

A prevalência da tutela dos direitos fundamentais face às normas de processo civil e penal¹

1. O tema abordado nesta intervenção – que me foi destinado pela organização deste Congresso – suscita duas observações preliminares, que se me afiguram indispensáveis para clarificar o sentido daquilo que vos quero dizer.

A primeira refere-se à expressão *direitos fundamentais*, constante do respetivo título. Ela deixa supor que as considerações que farei se referem à tutela de uma espécie de direitos – tradicionalmente tida por a mais importante e que, por isso mesmo, justifica o adjetivo “fundamentais”.

É certo que em diversas ordens jurídicas existem meios processuais orientados para a proteção, no plano constitucional, dos direitos fundamentais. É o que se passa com muitas das ordens jurídicas, na sua maioria hispanófonas, que conhecem a figura do *amparo*, de origem mexicana (a que no Brasil corresponde o *mandado de segurança*).

Sucedo, porém, que a Constituição da República Portuguesa (CRP), conhecendo embora e utilizando a expressão *direitos fundamentais* e reconhecendo expressamente estes – a sua Parte I tem a epígrafe de «Direitos e deveres fundamentais» e o artigo 16.º apresenta a epígrafe «Âmbito e sentido dos direitos fundamentais» -, não consagra qualquer mecanismo específico para a sua proteção no plano jurídico-constitucional.

Existe realmente um meio processual orientado para a tutela de direitos fundamentais - melhor, para a tutela de direitos, liberdades e garantias (cfr. epígrafe do artigo 17.º), que constituem a principal espécie destes - mas tal meio processual não é da competência da jurisdição constitucional, operando antes no âmbito da jurisdição administrativa – trata-se da «Intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias», regulada nos artigos 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

O que se acaba de dizer não significa que a CRP desqualifique ou menospreze os direitos fundamentais. Signific - quase arriscamos dizer, pelo contrário - que eleva a proteção jurídica constitucional – a «garantia da Constituição», a que se refere a epígrafe da Parte IV - a todos os direitos por ela reconhecidos, independentemente da respetiva qualificação, isto é, da sua maior ou menor “fundamentalidade”. O controlo constitucional assenta, em Portugal, na superioridade normativa da Lei Fundamental e não na superioridade axiológica de alguns direitos, não constituindo um mecanismo específico de tutela de direitos, fundamentais ou outros.

A segunda observação que o título desta intervenção suscita, é que ele parece sugerir que a tutela de direitos oferecida pela CRP é uma tutela direta, no sentido em que o são, ou podem ser, o *amparo*, de que já vos falei, ou a *Verfassungsbeschwerde* germânica.

Mas não é assim. A garantia constitucional de direitos não opera em Portugal através de um recurso capaz de eliminar decisões judiciais ou administrativas lesivas de direitos, substituindo-as por outras ou apenas cassando-as, mas exclusivamente por via de um controlo de tipo normativo, em que o objeto da desejada censura constitucional é sempre uma norma, ou interpretação normativa, que o tribunal recorrido aplicou, ou

¹ Por João Caupers, Vice-Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

recusou aplicar, ao caso, com fundamento num juízo, depois controvertido perante o Tribunal Constitucional, de conformidade ou de desconformidade constitucional. A intervenção do Tribunal Constitucional, quando no sentido da inconstitucionalidade, não destrói diretamente o ato jurisdicional, antes lhe retirando a base legal em que assentou, obrigando o tribunal que o produziu a modificá-lo em conformidade (“reforma”).

Evidência principal desta opção é a afirmação, contida no n.º 1 do artigo 277.º da CRP, de que «são inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados»: a garantia da Constituição tem, pois, por objeto a conformidade constitucional de *normas* - e não de atos ou omissões, políticos, administrativos, decisões judiciais, ou outros. Veja-se a utilização intensiva, quase obsessiva, da palavra *norma* – por vezes a expressão *qualquer norma*: consta, para além daquele preceito, do n.º do mesmo artigo, dos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 278.º; dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 279.º; das alíneas a) e b) do n.º 1, a), b) c) e d) do n.º 2, do n.º 3 e do n.º 5 do artigo 280.º; das alíneas a), b), c) e d) do n.º1 e do n.º 3 do artigo 281.º; dos n.ºs 1 e 3 do artigo 282.º.

Dito isto, é bom de ver que o objeto da minha intervenção, mais rigorosamente delimitado, há de ser qualquer coisa como *A prevalência das normas constitucionais sobre as normas ordinárias, principalmente de processo civil e de processo penal, em matéria de tutela de direitos*.

Duas breves observações finais sobre esta prevalência das normas constitucionais.

Desde logo, ela vale para qualquer tipo de fiscalização da constitucionalidade – seja a preventiva, seja a sucessiva abstrata, seja a concreta. Muito embora, dada a natureza desta última e a elevada frequência com que ocorre em Portugal, seja no seu âmbito que o Tribunal é mais solicitado.

Depois, ela consubstancia-se num *confronto de normas* de valor hierárquico distinto, servindo as normas constitucionais, de valor superior, para aferir da validade das outras normas, de menor valia. Este confronto apenas pode produzir um de dois resultados: ou a norma inferior não contraria a norma constitucional – e nenhuma censura lhe é dirigida, mantendo-se incólume na ordem jurídica; ou a norma inferior ofende a norma constitucional e o resultado será a sua eliminação da ordem jurídica (claro que com o subsequente dever, que recai sobre o tribunal que proferiu a decisão, agora desprovida de base legal, de a substituir por outra, que não faça aplicação da norma julgada inconstitucional). Dito de outra forma: a prevalência das normas constitucionais significa que elas afastam as normas inferiores se e na medida em que estas as contrariem.

2. Perante uma distinta audiência composta, na sua maioria, por magistrados exercendo as suas funções em tribunais superiores com estatuto de jurisdições constitucionais, não faria muito sentido nem teria, provavelmente, grande utilidade, optar por um discurso concetualista, mais propício à especulação académica do que ao debate de problemas reais da justiça constitucional.

Por isso, escolhi falar-vos de casos reais que ocuparam recentemente o Tribunal Constitucional Português, escolhidos em função de vários critérios, nomeadamente daquilo que considere ser a sua suposta - por mim, claro - aptidão para interessar juizes de outras paragens, pela sua importância, pelo relevo dos direitos que estão em causa ou pela natureza dos problemas que colocam e cujo debate estimulam (aquilo que talvez

podéssemos designar por “*appeal* jurídico”). Não conhecendo aquilo que se passa nas jurisdições africanas, optei preferencialmente por questões que vêm ocupando também algumas jurisdições constitucionais europeias, que enfrentam, com crescente frequência, problemas idênticos ou semelhantes. É o que sucede atualmente, em vários países da Europa, por exemplo, com a gestação de substituição ou com as investigações e impugnações de paternidade.

3. Abordarei em primeiro lugar um tema do âmbito do direito processual penal.

Em causa está, no essencial, a garantia do direito ao recurso, isto é, o direito de requerer a um tribunal (superior) a reapreciação da decisão tomada por outro tribunal (inferior).

O Acórdão que se refere a este caso tem o número 595/2018. Nele se declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão do Tribunal da Relação (2.^a instância) que, inovadoramente face à absolvição ocorrida em 1.^a instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal português (CPP), na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro.

A norma em causa possui dois elementos caracterizadores: em primeiro lugar, a existência de uma decisão absolutória da primeira instância que é revertida por decisão do Tribunal da Relação; em segundo lugar, que essa reversão resulte na condenação em pena de prisão efetiva.

Na sequência de jurisprudência anterior, o Tribunal concluiu que o direito de defesa do arguido face a uma condenação em pena de prisão efetiva, na 2.^a instância, não se encontrava suficientemente protegido pela norma em análise. Nas suas palavras:

«Ao permitir a imediata execução da pena de prisão em que foi condenado, sem que elementos decisivos da condenação que o priva da liberdade possam ser sindicados, deixando-os à margem de qualquer impugnação ou mesmo contraditório, a norma em apreciação representa uma concretização *insuficiente* das garantias de defesa do arguido consubstanciadas no direito ao recurso, configurando uma “ablação total” daquele direito do arguido, em violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, por não lhe permitir sindicar a condenação proferida na Relação, depois de lhe ser compreensivelmente vedado, desde logo por falta de interesse ou legitimidade, recorrer da decisão de primeira instância».

O Tribunal sublinhou que a limitação do direito ao recurso imposta pelo artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do CPP, havia sido justificada pelo legislador com o intuito de favorecer a celeridade processual e melhorar a eficiência do sistema de administração da justiça, designadamente através da racionalização do acesso ao Supremo Tribunal de Justiça, cuja intervenção se considerara dever ser limitada aos casos penais mais graves (e apenas quando o tribunal de 2.^a instância havia procedido, ele próprio, à determinação da sanção penal – prisão efetiva não superior a cinco anos –, não fazendo baixar o processo ao tribunal de 1.^a instância).

Em tais circunstâncias, a irrecorribilidade do acórdão do Tribunal da Relação tinha como consequência que a matéria relativa à determinação da espécie e medida da pena fosse apreciada *pela primeira e única vez* por aquele tribunal –, escapando ao controlo de uma verdadeira segunda instância (que apenas poderia ser o Supremo Tribunal de Justiça).

Dito por outras palavras: o arguido via-se confrontado com uma pena de privação de liberdade cujo fundamento e medida não tivera qualquer oportunidade de contestar, escapando os critérios judiciais de determinação, em concreto, da medida adequada da pena, a qualquer controlo.

Entendeu ainda o Tribunal que o sacrifício do direito ao recurso não poderia ser compensado pela possibilidade de o arguido contra-alegar no âmbito de recurso interposto pelo Ministério Público ou pelo assistente da decisão absolutória da 1.^a instância. Na verdade, nos casos de reversão no tribunal do recurso de uma absolvição em condenação, as consequências jurídicas do crime só são definidas no julgamento do recurso:

«(...) apesar de o duplo grau de jurisdição facultar ao arguido a possibilidade de contra-alegar no âmbito do recurso interposto da sentença absolutória, esta faculdade não lhe assegura a possibilidade de sindicar o processo decisório subjacente à *escolha* e à *determinação da medida concreta da pena de prisão que será aplicada no futuro* e a consequente reapreciação dos respetivos fundamentos».

Por conseguinte, a inadmissibilidade de recurso por parte do arguido implicava a imediata restrição forçada da sua liberdade o que, entendeu o Tribunal, demonstrava «o imperativo de se reconhecer ao condenado o direito ao recurso enquanto valor garantístico próprio – e único! – no quadro das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas ao arguido».

Coerente com nesta argumentação, o Tribunal decidiu que, ao negar o acesso a uma reapreciação por um tribunal superior (no caso o Supremo Tribunal de Justiça), a norma atingia o direito ao recurso com intensidade excessiva, repercutindo-se de forma inaceitável na situação do arguido, designadamente na sua liberdade, daí resultando a respetiva inconstitucionalidade, por violação do artigo 32.º, n.º 1, conjugado com o artigo 18.º, n.º 2, da CRP. Fez assim prevalecer a norma da Lei Fundamental sobre a norma da lei ordinária, quedando-se esta inválida e inaplicável ao caso.

4. Em segundo lugar, debruçar-me-ei sobre um dos intrincados problemas de natureza essencialmente processual civil que rodeiam, em Portugal, o estabelecimento do vínculo jurídico de filiação.

A questão *sub judicio* respeitava à ação de impugnação da paternidade e incidia, no caso, sobre o problema da falta de legitimidade do pretenso pai biológico para propor a ação. Na verdade, a lei portuguesa atribui, neste caso, o exclusivo da legitimidade processual ativa ao Ministério Público, a solicitação daquele.

O recorrente, pretenso pai biológico, havia intentado no tribunal competente ação de impugnação da paternidade, invocando em seu favor a alegada inconstitucionalidade do disposto na «norma do artigo 1838.º, [d]a norma do artigo 1839.º, n.º 1, do Código Civil e [d]a norma do artigo 1841.º, n.º 2, do Código Civil, quando interpretadas no sentido de que tais normas afastam a legitimidade do pretenso pai para propor competente acção de impugnação de paternidade (...)».

O recorrente sustentava a desconformidade da solução legal na suposta violação de vários parâmetros constitucionais: do direito à identidade pessoal, na vertente do direito ao conhecimento da descendência biológica (artigo 26.º, n.º 1, da CRP); do direito de constituir família (artigo 36.º); do direito fundamental do pai e mãe biológicos a não

serem separados dos filhos injustificadamente; do direito de ação (artigo 20.º); do princípio da igualdade (artigo 13.º); e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º).

Não tendo o Supremo Tribunal de Justiça sufragado a sua posição, recusando aderir à tese da inconstitucionalidade, o recorrente suscitou a intervenção do Tribunal Constitucional, buscando apoio para a sua posição, no sentido de que a lei ordinária, para ser conforme à Constituição, haveria de lhe reconhecer legitimidade para propor *por si próprio* – sem dependência do Ministério Público - ação que lhe permitisse afastar a paternidade presumida do marido da mãe e obter o reconhecimento da sua paternidade.

O percurso lógico que o Tribunal percorreu partiu de uma reflexão primordial sobre o chamado *princípio da verdade biológica*. Este, sendo «um critério estruturante do regime legal», não reveste dignidade constitucional, sendo insuficiente para, por si só, fundamentar um juízo de inconstitucionalidade relativo a normas suscetíveis de interferir com a sua aplicação. Por isso, não era possível estabelecer, em abstrato, qualquer hierarquia de direitos e valores e, muito menos, fazê-lo por aplicação de critérios baseados exclusivamente no facto biológico da procriação, como parecia sustentar o recorrente.

Nesta ordem de ideias, era de reconhecer que o direito à identidade pessoal, que o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição consagra e o recorrente invocava, não inclui no seu seio de proteção apenas o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores: sendo a paternidade (e a maternidade) uma componente essencial da identidade da pessoa humana, que a autonomia da personalidade física e jurídica dos filhos não descaracteriza, não podia deixar de se considerar também integrado no âmbito de tutela desse mesmo direito fundamental, em corresponsividade, o próprio direito ao conhecimento da identidade dos filhos biológicos.

A solução legal contestada pretendia simplesmente evitar a interferência perturbadora de terceiros no seio de uma família constituída, sem que houvesse séria razão justificativa para tal. Por isso, apenas conferia legitimidade processual ativa direta aos membros da família, permitindo-lhes pôr termo a uma relação jurídica em que estão pessoalmente envolvidos. Já quanto à intervenção daquele que se arrogava a qualidade de pai biológico, impôs-lhe a mediação processual do Ministério Público, cometendo a este o controlo prévio de viabilidade da ação a intentar por si, condicionada ao impulso daquele.

O impacto restritivo que esta solução normativa produz na esfera jurídico-constitucional do pretense progenitor encontra justificação na defesa da integridade e estabilidade da família constituída e nos mesmos direitos fundamentais que o recorrente invocara para legitimar, no plano constitucional, a possibilidade de intentar diretamente e sem controlo prévio de viabilidade a ação que visa destruir o vínculo jurídico da filiação entre o filho e o presumido pai.

A opção de atribuir ao Ministério Público - órgão cujo perfil estatutário e funcional é modelado pela prossecução do interesse público e pela defesa dos interesses das crianças - a competência para a instrução e condução do processo preliminar em causa, constitui, só por si, uma garantia de cariz institucional de que a averiguação em causa será feita de modo a proteger a família contra quem se dirige a pretensão impugnatória do pretense progenitor.

Somada à atribuição de carácter secreto ao processo e conjugada com a expressa imposição legal de que este decorra de forma a evitar ofensa à reserva e à dignidade das

pessoas, aquela opção assegura a discricção e a contenção ajustadas ao melindre das questões suscitadas, com efeitos evidentes no plano da efetiva salvaguarda da privacidade e da paz familiar. A expressa proibição legal da intervenção de mandatários judiciais impede a formalização e a antecipação processual do litígio, contribuindo também para minimizar os efeitos desestabilizadores que, na perceção dos sujeitos envolvidos, a mera existência de um processo em tribunal provoca, completando o quadro legal.

Em suma, a solução desenhada pela lei ordinária assenta na ideia de minimização de danos familiares, que não pode prescindir da certeza – ou, pelo menos, da muito elevada probabilidade - de que a pretensão impugnatória do pretense progenitor é fundada e consistente. Não o sendo, o Ministério Público, prognosticando a inviabilidade da ação de impugnação, não a instaura. Obsta-se, assim, a que motivações juridicamente inaceitáveis ou pretensões infundadas ou inconsistentes tenham prosseguimento processual, garantindo-se também a final a concretização das intenções cautelares já referidas.

No final deste percurso lógico, o Tribunal decidiu «não julgar inconstitucionais as normas dos artigos 1838.º, 1839.º, n.º 1, e 1841.º do CC, na interpretação segundo a qual o pretense progenitor não tem legitimidade *ex novo* para afastar a presunção do marido da mãe e obter o reconhecimento da sua paternidade, só podendo intervir processualmente através do Ministério Público e depois de previamente reconhecida a viabilidade do pedido».

Desta feita, contrariamente ao sucedido no caso anterior, as normas da lei ordinária sobreviveram, sem censura, ao confronto com as normas parâmetro da Lei Fundamental, vendo reconhecida a sua validade.

5. Em terceiro lugar, ocupar-me-ei do problema das limitações do acesso à justiça devido a fatores de natureza económica, não na vertente, mais comum na jurisprudência constitucional portuguesa, do apoio judiciário, mas na da determinação do montante das custas judiciais, reportando-me ao Acórdão n.º 155/2017.

O Ministério Público interpôs recurso (obrigatório, relativamente a decisões judiciais de desaplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade) de um despacho do juiz da 1.ª instância cível do Porto, que recusara a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, das «normas dos arts. (...) 6.º, 11.º, 14.º e 22.º do Regulamento das Custas Processuais (...), na interpretação que conduz ao pagamento de custas pelo Autor, que desistiu do pedido (em ação no valor de € 30.000.000, 00) logo após o despacho que ordenou as citações, nos montantes de € 327.756, 60 ou de € 108.477, 00, por violação do princípio constitucional da proporcionalidade, ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2.º da Lei Fundamental».

Em causa estava, como esclareceu o representante do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional, a circunstância de as custas devidas nos termos daqueles normas serem calculadas «exclusivamente em função do valor da ação, sem o estabelecimento de qualquer limite máximo, e na medida em que não se permite que o tribunal reduza o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a natureza e complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcionado desse montante».

Convocando a norma do artigo 20.º, n.º 1, da CRP - que estabelece a garantia fundamental de acesso aos tribunais -, como fizera em jurisprudência anterior, o Tribunal reafirmou o entendimento de que a Constituição não exige que a taxa de justiça corresponda ao custo do serviço de administração da justiça, não sendo forçoso que se verifique uma rigorosa equivalência económica entre o valor do serviço e o montante da quantia a pagar pelo utente desse serviço.

O que o Tribunal considerou exigível é que, de um ponto de vista jurídico, o pagamento do tributo tenha a sua causa e justificação – material, e não meramente formal – na atividade do serviço de administração da justiça gerada por quem a ele recorre. Ora, a determinação do montante das custas exclusivamente em função do valor da ação, sem o estabelecimento de qualquer limite máximo e sem que se permitisse que o tribunal reduzisse o montante devido no caso concreto - tendo em conta, designadamente, a natureza e a complexidade do processo, e o carácter manifestamente desproporcionado desse montante - não constituía justificação material bastante para a cobrança do montante fixado com base nas normas em causa.

Invocando o decidido, nomeadamente no Acórdão n.º 421/2013, o Tribunal estatuiu no sentido da inconstitucionalidade das normas contestadas, por violação do direito de acesso aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da CRP, conjugado com o princípio da proporcionalidade, decorrente dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, também da CRP.

Uma vez mais, as normas da lei ordinária foram sacrificadas no altar da prevalência da Lei Fundamental.

6. Em quarto lugar, tratarei de uma questão processual civil do âmbito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que centrou a atenção do Tribunal no princípio do contraditório, reconhecidamente um princípio fundamental de qualquer direito processual.

O recurso recebido no Tribunal Constitucional tinha por objeto o artigo 796.º, n.º 7, do Código de Processo Civil de 1961, na redação do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, interpretado no sentido de que «a sentença proferida em processo sumaríssimo, na qual se considera verificada a exceção da incompetência do tribunal em razão da matéria, pode ser proferida sem facultar às partes a possibilidade de se pronunciarem sobre essa questão, quando até então nenhuma das partes ou o tribunal a tinham colocado, debatido ou de qualquer forma a ela referido».

Os parâmetros constitucionais alegadamente ofendidos consubstanciavam-se na violação do direito ao contraditório, enquanto dimensão integrante do direito ao processo equitativo, previsto no artigo 20.º da CRP.

O Tribunal pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade do artigo 796.º, n.º 7, do Código de Processo Civil, na redação do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, julgando efetivamente ocorrida violação do princípio do contraditório.

Mais uma norma da lei ordinária sucumbia no confronto com o imperativo constitucional.

7. A última questão que irei abordar situa-se no âmbito do direito da nacionalidade e reporta-se ao Acórdão n.º 331/2016.

Tratou-se de mais um recurso obrigatório do Ministério Público, desta feita interposto de uma decisão do Tribunal Administrativo de Círculo (TAC) de Lisboa que julgara improcedente a ação de oposição e, em consequência, ordenara o prosseguimento do processo, pendente na Conservatória dos Registos Centrais, com vista ao reconhecimento à ré do direito à aquisição da nacionalidade portuguesa e à realização dos competentes registos.

A decisão do TAC desaplicara, com fundamento em inconstitucionalidade, as normas contidas na alínea *b*) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade (LN) e na alínea *b*) do n.º 2 do artigo 56.º do Regulamento da Nacionalidade Portuguesa (RNP), por violação dos artigos 26.º, n.º 1, e 30.º, n.ºs 1 e 4, da CRP.

Nos termos destas normas, em causa estava a circunstância de constituir fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa a condenação, por sentença transitada em julgado, pela prática de crime punível, segundo a lei portuguesa, com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos.

O Tribunal começou por considerar que o acesso à nacionalidade portuguesa, por ser objeto de uma expectativa jurídica — contrariamente à situação em que alguém já é titular dessa cidadania, caso em que estará em causa um direito subjetivo a não ser dela privado —, deixa ao legislador uma muito maior margem de liberdade de conformação, no que toca ao estabelecimento de critérios de acesso.

O disposto no n.º 4 do artigo 30.º da CRP, pelo seu lado, implica a proibição de o legislador consagrar critérios legais de que decorra, de uma forma automática, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos, em consequência de uma pena aplicada. Por outras palavras: os eventuais critérios legais relacionados com a aplicação de penas — como o que decorre da alínea *b*) do artigo 9.º da LN e da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 56.º do RNP —, adotados relativamente ao acesso à cidadania portuguesa devem possibilitar ao aplicador do direito a ponderação das circunstâncias do caso concreto, de modo a que da aplicação de uma pena não resulte a perda automática de um direito civil.

Ora, a norma que consagra como fundamento de oposição à aquisição da nacionalidade a condenação, com trânsito em julgado da sentença, pela prática de crime punível com pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos não deixa qualquer margem de ponderação ao julgador. Esta circunstância impede que sejam tomadas em consideração as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente aquelas que conduziram o próprio legislador a desvalorizar os ilícitos penais em causa, como acontece quando a lei permite, como fora o caso, a dispensa de pena.

Em consequência lógica deste juízo, o Tribunal julgou inconstitucional a norma extraída da alínea *b*) do artigo 9.º da LN e da alínea *b*) do n.º 2 do artigo 56.º do RNP.

8. Dei-vos conta de cinco casos reais em que o Tribunal Constitucional de Portugal procedeu ao confronto de normas da lei ordinária, na sua maioria de cariz processual, com imperativos constitucionais. Em quatro deles, prevaleceram estes. Gostaria que não inferissem desta circunstância que o Tribunal Constitucional propende para uma visão que poderíamos designar por “imperial” da Lei Fundamental. Na verdade, os juízos de inconstitucionalidade, em fiscalização concreta, apenas ocorrem numa pequena minoria de casos – cerca de 5 %. O que faz todo o sentido, pois não podemos esquecer que a

inconstitucionalidade é uma patologia, uma anomalia no quadro do Estado de direito e da “rule of law”.

Os problemas de constitucionalidade que vos apresentei são muito diversificados. Mas têm em comum um aspeto, qual seja o de todos terem nascido num contexto de alegada ofensa de direitos considerados fundamentais:

- a negação do direito ao recurso de decisões condenatórias a penas privativas da liberdade;
- a restrição, por razões económicas, do direito de acesso à justiça;
- a violação do princípio do contraditório;
- a perda de direitos civis como consequência automática da aplicação de uma pena;
- a ilegitimidade do pretense pai biológico para impugnar judicialmente a paternidade presumida do marido da mãe.

Vale isto por dizer que a natureza normativa do controlo constitucional português – frequentemente criticado no meu país, muitas vezes com boas razões – não parece ter repercussões negativas no plano da garantia da Constituição. A proteção eficaz de direitos muito importantes foi conseguida em quatro dos cinco casos. Neles, o Tribunal não teve dúvidas em censurar as normas da lei ordinária violadoras dos direitos, lançando sobre estas o peso esmagador da Lei Fundamental.

No único caso em que o Tribunal recusou a censura constitucional, não o fez por desconsiderar a relevância dos direitos alegadamente ofendidos. Considerou, antes, com base em cuidadas, e naturalmente discutíveis, ponderações dos valores constitucionais em confronto, que a limitação da legitimidade processual ativa do pretense pai biológico era imposta pelo contrapólo valorativo constituído pelos direitos do presumido pai e pela obrigação, constitucionalmente imposta ao Estado, de proteger a estabilidade da família legal e socialmente reconhecida.