver-se A. PINTO, «L'application du droit communautaire au Portugal», in *Revue Française de Droit Administratif*, n.º 6 (6), Nov.-Déc. 1990.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 163/90 ⁽⁸⁹⁾, foi confrontado com um recurso interposto de uma decisão do Tribunal da Relação do Porto onde os recorrentes invocaram a inconstitucionalidade do disposto no artigo 678.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que dispõe que não cabe recurso nos processos em que o valor da causa não é superior à alçada do tribunal de que se recorre. Considerando que a Constituição portuguesa consagra, designadamente no n.º 1 do seu artigo 20.º, um «direito a um duplo grau de jurisdição», direito esse que igualmente consubstancia um princípio comum de direito comunitário decorrente do artigo 168.º-A do Tratado C.E.E., os recorrentes solicitaram ao Tribunal Constitucional que este procedesse a um «reenvio prejudicial», nos termos do artigo 177.º do mesmo Tratado, para apurar se o Tribunal de Justiça das Comunidades entendia que do referido artigo 168.º-A se poderia retirar um tal princípio geral de duplo grau de jurisdição para efeitos de protecção de direitos fundamentais e restrito a matérias de direito.

Neste aresto o Tribunal analisou com pormenor o mecanismo do «reenvio prejudicial», entendido como «instrumento ao serviço do primado ou da primazia da ordem jurídica comunitária», quer quanto à sua função quer quanto às condições do seu processamento, e embora colocando em dúvida que estivesse em causa uma verdadeira e própria questão de interpretação de um normativo comunitário ⁽⁹⁰⁾, decidiu não promover o pretendido «reenvio prejudicial» por ser manifesto que a questão de interpretação de uma norma comunitária suscitada pelos recorrentes não era pertinente para a resolução do litígio em apreço. Do Acórdão a que vimos reportando não resulta, contudo, nenhuma afirmação ineludível quanto à questão das relações entre o direito interno e o

⁽⁸⁹⁾ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 18 de Outubro de 1991, referente a um processo principal onde estava em causa um litígio referente à propriedade das águas subterrâneas de um prédio rústico.

⁽⁹⁰⁾ Uma vez que o artigo 168.º-A, aditado pelo Acto Único Europeu, ao consagrar o Tribunal de Primeira Instância, não oferecia, em si mesmo, dúvidas de interpretação, enquanto o que os recorrentes pretendiam era saber se desse preceito se poderia retirar um princípio de garantia (geral) de um duplo grau de jurisdição.

direito comunitário, mas alguns autores, comentando-o, sublinham que «les principes généraux auxquels il a souscrit, ainsi que la façon claire et nette dont il en a tiré les conséquences qui s'imposaient en l'espèce permettent de prévoir que le *Tribunal Constitutionnel* portugais ne s'éloignera pas des grands principes dégagés par la Cour de Justice à propos de la question des rapports entre le droit communautaire et le droit constitutionnel national»⁽⁹¹⁾. Mas por enquanto esta conclusão, conforme resulta do seu texto, constitui sobretudo uma previsão.

Ainda num domínio relacionado com o Direito Comunitário, registre-se que o Tribunal Constitucional, em dois arestos⁽⁹²⁾, entendeu estar preenchido o requisito constitucional quanto ao sentido de uma autorização legislativa conferida pela Assembleia da República ao Governo pela remissão para um regulamento comunitário que deveria constituir fonte orientadora da normação interna sobre direitos niveladores de carne de bovino importada.

3.4. Preocupações de autonomia do juiz constitucional

O quadro acabado de descrever, nas suas diversas vertentes, põe em evidência que o juiz constitucional português, até ao presente momento, tem procurado encontrar no ordenamento constitucional as soluções para as questões de constitucionalidade atinentes aos Direitos do Homem, de tal forma que a invocação das pertinentes convenções internacionais não desempenha um papel central na *ratio decidendi* dos casos apreciados, mas apenas elemento adjuvante de interpretação e integração dos preceitos constitucionais e legais internos. Sem embargo, esta metodologia, que

⁽⁹¹⁾ Cfr. JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, com a colaboração de LUÍS MIGUEL PAIS ANTUNES e de NUNO PIÇARRA, «Droit Constitutionnel et Droit Communautaire. Le cas portugais», in «Rivista de Diritto Europeo», n.º 2, Aprile-Giugno 1991, pág. 310.

⁽⁹²⁾ Acórdãos n.º 70/92 e n.º 194/92, publicados no *Diário da República*, II Série, respectivamente, de 18 de Agosto de 1992 (suplemento) e de 25 de Agosto de 1992.

registra as excepções assinaladas e que levou mesmo uma das Secções do Tribunal (a 1.^a) a afirmar expressamente o princípio da primazia do direito convencional internacional sobre o direito interno de origem legal, se pode ser tida como expressão de uma certa «reserva de autonomia» do juiz constitucional português, traduz uma atitude que deve ser entendida quer à luz da influência dos textos internacionais sobre a formulação dos próprios preceitos constitucionais portugueses, quer à luz do especial papel que a Constituição expressamente reconhece à Declaração Universal dos Direitos do Homem.

IV

APRECIACÃO PELOS ÓRGÃOS INTERNACIONAIS DE CONTROLO DA ACTIVIDADE DO JUIZ CONSTITUCIONAL

4.1. Condições em que pode ocorrer um tal controlo

Conforme já se teve ocasião de dizer, o ordenamento constitucional português não prevê a figura da «queixa constitucional» (*Verfassungsbeschwerde*), isto é, a possibilidade de os particulares demandarem directamente o Tribunal Constitucional para efeitos da tutela dos seus direitos fundamentais com fundamento na violação de uma norma constitucional. E embora algumas vezes preconizem a introdução de tal figura em futura revisão constitucional ⁽⁹³⁾, pode-se dizer que as condições legalmente facultadas às

⁽⁹³⁾ Tal como já na segunda revisão constitucional foi proposto pelo projecto de revisão apresentado pelos Deputados do Partido Comunista Português. Sublinhe-se, contudo, que esta proposta visava acrescentar ao actual modelo constitucional uma via nova de acesso à justiça constitucional e não uma substituição integral do modelo de fiscalização concreta delineado após a revisão constitucional de 1982 (v.g. a substituição do actual modelo de recurso de constitucionalidade processado apenas após o esgotamento dos recursos ordinários que caibam

partes para abrirem a via do controlo de constitucionalidade em sede de fiscalização concreta têm correspondido a uma eficaz tutela dos Direitos do Homem na generalidade dos casos.

Com efeito, como resulta do disposto nos artigos 280.º da Constituição e 70.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, as partes podem, no decurso de um processo judicial, suscitar a inconstitucionalidade de normas que venham ou possam vir a ser aplicadas pelo juiz da causa, provocando a apreciação dessa questão pelo próprio tribunal do processo principal, e desta forma preenchendo um dos pressupostos de ulterior interposição do recurso para o Tribunal Constitucional, uma vez esgotados os recursos ordinários que no caso caibam.

O controlo do Tribunal Constitucional é, assim, um «controlo terminal», restrito à questão de constitucionalidade, que opera depois de esgotado o poder jurisdicional dos demais tribunais e, em caso de proceder o pedido, a decisão do Tribunal traduz-se num comando de reforma pelo tribunal recorrido da decisão por este proferida em conformidade com o juízo de (in)constitucionalidade emitido pelo mais alto órgão de administração da justiça em sede jurídico-constitucional.

Em função do volume de casos decididos neste tipo de recursos⁽⁹⁴⁾ e do crescente número de processos entrados, bem pode dizer-se que o sistema de fiscalização concreta em Portugal não parece apresentar obstáculos nem dificuldades de monta à tutela

no processo principal por um modelo de excepção de inconstitucionalidade — com eventuais efeitos suspensivos sobre a causa e que retirasse ao juiz do processo a própria faculdade de apreciação da constitucionalidade das pertinentes normas a aplicar na solução do caso).

⁽⁹⁴⁾ Considerando o movimento processual de casos decididos referente a recursos e reclamações em sede de fiscalização concreta desde 1988 até 1992, teremos o seguinte quadro:

1988: 578
1989: 294
1990: 343
1991: 453
1992: 387 (dado provisório)

dos direitos fundamentais dos cidadãos ⁽⁹⁵⁾. Circunstância que contrasta com o limitado número de casos em que os cidadãos portugueses recorrem às instâncias internacionais de tutela dos Direitos do Homem ⁽⁹⁶⁾, sem prejuízo da assinalável frequência com que, nestes casos, o fundamento invocado seja precisamente o do atraso na administração da justiça ⁽⁹⁷⁾.

Finalmente, refira-se que aos particulares é reconhecido ainda um específico «direito de queixa» junto do Provedor de Justiça, que pode versar sobre uma questão de constitucionalidade, sendo, pois, de admitir que o Provedor, caso reconheça procedência à questão em causa, venha a accionar o mecanismo previsto na alínea *d*), do n.º 2, do artigo 281.º, da Constituição, tendente ao controlo abstracto sucessivo da constitucionalidade de normas jurídicas.

Conhecida como é a jurisprudência tanto da Comissão como do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto às condições de admissibilidade da queixa individual prevista no artigo 25.º da Convenção Europeia, é em função das circunstâncias concretas de cada caso que se pode aferir se foi ou não efectivamente respeitado o princípio da exaustão dos meios internos de tutela.

⁽⁹⁵⁾ Em sentido contrário, FAUSTO QUADROS, «O princípio da exaustão dos meios internos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a ordem jurídica portuguesa», *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 50, I, Lisboa, Abril de 1990, pág. 148, ao considerar que «o sistema de garantia dos direitos e das liberdades dos cidadãos é um sistema complexo, pesado e imperfeito. (...) Imperfeito por duas razões: porque os meios gratuitos e contenciosos funcionam lentamente (...) e porque o cidadão português não dispõe dos meios mais eficazes que o Direito Constitucional coloca ao dispor do indivíduo para a defesa dos seus direitos e das suas liberdades, designadamente, a queixa constitucional.»

⁽⁹⁶⁾ Segundo JOÃO RAMOS DE SOUSA, «Seis Causas Contra Portugal no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», in «Sub Judice — justiça e sociedade», 1991/1 — Setembro-Dezembro, pág. 11, entre 1984 e 1990 foram apresentados ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem seis casos contra Portugal por atrasos na justiça e em 1990 a Comissão Europeia dos Direitos do Homem admitiu mais vinte e três queixas contra o Estado português com o mesmo fundamento.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. neste sentido JOÃO RAPOSO, «As condições de admissão das queixas individuais...» cit., pág. 65.

Abordando a questão do recurso para o Tribunal Constitucional como integrando os meios internos sem cuja exaustão não cabe a abertura da via de acesso às instâncias internacionais de controlo, FAUSTO DE QUADROS ⁽⁹⁸⁾, afirma que «se é verdade que o acesso do cidadão aos tribunais constitucionais é considerado, quer na prática da Comissão, quer na jurisprudência do tribunal, um meio teoricamente a exaurir, não o é quando esse acesso não se encontra na total disponibilidade do interessado», como será o caso do sistema português. Sobre o assunto, JOÃO RAPOSO ⁽⁹⁹⁾ refere, por seu turno, que «a Comissão, afastando-se de certa jurisprudência internacional que restringia o âmbito de aplicação da regra da prévia exautão dos meios internos aos recursos ordinários, privilegiou o aspecto da *eficácia* do procedimento a adoptar, não fazendo, por isso, distinção entre recursos ordinários e extraordinários», ou seja, «têm que ser exauridos todos os recursos internos previstos por lei, desde que, em condições normais, permitam ao interessado obter a reparação do direito lesado».

Atentos os específicos condicionalismos do acesso dos particulares à justiça constitucional em Portugal, e tendo ainda em linha de conta que o recurso para o Tribunal Constitucional é um recurso restrito à questão de constitucionalidade, não custa, pois, compreender que não se deva ter por exigível, em regra, a interposição deste recurso para efeitos de acesso às instâncias de controlo internacional das convenções sobre protecção e garantia dos Direitos do Homem. A comprová-lo basta recodar que, dos seis casos em que houve lugar a condenação do Estado português pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, apenas um foi previamente objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁸⁾ «O Princípio da Exaustão...» cit., pág. 150.

⁽⁹⁹⁾ «As condições de admissão...» cit., pág. 60.

⁽¹⁰⁰⁾ O Caso Baraona (Joaquim Pereira Baraona), sobre o qual incidiu o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 324/86, publicado no *Diário da República*, II Série, de 19 de Março de 1987, que versava sobre um caso de atraso na administração da justiça (o processo esteve seis anos nos tribunais administrativos sem decisão).

4.2. Casos em que a actuação do juiz constitucional foi posta em causa perante os órgãos internacionais de controlo

Neste particular, em função das características próprias do sistema de controlo da constitucionalidade em Portugal e atento até o limitado número de casos em que decisões de instâncias judiciais nacionais foram objecto de apreciação pelos órgãos internacionais de controlo, bem se poderá dizer que até ao momento o juiz constitucional português não foi posto em causa por decisões daqueles órgãos internacionais.

Na realidade, das seis condenações verificadas no Tribunal Europeu até 1990, apenas uma se reporta a um caso que foi apreciado pelo Tribunal Constitucional, o caso Baraona.

Neste estava em causa uma acção de responsabilidade civil extracontratual do Estado por actos de gestão pública: o lesado pretendia uma indemnização pelos prejuízos materiais e morais decorrentes de um mandato ilegal de captura que o forçou a exilar-se e a abandonar os seus bens. A acção fora intentada em 30 de Julho de 1981 e ainda não havia sido decidida à data em que o Tribunal Europeu proferiu a sua decisão (8 de Julho de 1987), que, por isso, considerou ter havido violação do disposto no n.º 1, do artigo 6.º, da Convenção Europeia, e consequentemente condenou o Estado português a indemnizar o queixoso.

Com efeito, tendo o recorrente interposto a acção em causa na Auditoria Administrativa de Lisboa, o Ministério Público, enquanto representante do Estado, obteve, para efeitos de apresentação da contestação, uma prorrogação por três meses deferida na véspera do termo do prazo legal de contestação. No decurso desta prorrogação, o Ministério Público solicitou nova prorrogação por mais três meses e em 26 de Abril de 1982, cerca de nove meses depois da citação, requereu uma prorrogação extraordinária por trinta dias, que renovou em 8 de Junho de 1982 por mais trinta dias, tendo ainda obtido nova prorrogação extraordinária de trinta dias em 21 de Julho de 1982.

Sem embargo, posteriormente e na sequência de alguns incidentes processuais, o juiz viria a mandar desentranhar as alegações do Ministério Público por intempestividade, facto que levou o

autor a reclamar da especificação elaborada pelo juiz porquanto entendia que, uma vez desentranhada a contestação do Ministério Público, a esta peça processual deveriam ser levados, como provados, os factos alegados pelo autor, por falta de contestação, reclamação essa que foi desatendida pelo juiz da causa. Depois de recorrer para o Supremo Tribunal Administrativo, que não concedeu provimento ao recurso, o recorrente interpôs recurso para o Tribunal Constitucional, tendo em vista ver apreciada a constitucionalidade da norma do artigo 485.º, alínea *b*), do Código de Processo Civil, por violação do princípio da igualdade das partes no processo, em virtude de a cominação legal de ter por confessados os factos alegados pelo autor e não contestados pelo réu não proceder quando este seja uma pessoa colectiva (no caso o Estado).

O Tribunal Constitucional, embora recordando que «não cabe a este Tribunal curar das vicissitudes processuais de que as sucessivas prorrogações de prazo, concedidas ao Ministério Público, para contestar, os autos tão flagrantemente dão conta», limitou-se a apreciar a questão de constitucionalidade suscitada, acabando por concluir que a norma em causa não violava o princípio da igualdade processual das partes em virtude de «no caso que nos ocupa, a única situação de igualdade entre o autor e o réu na acção reside no facto de ambos serem parte na causa. São-no, porém, em posição diferente, assumindo essa diferença extraordinário relevo. É que um deles, o autor, pode estar, por si só, em juízo; o outro, o réu (neste caso o Estado), não pode estar, por si só, em juízo, tendo de valer-se de um representante legal para o efeito. A qualquer pessoa colectiva, como o Estado, que tenha posição de réu numa acção judicial, como nesta acção aconteceu, se não contestar, não será aplicada a cominação da confissão dos factos alegados, como já se disse, pelo autor».

O Tribunal Europeu, por seu turno, entendeu que as sucessivas prorrogações concedidas ao Ministério Público para contestar prolongaram indevidamente a tramitação do processo por dezasseis meses, e que o facto de a lei portuguesa permitir essas prorrogações sucessivas, tal não exclui a responsabilidade do Estado, que deve adaptar a sua legislação às exigências da Convenção, razão pela qual, nem a complexidade do caso, nem a conduta processual

do recorrente influíram decisivamente na duração do processo, mas para tal relevou apenas a conduta do Estado português ⁽¹⁰¹⁾.

Desta súmula resulta que a questão de constitucionalidade apreciada pelo Tribunal Constitucional não esteve no centro da decisão do Tribunal Europeu porquanto, para os efeitos de condenação à luz do artigo 6.º da Convenção, não relevou a solução legal quanto à inaplicabilidade ao Estado do mecanismo da cominação da confissão decorrente da não contestação, mas sim o atraso na administração da justiça decorrente das prorrogações concedidas ao Ministério Público no tribunal de primeira instância.

Neste momento encontra-se pendente de apreciação pela Comissão uma queixa individual sobre a coincidência entre o juiz que profere o despacho de pronúncia e o juiz que preside ao julgamento em tribunal colectivo, situação sobre a qual recaiu, como já se referiu, o Acórdão n.º 219/89 do Tribunal Constitucional, que se pronunciou no sentido de não haver no caso uma inconstitucionalidade em virtude de o despacho de pronúncia apenas ter uma função garantística, já que se manteve dentro dos limites da acusação ⁽¹⁰²⁾.

CONCLUSÃO

Traçada esta panorâmica àcerca dos mecanismos de protecção constitucional e de protecção internacional dos Direitos do Homem podemos chegar à conclusão de que os sistemas de protecção em causa, no âmbito do ordenamento jurídico português, não actuam de forma independente entre si. O grau de «aproximação» ou de «complementaridade» varia em função da específica natureza dos instrumentos internacionais em presença, sendo mais íntima a relação e maior a atracção entre o ordenamento constitu-

⁽¹⁰¹⁾ A sentença em causa está publicada na compilação «Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987», in BJC, Cortes Generales, Madrid, 1988, pág. 1135 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. supra 3.2.

cional português e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, por força de uma explícita imposição constitucional.

Mas este «sistema de vasos comunicantes» entre protecção na ordem interna e protecção internacional dos Direitos do Homem esteve também presente no momento da elaboração da própria Constituição portuguesa, a ponto de ela contemplar um elenco de direitos que praticamente recobre integralmente o catálogo de Direitos do Homem consagrado nas convenções internacionais em causa, bem como um regime quanto às restrições dos direitos fundamentais (artigo 18.º da Constituição) que se pode ter por mais exigente do que aquele que resulta daqueles instrumentos de direito internacional.

Estas circunstâncias explicam porque é que, sendo tais mecanismos de garantia dos Direitos do Homem simultaneamente cumulativos e sucessivos entre si, a justiça constitucional não tenha sentido necessidade, até ao momento e na generalidade dos casos, de tomar os princípios e regras das convenções internacionais como parâmetros autónomos de um juízo de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade em sentido amplo), preferindo socorrer-se das aludidas regras e princípios como elementos adjuvantes de interpretação e integração dos preceitos constitucionais e legais atinentes aos Direitos do Homem.

Neste quadro, embora se possam conceber mecanismos de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos na ordem interna de acesso mais fácil e directo do que aquele que a Constituição portuguesa consagra (v.g. a «queixa constitucional»), não é menos verdade que o sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade vigente em Portugal tem provado, quer pela frequência com que é accionado no decurso de processos judiciais, quer pela escassez (e uma certa propensão monotemática) dos recursos interpostos junto das instâncias internacionais de controlo que tenham efectivamente a ver com decisões de constitucionalidade em sentido próprio ⁽¹⁰³⁾. Atendendo à complexidade dos requisi-

⁽¹⁰³⁾ A consagração da queixa constitucional seria, sem dúvida, em tese geral, um elemento adicional de reforço da garantia dos direitos fundamentais dos

tos de admissibilidade dos recursos, como, por exemplo, os exigidos pela Comissão e pelo Tribunal Europeus, não se pode efectivamente afirmar que o acesso a estas instâncias seja mais facilmente accionável que os mecanismos nacionais, com as limitações referidas.

Em face do que importa reconhecer que, embora seja escasso o número de casos onde existe uma certa relação de contiguidade entre as decisões do Tribunal Constitucional português e as das instâncias internacionais de controlo das pertinentes convenções, os dois sistemas apresentam uma lógica interna que aponta para uma assinalável convergência interpretativa quanto ao fundo das questões em apreciação, pelo que já hoje há, e decerto continuará a haver, um amplo campo de coincidência que contribuirá para a formação de uma consciência democrática comum aos países que se reclamam de uma visão humanista dos direitos fundamentais.

cidadãos, mas o seu *modus operandi* poder-se-ia revelar como paralizante da acção do Tribunal em função de um aumento de casos perante o Tribunal a acrescer ao já avultado número de processos existente. A bondade da solução, até por contraste com o sistema de protecção internacional, dependeria, pois, em boa parte, da concreta regulação das condições de formulação dessas queixas constitucionais.

ANEXO I

TABELA DE CORRESPONDÊNCIAS

<i>Artigos da Declaração Universal</i>	<i>Artigos da Constituição</i>
1.º	1.º e 13.º
2.º	13.º
3.º	24.º e 27.º
4.º	25.º
5.º	25.º e 32.º
6.º	26.º
7.º	13.º
8.º	20.º e 258.º
9.º	27.º, 28.º, 29.º e 30.º
10.º	20.º
11.º	32.º
12.º	26.º e 34.º
13.º	44.º
14.º	33.º
15.º	26.º
16.º	36.º
17.º	62.º
18.º	37.º e 41.º
19.º	37.º
20.º	45.º e 46.º
21.º	38.º, 49.º e 50.º
22.º	63.º
23.º	55.º e 58.º
24.º	59.º
25.º	59.º, 63.º, 64.º e 68.º
26.º	43.º, 73.º, 74.º e 75.º
27.º	42.º e 78.º
28.º	7.º
29.º	18.º

<i>Artigos da Convenção Europeia</i>	<i>Artigos da Constituição</i>
2.º	24.º
3.º	25.º e 32.º
4.º	25.º
5.º	27.º
6.º	20.º
7.º	29.º
8.º	26.º e 34.º
9.º	37.º e 41.º
10.º	37.º
11.º	45.º e 46.º
12.º	36.º
13.º	20.º e 268.º
14.º	13.º
17.º	—
1.º (Prot. 1)	62.º
2.º (Prot. 1)	43.º, 73.º, 74.º, 75.º, 76.º e 77.º
3.º (Prot. 1)	48.º e 49.º
1.º (Prot. 4)	—
2.º (Prot. 4)	44.º
3.º (Prot. 4)	33.º
4.º (Prot. 4)	33.º
1.º (Prot. 6)	24.º
1.º (Prot. 7)	33.º
2.º (Prot. 7)	32.º
3.º (Prot. 7)	27.º
4.º (Prot. 7)	29.º
5.º (Prot. 7)	36.º

<i>Artigos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos</i>	<i>Artigos da Constituição</i>
1.º	7.º
2.º	13.º e 20.º
3.º	13.º
4.º	19.º
5.º	18.º
6.º	24.º
7.º	25.º e 32.º
8.º	25.º
9.º	27.º
10.º	30.º
11.º	—
12.º	44.º
13.º	33.º
14.º	20.º, 30.º e 32.º
15.º	29.º
16.º	26.º
17.º	26.º e 34.º
18.º	37.º e 41.º
19.º	37.º
20.º	7.º
21.º	45.º
22.º	46.º e 57.º
23.º	36.º e 67.º
24.º	69.º
25.º	48.º, 49.º e 50.º
26.º	13.º
27.º	7.º e 13.º

<i>Artigos do Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais</i>	<i>Artigos da Constituição</i>
1.º	7.º
2.º	13.º
3.º	13.º e 36.º
4.º	18.º
5.º	18.º
6.º	58.º
7.º	58.º e 59.º
8.º	55.º e 57.º
9.º	63.º
10.º	67.º e 68.º
11.º	60.º e 66.º
12.º	64.º
13.º	43.º, 73.º, 74.º, 75.º e 36.º
14.º	43.º, 73.º, 74.º, 75.º e 36.º
15.º	42.º e 78.º