

XVIIIth Congress



Conférence des Cours constitutionnelles européennes
Conference of European Constitutional Courts
Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte
Конференции европейских конституционных судов

DIREITOS HUMANOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS
Catálogos Internacionais, Supranacionais e Nacionais no Século 21

Relatório de Portugal¹

¹ Elaborado por Gonçalo de Almeida Ribeiro (Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional), Joana Fernandes Costa (Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional) e António Manuel Abrantes (Assessor do Tribunal Constitucional).

I. GENERAL PART

CATALOGUES OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

I.I International Catalogues of Human Rights (ECHR, UDHR and ICCPR)

- *In your country, what is the constitutional position/ characteristic/ legal force of international treaties protecting human rights?*

Há três regimes constitucionais que *prima facie* concorrem para definir a posição das normas constantes dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos na ordem jurídica portuguesa. Assim é porque estas normas cumulam várias características com relevância constitucional autónoma: constam de *convenções internacionais*, integram o *jus cogens* e consagram *direitos humanos*.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da Constituição, as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem jurídica portuguesa, desde que tenham sido publicadas no jornal oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português. Trata-se de um sistema de recepção automática condicionada do direito internacional convencional, prevalecendo o entendimento de que as respetivas normas têm força jurídica supralegal, mas infraconstitucional. Considerando-se exclusivamente a sua *fonte convencional*, é essa a posição dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos na ordem jurídica portuguesa.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da Constituição, as normas de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. Por outras palavras, a ordem constitucional reconhece expressa e incondicionalmente a vinculatividade do *jus cogens*, sendo dominante o entendimento de que as respetivas normas têm força jurídica equiparável, senão mesmo superior, à das normas constitucionais. Na medida em que as normas constantes de tratados internacionais de proteção de direitos humanos integrem o *jus cogens*, é essa a sua posição na ordem jurídica portuguesa.

Nos termos do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição, os direitos fundamentais nela consagrados não excluem outros constantes das «*regras aplicáveis de direito internacionais*». Este preceito pode ser interpretado de duas formas: como uma mera norma de exclusão da inferência *a contrario* de que os direitos humanos que não encontram expressão no catálogo constitucional não são reconhecidos pelo direito português; ou como uma cláusula de *incorporação* na ordem

constitucional dos direitos humanos protegidos pelo direito internacional que não encontrem expressão no catálogo constitucional de direitos fundamentais. A diferença é que, segundo a primeira interpretação, a força jurídica das normas de direitos humanos é determinada pela sua fonte (*v.g.*, se a fonte for um tratado, terá a força jurídica própria dos tratados na ordem interna), ao passo que nos termos da segunda, relevando a *natureza* de normas de *direitos humanos*, a sua força jurídica é constitucional.

Entre estes regimes intercede, no que às normas de convenções internacionais de direitos humanos diz respeito, uma evidente *relação de especialidade*. A força jurídica destes é definida pela sua *natureza*, atribuindo-lhes a ordem constitucional – seja por força da sua integração no *jus cogens*, seja por força de se tratarem de direitos humanos – relevância idêntica à das próprias normas constitucionais, independentemente da sua fonte convencional.

Acrescente-se que, no direito constitucional português, a relevância prática da questão é diminuta, por três ordens de razão.

Em primeiro lugar, o catálogo constitucional de direitos fundamentais é tão *extenso* que serão muito raros os casos em que os tratados internacionais – designadamente, a DUDH, a CEDH e o PIDCP – consagrem direitos que não encontram expressão no texto constitucional.

Em segundo lugar, a jurisprudência constitucional tende a acolher uma concepção *universalista* dos direitos fundamentais, segundo a qual a ordem constitucional salvaguarda, não apenas os direitos expressamente consagrados, mas todos os direitos que se imponham por força do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (*v.* o Acórdão n.º 101/2019, disponível, como todos os demais citados, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>).

Em terceiro lugar, os catálogos internacionais de direitos humanos, independentemente da sua força jurídica própria, cumprem uma função *heurística* no quadro da concepção tendencialmente universalista dos direitos fundamentais, o que tem levado a que o Tribunal Constitucional os use como *topoi e exempla*, sem revelar uma preocupação excessiva com os pressupostos da sua aplicabilidade ou com a sua vinculatividade formal. Saliente-se que, no caso específico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição contém uma norma especial neste último sentido, o artigo 16.º, n.º 2, que estabelece deverem «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.»

- *What mechanism is used to invoke the international treaties in national court decision-making?*

Não há nenhum mecanismo específico, no direito português, para se invocarem tratados internacionais perante os tribunais. As partes num qualquer litígio podem invocá-los sem restrições, desde que observem as normas processuais aplicáveis.

O Tribunal Constitucional não tem poderes alargados de cognição em matéria de conformidade do direito interno, designadamente normas constantes de legislação, com o direito internacional convencional. Pode apenas conhecer de questões dessa natureza nos casos em que um tribunal ordinário tenha recusado a aplicação de uma norma legal com fundamento na violação de convenção internacional (artigo 70.º, n.º, alínea *i*), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro). Significa isto que, na generalidade dos casos, a garantia da eficácia das normas convencionais cabe exclusivamente aos *tribunais ordinários*.

- *Is it possible to invoke the direct effect of the international catalogues of human rights? If so, please describe the mechanism.*

As normas internacionais de direitos humanos *não* carecem de *atos de transposição* para vigorarem na ordem jurídica interna. A sua eficácia – como se explicou – é assegurada pelas normas constitucionais que reconhecem força jurídica ao *jus cogens* (artigo 8.º, n.º 1) e aos direitos fundamentais atípicos (artigo 16.º, n.º 1), sendo ainda de referir a imposição constitucional de uma interpretação e integração das disposições de direitos fundamentais conforme à DUDH. Os próprios tratados internacionais são recebidos automaticamente na ordem interna, ainda que sob condição de publicação e apenas enquanto vincularem o Estado português.

Está claro que a vigência imediata das normas internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna *não* implica que tais normas sejam sempre *diretamente aplicáveis* ou que *vinculem particulares*, sem necessidade de *interpositio legislatoris*. Isso depende da natureza do direito fundamental – ou da dimensão do direito fundamental – em causa. O artigo 18.º, n.º 1, da Constituição, determina que os «direitos, liberdades e garantias», categoria que corresponde *grosso modo* aos «direitos de liberdade» germânicos e aos «direitos civis» norte-americanos, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; e, através da extensão contemplada no artigo 17.º, este regime abrange os direitos de «natureza análoga». O alcance exato destas normas é objeto de controvérsia, mas é pacífico que nem todos os direitos

fundamentais (ou dimensões de um direito fundamental) possuem as características estruturais que possibilitam ou justificam a sua aplicabilidade direta e eficácia horizontal.

I.II Supranational Catalogues of Human Rights (the Charter)

- *Is the Charter a point of reference to review the constitutionality of legal rules and/or decisions of public authorities, be it directly (a formal point of reference in some EU member states) or indirectly by 'radiating' through the national catalogues (a substantive point of reference in other states)?*

A CDFUE foi invocada ou referida em 27 acórdãos do Tribunal Constitucional na década de 2008 a 2018 (Acórdãos n.ºs 164/2008, 101/2009, 359/2009, 121/2010, 207/2010, 274/2013, 404/2013, 823/2013, 838/2013, 862/2013, 544/2014, 578/2014, 854/2014, 856/2014, 103/2015, 141/2015, 193/2016, 481/2016, 591/2016, 137/2017, 86/2017, 241/2017, 266/2017, 420/2017, 841/2017, 225/2018 e 242/2018).

A Carta não constitui um *parâmetro formal de constitucionalidade* na ordem jurídica portuguesa. Sintomático disso mesmo é o facto de o Tribunal Constitucional não ter jurisdição para apreciar a conformidade de normas de direito interno com a Carta. Excetuam-se os casos – já referidos – em que o Tribunal Constitucional conhece de recursos interpostos de decisões dos demais tribunais que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na violação de convenção internacional (artigo 70.º, n.º, alínea *i*), da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro). Mesmo nestes últimos casos, todavia, a questão apreciada não é rigorosamente de *constitucionalidade*.

O facto de a Carta não constituir parâmetro formal de constitucionalidade não significa que *os direitos fundamentais* consagrados na Carta não tenham relevância constitucional através dos já referidos n.ºs 1 e 2 do artigo 16.º da Constituição. Acresce o *valor heurístico* que, no quadro de uma conceção tendencialmente universalista dos direitos fundamentais, é reconhecido pela jurisprudência constitucional aos vários instrumentos de direitos humanos, desde os internacionais (como a DUDH e o PIDCP) aos regionais (como a CEDH e a CDFUE). Em todo o caso, e como também se assinalou, a grande extensão do catálogo interno de direitos relativiza a expressão prática de outros catálogos de fonte supranacional ou internacional.

- *Does the human rights case law of the Court of Justice of the European Union serve as guidance for the interpretation and application of the national catalogue in your country by general courts, or as a source for judicial law-making?*

A jurisprudência do Tribunal Justiça da União Europeia reveste-se de uma importância crescente no diálogo que o Tribunal Constitucional cultiva com as demais jurisdições europeias de direitos fundamentais, nomeadamente o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e outros tribunais constitucionais europeus (sobretudo o alemão, o italiano e o espanhol). Tal reflete o papel cada vez mais destacado do Tribunal de Justiça na tutela de direitos fundamentais, contribuindo a sua jurisprudência para um *acervo comum europeu* com relevantes virtualidades heurísticas na concretização de normas constitucionais neste domínio.

No que respeita aos tribunais ordinários, não temos uma visão de conjunto, mas não será porventura arriscado dizer-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de direitos fundamentais é de especial relevância quando está em causa a interpretação e aplicação de direito da União Europeia ou de direito interno que dele seja instrumental.

- *Is the national impact of the Charter conditioned, in constitutional terms, by its essentially equivalent degree of protection afforded, or as the case may be in the EU member states, is conditioned by making a request for preliminary ruling with the Court of Justice of the EU?*

O Tribunal Constitucional português não tem ainda uma posição definida sobre o problema da equivalência do nível de proteção no âmbito das relações entre a Constituição e a Carta. Em todo o caso, no Acórdão n.º 544/2014, o Tribunal atribuiu uma função subsidiária (e de *standard* mínimo de proteção) aos catálogos europeus de direitos fundamentais (CEDH e CDFUE) e respetivo sistema de proteção (TEDH e Tribunal de Justiça da União Europeia), em relação à proteção conferida pela ordem constitucional, afirmando ainda o princípio da prevalência da proteção mais elevada (referindo expressamente o artigo 53.º da Carta).

Nos domínios que não estão direta ou indiretamente cobertos pelo direito da União Europeia, e em que por isso a Carta não se aplica do ponto de vista formal, operando exclusivamente como complemento do catálogo de direitos interno, o problema da equivalência de proteção tem escassa relevância prática (*v.*, porém, o Acórdão n.º 242/2018, em que o nível de proteção mais elevado do direito à assistência judiciária das pessoas

coletivas na jurisprudência do Tribunal de Justiça é considerado extensível a situações puramente internas com fundamento no princípio da igualdade).

A questão é mais complexa – e não é objeto de tratamento *ex professo* na jurisprudência – quando se trata de domínios cobertos pelo direito da União Europeia, nomeadamente quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de normas constantes de legislação que opera a transposição de diretivas ou que é aprovada ao abrigo de faculdades atribuídas pelo direito europeu. Em todo o caso, impõe-se referir o recente Acórdão n.º 464/2019, em que o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de normas constantes de legislação interna que autorizavam o acesso dos serviços de informação a dados de tráfego, no uso de uma faculdade concedida pelo direito da União Europeia, com base num parâmetro constitucional de inviolabilidade das telecomunicações e outros meios de comunicação – o artigo 34.º, n.º 4, da Constituição – que não encontra paralelo, pelo menos expressamente, na CDFUE.

I.III National Human Rights Catalogues

- *Is the catalogue of human rights part of the constitution of your country? If so, how is it incorporated (a separate constitutional charter, a part of the Constitution, a part of the constitutional order)? What is its structure?*

A Constituição portuguesa de 1976 incorpora um extenso catálogo de direitos fundamentais, que compreende toda a sua Parte I (artigos 12.º a 79.º), dividida em três Títulos:

– O Título I é dedicado aos princípios gerais (artigos 12.º a 23.º), nomeadamente a o princípio da universalidade, o princípio da igualdade, o regime dos direitos de liberdade, o regime de suspensão do exercício de direitos, a instituição do Provedor de Justiça e o direito de acesso à justiça.

– O Título II é dedicado aos direitos, liberdades e garantias (artigos 24.º a 57.º), dividindo-se em três capítulos – dedicados, respetivamente, aos direitos pessoais (*v.g.*, direito à vida, direito à integridade pessoal, garantias de processo criminal, liberdade de expressão e informação, liberdade religiosa), aos direitos de participação política (*v.g.*, direito de sufrágio, direito de acesso a cargos públicos, direito de associação política) e aos direitos dos trabalhadores (*v.g.*, segurança no emprego, liberdade sindical, direito à greve).

– O Título III é dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais (artigos 58.º a 79.º), dividindo-se em três capítulos – dedicados, respetivamente, aos direitos e deveres económicos (*v.g.*, direito ao trabalho, direitos dos consumidores, direito de propriedade privada), aos direitos e deveres sociais (*v.g.*, direito à segurança social, direito à saúde, direito à habitação) e aos direitos e deveres culturais (*v.g.*, direito à educação, direito à fruição cultural, direito ao desporto).

- *What is the historical background of the creation of the national catalogue of human rights in your country? Is the respective legislation in your country based on other legislation (previous or foreign), or is it original?*

O catálogo de direitos, liberdades e garantias é marcadamente influenciado pelas constituições alemã e italiana do pós-guerra, sobretudo a Lei Fundamental de Bona de 1949. O catálogo de direitos e deveres económicos, sociais e culturais, se bem que tenha sido mais ou menos remotamente inspirado na Constituição de Weimar de 1919, tem um inegável parentesco com as constituições dos países de leste antes da queda do Muro de Berlim, que incorporavam catálogos de direitos dos trabalhadores e de direitos sociais como alternativa aos catálogos «burgueses» de direitos de liberdade.

A heterogeneidade de influências explica-se pela natureza compromissória entre legitimidade revolucionária e legitimidade democrática da versão originária da Constituição de 1976, que se refletiu num texto constitucional invulgarmente extenso e eclético. A carga revolucionária estava sobretudo presente nos domínios da organização económica e do poder político, e foi gradualmente expurgada através das sucessivas revisões constitucionais, sobretudo a primeira (em 1982) e a segunda (em 1989). Porém, no domínio dos direitos fundamentais, a génese compromissória do processo constituinte possibilitou um reconhecimento constitucional precoce da *natureza equiprimordial* dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, ambos radicados na dignidade da pessoa humana, em termos que não tinham então paralelo no universo das democracias constitucionais saídas do pós-guerra.

- *What has been the development of your national catalogue of human rights over time? Is it undergoing a change? Are new rights included? Is there a constitutional procedure for its modification or amendment?*

A Constituição de 1976 foi *revista sete vezes* ao longo de um pouco mais de quatro décadas de vigência – em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005.

O processo de revisão constitucional, que abrange o catálogo de direitos fundamentais, é regulado no Título II da Parte IV, dedicada à «Garantia e Revisão da Constituição». O regime estabelece limites formais (procedimento agravado de aprovação), materiais (soluções constitucionais intocáveis), temporais (revisão ordinária de cinco em cinco anos) e circunstanciais (irrevisibilidade em estado de sítio ou emergência). Os limites materiais (artigo 288.º) incluem «os direitos, liberdades e garantias» e os «direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais»; estes limites incidem, não sobre os preceitos constitucionais, nem sequer sobre direitos individualmente considerados, mas sobre as categorias de direitos a que se referem.

Ao contrário da organização económica, do sistema político e da garantia da constitucionalidade (o Tribunal Constitucional foi criado apenas em 1982), os direitos fundamentais não foram um domínio profundamente alterado em qualquer das revisões constitucionais. As suas características essenciais mantiveram-se praticamente intactas, como a grande extensão do catálogo de direitos, a dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais, a consagração de direitos dos trabalhadores e a regulamentação detalhada do conteúdo de muitos direitos.

Em todo o caso, verificaram-se algumas alterações assinaláveis, como o reforço das garantias dos administrados na revisão constitucional de 1982; a possibilidade de atribuição de capacidade eleitoral ativa e passiva a estrangeiros residentes em território nacional para alguns atos eleitorais na revisão constitucional de 1992; e a consagração do direito à assistência e justa reparação em caso de acidente de trabalho ou doença profissional na revisão constitucional de 1997. Outras alterações destinaram-se a limitar direitos ou facilitar a sua restrição, atendendo a valores constitucionais de sentido contrário, como a inviolabilidade do domicílio na revisão constitucional de 2001 e a limitação do número de mandatos no exercício de cargos executivos na revisão constitucional de 2004. Para além das alterações do texto constitucional, toda a matéria dos direitos fundamentais sofre naturalmente o influxo da jurisprudência constitucional, sobretudo no que respeita ao controlo judicial da proporcionalidade das restrições efetuadas por via legislativa.

I.IV The Mutual Relationship Between Different Catalogues of Human Rights

- *Can you give specific examples from the case law of your court related to the use of any of the international catalogues?*

Entre as decisões mais recentes, prolatadas nos últimos dois anos, destacamos as seguintes:

- Acórdão n.º 464/2019 (acesso pelos serviços de informação a dados pessoais): direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no artigo 7.º da CDFUE e no artigo 8.º da CEDH, e proteção dos dados pessoais, prevista no artigo 8.º da CDFUE.
- Acórdão n.º 394/2019 (prazo de propositura da ação de investigação da paternidade): deveres do indivíduo para com a comunidade, referidos no artigo 29.º, n.º 1, da DUDH e direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no artigo 8.º da CEDH.
- Acórdão n.º 606/2018 (tipicidade dos crimes e das penas): princípio da legalidade penal, consagrado no artigo 11.º, n.º 2, da DUDH, no artigo 7.º, n.º 1, da CEDH, no artigo 15.º do PIDCP e no artigo 49.º da CDFUE.
- Acórdão n.º 242/2018 (proteção jurídica de pessoas coletivas): direito à assistência judiciária, consagrado nos artigos 47.º, n.º 3, da CDFUE e artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.
- Acórdão n.º 225/2018 (gestação de substituição e procriação medicamente assistida): princípio da proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro, consagrado no artigo 3.º, n.º 2, alínea c) da CDFUE, e direitos das crianças, consagrados no artigo 24.º da CDFUE.

- *Has your court considered the relationship/hierarchy/competition of the catalogues of human rights in light of the protection afforded?*

A jurisprudência constitucional não acolhe uma posição definida sobre a relação entre os catálogos de direitos humanos, tendo em conta a suposta diversidade do nível de proteção neles dispensado a todos ou alguns direitos.

Em todo o caso, duas decisões recentes podem lançar alguma luz sobre essa matéria.

No Acórdão n.º 242/2018, o Tribunal Constitucional retirou do princípio da igualdade o entendimento de que o nível de proteção mais elevado reconhecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativamente à jurisprudência constitucional do

direito à assistência judiciária das pessoas coletivas deve ser estendido a domínios puramente internos, ou seja, não cobertos pelo direito europeu. Não se tratou, porém, de aplicar a Carta em vez das Constituição, mas de interpretar esta segundo aquela (ou segundo a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça).

No Acórdão n.º 464/2019, o Tribunal Constitucional apreciou a constitucionalidade de normas internas de autorização do acesso dos serviços de informação a dados de tráfego, aprovadas ao abrigo de uma faculdade concedida pelo direito da União Europeia, com base num parâmetro constitucional de inviolabilidade das telecomunicações e outros meios de comunicação – o artigo 34.º, n.º 4, da Constituição – que não encontra paralelo, pelo menos expressamente, na CDFUE ou na CEDH. Porém, o Tribunal não afirmou expressamente que o direito nacional concede um nível de proteção mais elevado do que o direito europeu.

- *Is there an established procedure for choosing a specific catalogue of human rights in cases where the right is protected under more catalogues?*

Não há registo de nenhum caso em que o Tribunal Constitucional tenha aplicado um catálogo internacional ou supranacional de direitos humanos *em detrimento* das correspondentes normas constitucionais. Como se referiu, a jurisprudência reconhece sobretudo um valor heurístico aos instrumentos de direitos humanos, os quais operam como meio complementar de interpretação e desenvolvimento do catálogo constitucional.

II. SPECIAL PART

SPECIFIC ISSUES RELATED TO SELECTED FUNDAMENTAL RIGHTS

II.I Right to Life

- *What is the original wording of the provision protecting this right in your national catalogue?*

O direito à vida encontra-se consagrado no artigo 24.º da Constituição, com a seguinte redação:

Artigo 24.º

Direito à vida

1. A vida humana é inviolável.

2. Em caso algum haverá pena de morte.

- *Is it possible to restrict the right? If so, how and under what conditions?*

A questão de saber se o direito à vida admite restrições não foi ainda objeto de apreciação por parte do Tribunal Constitucional. O grande problema a este respeito consiste em determinar se a Constituição admite qualquer tipo de restrição a este direito fundamental, dada a forma como o mesmo se encontra enunciado e a inviolabilidade que lhe é expressamente conferida.

A admitir-se que este direito é suscetível de ponderação face a outros direitos fundamentais e interesses constitucionalmente tutelados e, como tal, suscetível de ser restringido, as condições em que tal restrição poderia ocorrer seriam as exigidas para a restrição de todos os direitos fundamentais que assumem a natureza de «direitos, liberdades e garantias» (ver respostas às questões que se seguem). De todo o modo, essa restrição não pode afrontar o disposto no n.º 2 deste artigo, o qual estabelece expressamente que «em caso algum haverá pena de morte».

A resposta é mais clara relativamente à vida intrauterina (ou seja, a vida do embrião dentro do útero materno). A este propósito, o Tribunal Constitucional tem vindo a entender que, apesar de a vida intrauterina ser um valor merecedor de tutela constitucional, a mesma não é absoluta, sendo esse valor suscetível de ser restringido mediante ponderação com outros valores constitucionais e interesses constitucionalmente tutelados.

- *Has your court considered this right/its interpretation or enshrinement in more detail? If so, please provide practical details and list the catalogues of human rights applied.*

Como se referiu, o Tribunal Constitucional teve já a oportunidade de se pronunciar em diversas ocasiões sobre o conteúdo e alcance do valor da vida intrauterina.

No Acórdão n.º 25/84, o Tribunal começou por afirmar que a vida intrauterina está abrangida pelo âmbito de proteção do artigo 24.º da Constituição e que representa «um valor não juridicamente subjectivado», para depois afirmar que esse valor pode ser ponderado face a «outros valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, com a natureza de direitos fundamentais».

Um ano depois, o Tribunal desenvolveu esta ideia da seguinte forma, no Acórdão n.º 85/85: «Por um lado, entende-se que a vida intra-uterina compartilha da posição que a Constituição confere à vida humana enquanto bem constitucionalmente protegido (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do direito à vida propriamente dito - que só cabe a pessoas -, podendo portanto aquele ter que ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionalmente protegidos (...). Só as pessoas podem ser titulares de direitos fundamentais - pois não há direitos fundamentais sem sujeito -, pelo que o regime constitucional de protecção especial do direito à vida, como um dos "direitos, liberdades e garantias pessoais", não vale directamente e de pleno direito para a vida intra-uterina e para os nascituros (...). A verdade é que o feto (ainda) não é uma pessoa, um homem, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais. A protecção que é devida ao direito de cada homem à sua vida não é aplicável directamente, no mesmo plano, à vida pré-natal, intrauterina.»

Esta posição foi depois reiterada no Acórdão n.º 288/98, onde se escreveu: «Nesta visão das coisas, reconhecer-se-á que o artigo 24.º da Constituição da República, para além de garantir a todas as pessoas um direito fundamental à vida, subjectivado em cada indivíduo, integra igualmente uma dimensão objectiva, em que se enquadra a protecção da vida humana intrauterina, a qual constituirá uma verdadeira imposição constitucional. Todavia, essa protecção da vida humana em gestação não terá de assumir o mesmo grau de densificação nem as mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido - em cada pessoa». Considerações semelhantes podem ser ainda encontradas nos Acórdãos n.ºs 617/2007 e 75/2010, que seguem de perto a jurisprudência anterior.

O Tribunal teve também a oportunidade de tecer algumas considerações sobre o relevo de outros catálogos de direitos fundamentais ou direitos humanos que consagram o direito à vida. Na primeira decisão, proferida em 1984 (Acórdão n.º 25/84), a propósito da apreciação da constitucionalidade da norma do Código Penal que despenalizava parcialmente a interrupção voluntária da gravidez, o Tribunal levou a cabo uma análise exhaustiva no plano do direito comparado, mas praticamente omissa quanto à referência ou análise de fontes jurídicas internacionais. O mesmo não aconteceu na sua decisão mais recente sobre o mesmo assunto (Acórdão n.º 75/2010), na qual o Tribunal foi chamado a apreciar a argumentação dos requerentes, que invocavam que as normas sujeitas a fiscalização violavam a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Apesar

de o Tribunal ter reconhecido que o primeiro instrumento mencionado poderia ter um relevo interpretativo das normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais, o mesmo entendimento não foi seguido relativamente ao segundo instrumento, dado o facto de o texto constitucional já abranger as injunções decorrentes do mesmo.

Como se pode ler-se no Acórdão em questão: «Além disso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem possui uma relevância normativa específica por ser critério de interpretação e integração das normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais (artigo 16.º, n.º 2, da Constituição) (...). Não obstante - e tal sucede com o texto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, esse sim, integrando o direito internacional recebido por força do artigo 8.º, n.º 2, da Constituição -, a sua convocação não é, conforme adiante melhor se verá, forçosa, no presente contexto de controlo da constitucionalidade. Com efeito, quando confrontada, quer com o artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ("O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei"), quer com o artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ("Todos os homens têm direito à vida"), a fórmula normativa constante do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição, exprime um parâmetro de controlo que compreende já em si as injunções de sentido que das primeiras advêm, tornando dispensável a sua consideração autónoma».

O excerto citado resume de forma paradigmática a posição que o Tribunal tem vindo a seguir a este respeito na sua jurisprudência, no sentido de invocar outros catálogos de direitos fundamentais ou direitos humanos como referente argumentativo e como critério interpretativo do catálogo constitucional e não propriamente como critério ou parâmetro autónomo da validade normativa das normas sujeitas a fiscalização. Efetivamente, tendo em conta que o direito fundamental à vida encontra uma consagração expressa no texto constitucional, não se torna necessário o recurso autónomo a estes catálogos para aferir a validade das normas sujeitas a fiscalização.

- *Is there a difference between the case law of your court and the case law of international courts with respect to the protection of this right?*

Não existem diferenças a assinalar.

Note-se que, em matéria de proteção da vida intrauterina, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade constitucional de *normas ampliativas* dos pressupostos de exclusão da relevância penal da interrupção voluntária da gravidez em face

do artigo 24.º da Constituição. Já o TEDH, pelo menos no seu mais recente e paradigmático acórdão (*Case A., B. and C. v. Irland*, decidido em 16 de dezembro de 2010), tratou de apreciar o problema da compatibilidade com o direito ao respeito pela vida privada e familiar da gestante, consagrado no artigo 8.º da Convenção, de *normas excludentes* da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez por razões relacionadas, no caso da primeira e terceira queixosas, com a preservação da saúde e do bem-estar da mulher grávida e, no caso da terceira, com o risco para a vida da mesma e do feto. Nesta decisão, o TEDH não deixou, todavia, de afirmar que «a proibição do aborto para proteger a vida não-nascida não é [...] automaticamente justificada pela Convenção com base numa deferência não qualificada à proteção da vida pré-natal ou com base no facto de que o direito da gestante ao respeito pela sua vida privada é de menor estatura» (238), nesse ponto convergindo com um dos elementos centrais do juízo formulado pelo Tribunal Constitucional português.

II.II Freedom of Expression

- *What is the original wording of the provision protecting this right in your national catalogue?*

O direito fundamental à liberdade de expressão encontra-se consagrado no artigo 37.º da Constituição, com a seguinte redação:

Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou coletivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de retificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

- *Is it possible to restrict the right? If so, how and under what conditions?*

À semelhança do que sucede com a generalidade dos direitos fundamentais, também a liberdade de expressão pode ser restringida. No entanto, tendo em conta que este direito tem a natureza de um «direito, liberdade e garantias», beneficia do regime especialmente protetor que a Constituição consagra para este tipo de direitos (também aplicável aos «direitos fundamentais de natureza análoga», nos termos do artigo 17.º da Constituição).

Assim, qualquer restrição a este direito fundamental tem, desde logo, de cumprir o requisito orgânico e formal de constar de uma lei aprovada pelo Parlamento ou de um decreto-lei emanado pelo Governo ao abrigo de uma lei de autorização parlamentar (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*) da Constituição). Para além disso, a restrição tem de respeitar igualmente os cinco requisitos materiais consagrados no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição para as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias: *(i)* a existência de fundamento constitucional para a restrição; *(ii)* o respeito pelo princípio da proporcionalidade; *(iii)* o carácter geral e abstrato da restrição; *(iv)* a proibição de eficácia retroativa; e *(v)* a impossibilidade de diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial deste direito.

Qualquer restrição a este direito fundamental tem ainda de respeitar as restantes normas e princípios constitucionais previstos na Constituição. A título de exemplo, uma norma restritiva não poderá afrontar o princípio do Estado de Direito nas suas várias dimensões concretizadoras (*v.g.*, a dimensão da segurança jurídica e da proteção da confiança), ínsito no artigo 2.º da Constituição, ou o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

Por fim, importa salientar que o n.º 2 do artigo 37.º estabelece um limite expresso que não poderá ser afrontado: o exercício deste direito «não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura».

- *Has your court considered this right/its interpretation or enshrinement in more detail? If so, please provide practical details and list the catalogues of human rights applied.*

O Tribunal não dispõe de uma jurisprudência particularmente abundante neste domínio. Esta circunstância poderá ser explicada pelo facto de os poderes de cognição do Tribunal se cingirem à fiscalização da constitucionalidade de normas, não sendo frequentes os casos em que uma eventual violação deste direito derive autonomamente de uma norma jurídica.

De todo o modo, o Tribunal já teve oportunidade de se debruçar em alguns acórdãos sobre o conteúdo deste direito fundamental. Um exemplo paradigmático a este respeito pode ser encontrado no Acórdão n.º 74/84, no qual o Tribunal definiu o alcance deste direito da seguinte forma: «a liberdade de expressão, que o artigo 37.º, n.º 1, garante, compreende o direito de manifestar o próprio pensamento (aspeto substantivo) e bem assim o de livre utilização dos meios através dos quais esse pensamento pode ser difundido (aspeto instrumental), designadamente para o efeito de fazer propaganda de carácter político-partidário». Esta formulação foi reiterada em vários acórdãos posteriores, nomeadamente nos acórdãos n.º 258/2006 e n.º 224/2010.

- *Is there a difference between the case law of your court and the case law of international courts with respect to the protection of this right?*

No que diz respeito à proteção conferida à liberdade de expressão, o significado da dissonância que à primeira vista poderia surpreender-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional, quando confrontada com a orientação sufragada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, é mais aparente do que real. Isto porque, sendo de natureza *estritamente normativa* o modelo português de fiscalização concreta da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional, ao contrário do que sucede com o TEDH, não dispõe de competência para sindicar qualquer *violação direta* da liberdade de expressão (ou de qualquer outro direito fundamental) por decisões do poder jurisdicional.

De todo o modo, não deixará de notar-se que os fundamentos invocados pelo TEDH para justificar a condenação do Estado português, por violação do artigo 10.º da Convenção, nos casos *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, *Conceição Letria v. Portugal*, *Pinto Coelho v. Portugal* e *Pinto Coelho v. Portugal*, decididos, respetivamente, em 28 de setembro de 2000, 12 de abril de 2011, 28 de junho de 2011 e 22 de março de 2016, apontam para um nível de proteção mais intenso da liberdade de expressão jornalística, no confronto com o direito à honra e ao bom nome e, nos dois últimos casos, também com o interesse na boa administração da justiça, do que aquele que subjaz a certos dos argumentos invocados pelo Tribunal Constitucional quando chamado a intervir, através do recurso de constitucionalidade previamente interposto pelos referidos queixosos, nos processos em que estes foram condenados pelos tribunais nacionais (Acórdãos n.ºs 113/1997, 407/2007, 605/2007 e 90/2011, respetivamente).

Nos dois últimos casos, que tiveram como queixosa a mesma jornalista, o TEDH distanciou-se da posição que havia sido assumida pelo Tribunal Constitucional português, considerando, ao contrário deste, que a responsabilização criminal pela divulgação não autorizada, no primeiro caso, de peças e documentos sujeitos a segredo de justiça e, no segundo, do conteúdo da gravação de depoimentos prestados em audiência de julgamento constituía uma ingerência na liberdade de expressão sem correspondência em qualquer necessidade social imperiosa, não constituindo os direitos e interesses contrapostos — interesse público na realização de uma justiça isenta e independente, o interesse do arguido e dos presumíveis ofendidos em não ver publicamente revelados factos prejudiciais à sua reputação e consideração social, ou que invadam a esfera da sua vida íntima — fundamento relevante ou suficiente para justificá-la.

II.III Right to Privacy/Right to Respect for Private Life/Right to Private Life

- *What is the original wording of the provision protecting this right in your national catalogue?*

O direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar encontra-se consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, com a seguinte redação:

Artigo 26.º

Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.

- *Is it possible to restrict the right? If so, how and under what conditions?*

À semelhança do que ocorre com a generalidade dos direitos fundamentais, também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar pode ser restringido, nos termos e com os limites considerados a propósito da liberdade de expressão.

- *Has your court considered this right/its interpretation or enshrinement in more detail? If so, please provide practical details and list the catalogues of human rights applied.*

A resposta é afirmativa. Com efeito, o Tribunal tem uma abundante jurisprudência relativa ao direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar, onde tem vindo a interpretar este direito fundamental de forma mais detalhada.

O Tribunal Constitucional formulou pela primeira vez uma definição do conteúdo deste direito no Acórdão n.º 128/92, tendo afirmado que o mesmo se traduzia no direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, ou seja, como um direito a uma esfera privada onde ninguém pode penetrar sem autorização do respetivo titular. No entender do Tribunal, esse direito compreende, por um lado, a autonomia (que engloba o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade) e, por outro, o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado (“direito ao segredo do ser”). Por sua vez, pronunciando-se a respeito dos lugares onde a vida privada pode ser manifestada, o Tribunal afirmou que ela abrange «a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (...) o lugar próprio da vida pessoal ou familiar (...) e, bem assim, os meios de expressão e de comunicações privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc)». De modo que, na jurisprudência constitucional, as comunicações privadas, englobando o conteúdo e circunstancialismos em que as mesmas têm lugar, são reconhecidas como um meio através do qual se manifestam aspetos da vida privada da pessoa e que, por isso, caem no âmbito da proteção constitucional da respetiva reserva.

No que respeita ao âmbito objetivo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, o Tribunal tem vindo a firmar as seguintes proposições – (i) tal direito inclui, como diferentes manifestações, o direito à solidão, o direito ao anonimato e o direito à autodeterminação informativa; (ii) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como liberdade de conduta, de livre conformação e expressão da personalidade, é entre nós tratado distintamente do direito à reserva, no sentido de livre controlo da informação sobre aquilo que, em decorrência dessa liberdade de conduta, cada um faz na sua esfera privada; (iii) a fórmula «reserva de intimidade da vida privada» não pode ser interpretada restritivamente, de modo a circunscrever a proteção constitucional da vida íntima, pois tal implicaria deixar de cobrir todas as outras esferas da vida que devem igualmente ser resguardadas do público, como condição de salvaguarda da integridade e dignidade das pessoas; e (iv) o facto de se recusar a equivalência entre «privacidade» e «intimidade» não impede que não se estabeleçam graduações entre diferentes esferas da vida privada, consoante a sua maior ou menor ligação aos atributos constitutivos da personalidade (*vide*, entre outros, os Acórdãos n.ºs 306/2003, 368/2002, 355/97, 442/07 e 230/08).

O Tribunal Constitucional tem também vindo a interpretar este direito por referência a outros catálogos de direitos fundamentais ou direitos humanos. Um exemplo paradigmático a este respeito consiste no Acórdão n.º 225/2018, no qual o Tribunal se pronunciou sobre a constitucionalidade das normas que permitiam o recurso à gestação de substituição e das normas que estabeleciam a solução do anonimato de dados em casos de procriação medicamente assistida dita heteróloga. O Tribunal preocupou-se em apreciar os direitos das partes envolvidas no procedimento de gestação de substituição (beneficiários, gestante e criança), bem como os direitos das crianças nascidas através de procedimentos de procriação medicamente assistida heteróloga, por referência ao direito ao respeito pela vida privada e familiar consagrado no artigo 8.º da CEDH, particularmente na interpretação dada ao TEDH em casos relativos a estas práticas. Outros exemplos podem ser encontrados no Acórdão n.º 420/2017, no qual o Tribunal invocou o direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no artigo 7.º da CDFUE, ou ainda no Acórdão n.º 488/2018, no qual o Tribunal fez referência ao direito ao respeito pela vida privada e familiar consagrado no artigo 8.º da CEDH no âmbito da apreciação da constitucionalidade das normas que estabeleciam prazos para a propositura de ações para a investigação da paternidade.

De todo o modo, como temos vindo a salientar, o Tribunal tem vindo essencialmente a invocar estes catálogos de direitos fundamentais ou direitos humanos como referente argumentativo e como critério interpretativo do catálogo constitucional, e não propriamente como critério ou parâmetro autónomo da validade normativa das normas sujeitas a fiscalização.

- *Is there a difference between the case law of your court and the case law of international courts with respect to the protection of this right?*

Não existem diferenças a assinalar.

Note-se que, em matéria de proteção do direito à reserva da vida privada, a jurisprudência do Tribunal Constitucional parte da orientação prevalecente, quer no TEDH, quer no Tribunal de Justiça da União Europeia, como se pode constatar no Acórdão n.º 464/2019, que apreciou a constitucionalidade de um conjunto de normas destinadas a viabilizar, sob verificação de determinados pressupostos, o acesso a dados de tráfego previamente armazenados pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas, por parte dos oficiais dos serviços de informação. Em todo o caso, o Tribunal considerou que o artigo 34.º,

n.º 4, da Constituição, concede uma tutela específica e reforçada à inviolabilidade das telecomunicações e outros meios de comunicação.

II.IV Freedom of Religion

- *What is the original wording of the provision protecting this right in your national catalogue?*

O direito fundamental à liberdade de consciência, de religião e de culto encontra-se consagrado no artigo 41.º da Constituição, com a seguinte redação:

Artigo 41.º

Liberdade de consciência, de religião e de culto

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.
2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.
3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.
4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.
5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respetiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas atividades.
6. É garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei.

- *Is it possible to restrict the right? If so, how and under what conditions?*

À semelhança do que ocorre com a generalidade dos direitos fundamentais, também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar pode ser restringido, nos termos e com os limites considerados a propósito da liberdade de expressão.

- *Has your court considered this right/its interpretation or enshrinement in more detail? If so, please provide practical details and list the catalogues of human rights applied.*

A resposta é afirmativa. Com efeito, o Tribunal já se pronunciou em alguns dos seus acórdãos sobre o alcance do direito à liberdade de religião, sendo os acórdãos n.º 544/2014 e n.º 578/2014 exemplos paradigmáticos a este respeito.

No acórdão n.º 578/2014, o Tribunal sintetizou o conteúdo deste direito da seguinte forma: «De facto, enquanto liberdade negativa, a liberdade religiosa consiste fundamentalmente numa liberdade de “não-fazer”: ninguém é obrigado a ter ou a professar uma religião, e, conseqüentemente, ninguém é obrigado a usufruir de ensino religioso. O gozo destas liberdades faz-se, precisamente, “não agindo”, o que significa que, nesta dimensão, a liberdade religiosa é tendencialmente avessa a qualquer tipo de intervenção normativa. Ao modelar o acesso ao ensino religioso na escola pública através da exigência de uma declaração negativa, o legislador regional introduz no ordenamento jurídico o direito de recusar o ensino religioso, porquanto, ao nada ser dito, tal ensino converte-se numa disciplina de frequência obrigatória. Ou seja, passa a reclamar-se do indivíduo um comportamento positivo para que possa continuar a fruir de uma liberdade negativa, algo que constitui, per se, uma violação do preceito constitucional que proscreve qualquer atuação estadual de orientação ou interferência naquele reduto individual de “não-exercício” em que se traduz a liberdade religiosa».

O Tribunal Constitucional tem também vindo a interpretar este direito por referência a outros catálogos de direitos fundamentais ou direitos humanos. Um exemplo paradigmático a este respeito pode ser encontrado no Acórdão n.º 544/2014, no qual o Tribunal invocou vários instrumentos internacionais para configurar o conceito constitucional nacional de «liberdade religiosa»: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação baseadas na Religião ou na Crença, o artigo 2.º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas e, já no quadro do Conselho da Europa, o artigo 9.º da CEDH, os artigos 7.º e 8.º da Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, de 1 de fevereiro de 1995, e, no âmbito da União Europeia, o artigo 10.º da CDFUE.

O Tribunal afirmou igualmente neste Acórdão a dimensão subsidiária (e de *standard* mínimo de proteção) de alguns catálogos de direitos fundamentais e respetivo sistema de proteção (como é o caso do TEDH) em relação à proteção conferida pela ordem constitucional, bem como, em especial, a prevalência da proteção mais elevada. Escreveu-se nessa decisão: «Não obstante o âmbito de proteção conferido ao direito de liberdade religiosa pela citada jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – que apontaria apenas para a dimensão (negativa) de não discriminação a observar na cessação das relações laborais em causa – não pode deixar de ser tido em

consideração que a proteção da liberdade religiosa tem hoje um enquadramento multinível, nacional, regional e universal, no qual deve prevalecer a proteção mais elevada. Assim, por um lado, alguns dos catálogos e respetivos sistemas de garantia transnacionais configuram-se como subsidiários relativamente à proteção do direito fundamental pelas ordens jurídicas nacionais – como é o caso do sistema de proteção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; por outro lado, tais sistemas de proteção transnacionais, em especial regionais, realizam os direitos tutelados enquanto standards mínimos, com vista à sua máxima efetividade, prevendo inclusivamente (e é o caso do sistema de proteção da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) que não é prejudicada uma tutela mais ampla que possa ser conferida ao direito em causa no plano interno de cada Estado, no nível mais alto de proteção que decorra das respetivas Constituições (cfr. artigo 53.º da CDFUE). Por isso, o entendimento conferido ao âmbito da tutela internacional regional da liberdade religiosa em face da sua invocação para a observância de períodos de guarda do trabalhador, por aplicação do artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não prejudica a tutela constitucional que agora é requerida da liberdade religiosa prevista no artigo 41.º da Constituição».

De todo o modo, como temos vindo a salientar, o Tribunal tem vindo essencialmente a atribuir um valor heurístico aos catálogos internacionais de direitos humanos.

- *Is there a difference between the case law of your court and the case law of international courts with respect to the protection of this right?*

A jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdãos n.º 544/2014 e 578/2014) dá nota de um nível de proteção mais intenso do direito de liberdade religiosa, pelo menos nos casos em que o seu exercício se revela incompatível com a observância de deveres laborais ou funcionais, do que aquele que o TEDH extrai do artigo 9.º da Convenção.

Tanto nos casos *X v. Reino Unido*, *Tuomo Konttinen v. Finlândia* e *Louise Stedman v. Reino Unido* e *X v. Reino Unido*, decididos pela Comissão 12 de março de 1981, 3 de dezembro de 1996 e 9 de abril de 1997, respetivamente, como no caso *Francesco Sessa v. Itália*, julgado pelo TEDH em 24 de setembro de 2012, a instância de recurso encarou o direito de liberdade religiosa numa perspetiva essencialmente negativa, afastando a possibilidade de a liberdade de culto se sobrepor às obrigações contratuais resultantes de uma relação de trabalho ou a outros deveres funcionais atinentes a um estatuto legalmente definido.

II.V Prohibition of Discrimination

- *What is the original wording of the provision protecting this right in your national catalogue?*

A proibição da discriminação encontra-se consagrada no artigo 13.º, com a seguinte redação:

Artigo 13.º

Princípio da igualdade

1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

- *Is it possible to restrict the right? If so, how and under what conditions?*

Ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais tratados anteriormente, a proibição da discriminação não se encontra formalmente inserida no catálogo de direitos, liberdades e garantias. De facto, tendo em conta que este valor assume a natureza de princípio jurídico intimamente associado ao princípio da igualdade, o mesmo encontra-se previsto no artigo que versa sobre este princípio.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal, «o princípio da igualdade abrange fundamentalmente três dimensões ou vertentes: a *proibição do arbítrio*, a *proibição de discriminação* e a *obrigação de diferenciação*, significando a primeira, a imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para situações manifestamente desiguais (tratar igual o que é igual; tratar diferentemente o que é diferente); a segunda, aqui em causa, a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjetivos [como os enunciados exemplificativamente no artigo 13.º, n.º 2]», surgindo a terceira «como forma de compensar as desigualdades de oportunidades» (Acórdão n.º 382/2017).

O Acórdão n.º 308/2018, que apreciou a constitucionalidade de uma divergência entre o regime da impugnação da paternidade presumida e da perfilhação, contém a seguinte reflexão sobre a proibição da discriminação: «A relevância constitucional das “classificações suspeitas” – cujo elenco compreende, como se viu, os filhos nascidos fora do casamento –

não se esgota no domínio da proibição de privilegiar ou prejudicar certos indivíduos *unicamente* pelo facto ou em razão de pertencerem a determinado grupo social. A sua designação – classificações *suspeitas* – decorre da circunstância de denotarem grupos sociais historicamente discriminados ou privilegiados, cujos interesses se presumem iniquamente considerados e representados, quer seja no processo legislativo ordinário, quer seja – e isso é frequente – em legislação antiga que se mantém em vigor pelo efeito combinado da inércia do legislador e do desvanecer da memória; o mais das vezes, os grupos sociais relevantes constituem minorias vítimas de injustiça histórica, preconceitos arraigados, exclusão social e marginalidade política. Na verdade, a Constituição faz recair uma “suspeita” de discriminação sobre as distinções legais que tenham *por efeito* uma diferença de tratamento desses grupos sociais, ainda que razões não ostensivamente discriminatórias possam explicar o regime legal, e até mesmo quando razões desse tipo sejam oficialmente invocadas. (...) A tradução *funcional* dessa suspeita de discriminação é a autoridade da jurisdição constitucional – um poder público essencialmente instituído para *escrutinar* as razões da lei democrática – para praticar um controlo *reforçado* em matéria de respeito pelo princípio da igualdade. Em vez de se limitar a um escrutínio de nível mínimo ou negativo, normalmente consubstanciado na proibição do arbítrio, o Tribunal Constitucional deve submeter a legislação baseada em «classificações suspeitas» ao crivo estreito da *justa medida*. Por outras palavras, trata-se de saber, não apenas se a diferença de tratamento é fundada em razões não discriminatórias, mas se essas razões, as únicas que se podem aceitar como legítimas, justificam a *exata medida* da diferença de tratamento entre o grupo-alvo e o par comparativo. Muito longe de ofender o princípio da separação de poderes – nomeadamente, da separação entre o poder legislativo e o poder jurisdicional –, este escrutínio judicial reforçado é uma garantia da *autoridade democrática* da lei perante aqueles que têm fortes razões para descreer na promessa constitucional, solenemente firmada no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição, de que serão tratados por ela como iguais aos demais cidadãos.»

Nos casos em que foi confrontado com a alegação de que certa norma ou regime violava a proibição da discriminação estabelecida no n.º 2 do artigo 13.º da Constituição, o Tribunal Constitucional: (i) ou considerou que tal violação não se verificava de facto, designadamente por o a lei não dispensar tratamento diverso *em razão* ou *por força* [de um fator discriminatório], isto é, com a *finalidade* de privilegiar, beneficiar, prejudicar, privar de qualquer direito ou isentar de qualquer dever pessoas em função» da sua pertença a grupos sociais sobre os quais recai uma suspeita de discriminação (Acórdão n.º 398/2017); ou (ii) reconheceu a existência de uma violação da proibição de discriminação e formulou, nessa base, um juízo positivo de

inconstitucionalidade, sem dependência da intervenção mediadora de qualquer uma das exigências ou testes inerentes ao controle baseado no princípio da proibição do excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Em suma, a jurisprudência constitucional não tolera o tratamento discriminatório, nos casos em que o dá por verificado.

São disso exemplo: (i) o Acórdão n.º 400/1991, através do Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade de uma norma que proibia a concessão de assistência judiciária aos ofendidos que quisessem constituir-se assistentes no exercício da acção penal por crimes públicos, considerando que tal proibição consubstanciava «um factor de discriminação constitucionalmente inadmissível», factor esse que, «conferindo a uns (os economicamente capazes) o direito de se constituírem assistentes e negando, no plano da sua efectiva concretização, a outros (os economicamente desfavorecidos) esse mesmo direito, fazia «assentar uma discriminação de tratamento num título que expressamente a Lei Fundamental afasta como fundamento de uma diferenciação de situações pessoais iguais ou idênticas», violando, assim, o artigo 13.º da Constituição; e (ii) o Acórdão n.º 382/2017, no qual Tribunal julgou inconstitucional, por violação da proibição de discriminações negativas em matéria de proteção do direito ao desenvolvimento integral dos jovens privados de um ambiente familiar normal estabelecida nos artigos 13.º, n.º 2, e 69.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição, uma norma segundo a qual a medida de apoio, designadamente económico, para a autonomia de vida, que se mantém em vigor durante a maioridade do seu beneficiário a fim de permitir que este conclua a sua formação profissional ou académica, cessa necessariamente quando o mesmo complete os 21 anos de idade.

De todo o modo, tem sido ponto assente na jurisprudência do Tribunal Constitucional que o princípio da igualdade (e, conseqüentemente, o da proibição a discriminação) obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente. Isto significa que não se encontram proibidas quaisquer diferenciações de tratamento entre pessoas, mas apenas diferenciações que sejam arbitrárias e não tenham um fundamento material bastante (v., por todos, os acórdãos n.ºs 231/94, 369/97 e 184/08 e 157/2018). Assim, não serão contrárias ao princípio da proibição da discriminação a consagração de discriminações positivas entre pessoas, que se destinem a corrigir desigualdades fácticas existentes na sociedade e a promover uma verdadeira igualdade material. A própria Constituição consagra várias normas que estabelecem discriminações positivas em nome da realização de uma igualdade efetiva, sendo disso exemplo o artigo 68.º, n.º 3, onde se encontra previsto que «as mulheres têm direito a especial proteção durante a

gravidez e após o parto, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias».

- *Has your court considered this right/ its interpretation or enshrinement in more detail? If so, please provide practical details and list the catalogues of human rights applied.*

O Tribunal Constitucional tem vindo a interpretar esta proibição por referência a outros catálogos de direitos fundamentais ou de direitos humanos. Um exemplo paradigmático a este respeito pode ser encontrado no Acórdão n.º 121/2010, no qual o Tribunal invocou a DUDH e a CDFUE para efeitos da apreciação da constitucionalidade da norma do Código Civil que passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo inclusivamente afirmado que a DUDH só deve ser tida em conta quando conduz a uma maior proteção dos cidadãos. De igual forma, o Tribunal invocou na mesma decisão um considerável número de decisões do TEDH para concluir que, embora este tribunal tenha desenvolvido uma ampla jurisprudência no sentido de remover discriminações em razão da orientação sexual, o mesmo nunca afirmou que o casamento enquanto instituição jurídica reservada apenas para as uniões heterossexuais constituísse qualquer forma de discriminação ilegítima em face das uniões homossexuais. Já num acórdão anterior sobre o mesmo tema (Acórdão n.º 359/2009), o Tribunal tinha apreciado a questão invocando o direito à não-discriminação, previsto no artigo 21.º, n.º 1, da CDFUE.

De todo o modo, como temos vindo a salientar, a função dos catálogos internacionais de direitos na jurisprudência constitucional é sobretudo heurística.

- *Is there a difference between the case law of your court and the case law of international courts with respect to the protection of this right?*

Não existem diferenças a assinalar.

Note-se, por exemplo, que, em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se, num primeiro momento, sobre o regime que, tendo vigorado até à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, definia o casamento como *o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente*, tendo concluído, em convergência com a posição recentemente reiterada pelo TEDH a propósito do artigo 14.º da Convenção (*Chapin*

and Charpentier v. France, de 9 de junho de 2016), que o mesmo não violava a proibição da discriminação em razão da orientação sexual (Acórdão n.º 359/2009).

II.VI Right to Liberty

- *What is the original wording of the provision protecting this right in your national catalogue?*

O direito à liberdade encontra-se consagrado no artigo 27.º da Constituição, com a seguinte redação:

Artigo 27.º

Direito à liberdade

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.
2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.
3. Excetua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:
 - a) Detenção em flagrante delito;
 - b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
 - c) Prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
 - d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
 - e) Sujeição de um menor a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;
 - f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
 - g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
 - h) Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.

4. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.
5. A privação da liberdade contra o disposto na Constituição e na lei constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado nos termos que a lei estabelecer.

- *Is it possible to restrict the right? If so, how and under what conditions?*

À semelhança do que ocorre com a generalidade dos direitos fundamentais, também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar pode ser restringido, nos termos e com os limites considerados a propósito da liberdade de expressão.

Importa ainda ter presente que os próprios n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º enunciam expressamente casos em que se admitem restrições a este direito fundamental. Efetivamente, enquanto o n.º 2 autoriza restrições «em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança», o n.º 3 enuncia várias medidas de privação da liberdade constitucionalmente admitidas, desde que aplicadas «pelo tempo e nas condições que a lei determinar».

- *Has your court considered this right/ its interpretation or enshrinement in more detail? If so, please provide practical details and list the catalogues of human rights applied.*

A resposta é afirmativa. Com efeito, o Tribunal já se pronunciou em alguns dos seus acórdãos sobre o alcance do direito à liberdade, invocando alguns catálogos de direitos humanos/direitos fundamentais no decurso da sua apreciação.

Um exemplo paradigmático a este respeito pode ser encontrado no acórdão n.º 471/2001, onde o Tribunal sustentou o seguinte a propósito deste direito fundamental: «O que está em causa, na primeira parte do n.º 1 do artigo 27.º, é o direito à liberdade como expressão do direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, uma vez que (...) não está acolhido constitucionalmente o direito à liberdade em geral, mas sim os direitos que se englobam neste, como o direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas, salvo nos casos e termos previstos no próprio artigo 27.º, o direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constringido por parte de outrem, o direito à proteção do Estado contra os atentados de outrem à sua própria liberdade. É a liberdade física de "ir e vir" da pessoa que está em causa e que, como tal, deve ser compreendida, de harmonia, aliás, com o estatuído

no artigo 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendimento que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem por firme (...).».

- *Is there a difference between the case law of your court and the case law of international courts with respect to the protection of this right?*

Não existem diferenças a assinalar.