

O direito constitucionalmente garantido dos cidadãos à tutela jurisdicional efectiva

Maria Amália Santos

(Juíza Desembargadora, Tribunal da Relação de Guimarães)

Palavras-chave: tutela Jurisdicional efectiva; acesso ao direito e aos tribunais; processo equitativo; princípio da protecção e da confiança nos tribunais.

Introdução

A nossa Lei Fundamental – A Constituição da República Portuguesa – consagra no seu texto o direito efectivo de todos os cidadãos de “Acesso ao Direito e à Tutela Jurisdicional efectiva”, nos artigos 20.º e 268.º, sendo ambos os preceitos mencionados “Direitos Fundamentais”, que se impõem directamente a todos os órgãos (públicos e privados), por força do princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no artigo 2.º da Lei Fundamental, sendo eles mesmos – Os Direitos Fundamentais – uma das suas bases de sustentação.

O direito em análise – de “Acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva” – goza ainda, por outro lado, do regime previsto para os “Direitos, Liberdades e Garantias”, como “Direitos Fundamentais de Natureza Análoga”, pelo que vêm a sua consagração constitucional especialmente protegida relativamente a outras normas a que não foi dado esse estatuto.

De louvar é o esforço do legislador ordinário no âmbito do Direito Administrativo, de fazer cumprir por via legislativa (com a nova aprovação do Código de Processo dos Tribunais Administrativos – CPTA) o princípio constitucionalmente consagrado, conferindo aos cidadãos/administrados, os direitos que apenas na Constituição viam consagrados, mas que não lhes garantia uma “Tutela jurisdicional efectiva” perante a Administração Pública.

A. “O direito à tutela jurisdicional efectiva” como um direito fundamental

O direito em análise é desde logo **um direito fundamental, com assento constitucional** nos artigos 20.º e 268.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP ou Constituição), encontrando-se os mesmos sistematicamente inseridos, o 1.º (artigo 20.º) na Parte I da Lei Fundamental (Direitos e Deveres Fundamentais), mais concretamente no Título I (Princípios Gerais), e o 2.º (artigo 268.º) na Parte III, no Título IX (Administração Pública).

Trata-se de um direito fundamental, porque respeita, segundo José de Melo Alexandrino (Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Principia, 2007, págs. 20 e ss.) a todos os cidadãos (carácter de universalidade); porque responde a uma exigência social constante (permanência); e porque respeita a necessidades básicas da pessoa que o Estado se compromete solenemente a atender (fundamentalidade).

Além disso, segundo o mesmo Autor (cujos ensinamentos seguimos de perto nesta matéria), *presume-se fundamental* por estar previsto na Constituição.

Além disso, são considerados direitos pessoais (estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inseparáveis); não patrimoniais (insusceptíveis de avaliação pecuniária); intransmissíveis e inexpropriáveis; e indisponíveis (o seu carácter inalienável vincula não só o Estado como o próprio titular).

Os direitos fundamentais, porque positivados na Constituição (pelo menos o que ora nos propomos abordar), gozam ainda de prerrogativas próprias

relativamente a outros direitos, uma vez que se encontram colocados no patamar superior da ordem jurídica – apresentando-se como garantias jurídicas contra o próprio legislador, que se encontra proibido de afectar o seu conteúdo.

Eles vinculam, de facto, directamente todos os poderes públicos (incluindo o poder de revisão constitucional), constituindo, além disso, parâmetro material das decisões dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

Por tudo isso, os direitos fundamentais positivados constitucionalmente passam a dispor de um conjunto de instrumentos sancionatórios, que vão desde os mecanismos de fiscalização da sua constitucionalidade (por toda a ordem de tribunais e em especial pelos tribunais constitucionais), até à garantia de meios específicos de tutela (como, por exemplo, o direito de resistência, o direito de queixa constitucional, recursos, petições e medidas cautelares).

*

Focando-nos agora em particular no **direito de “Acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva”** (consagrado nos artigos 20.º e 268.º da Constituição) nele se consagra o direito (fundamental) de todos os cidadãos de acederem ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, seja nas suas relações jurídicas privadas entre si, seja nas suas relações jurídicas com a própria Administração.

Ou seja, o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva constitui uma garantia imprescindível da protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, **inerente à ideia de Estado de direito**.

É certo que carece de conformação através da lei, requerendo por isso da parte do Estado uma dimensão prestacional, no sentido de ser necessário colocar à disposição dos indivíduos uma organização judiciária e um leque de processos garantidores da consagrada tutela jurisdicional efectiva.

Essa sua natureza é incontornável, **quer quanto ao direito de acesso ao direito**, através das vias não-jurisdicionais (aos serviços de informação e consulta jurídica, e até mesmo de patrocínio judiciário e de acompanhamento por

advogado perante qualquer autoridade não judiciária), **quer quanto ao direito de acesso aos tribunais** (patrocínio judiciário para pleitear judicialmente).

Seja como for, face ao direito fundamental em causa, consagrado nos preceitos legais referidos, ninguém pode ser privado de aceder ao direito e aos tribunais para fazer valer os seus direitos (direitos esses que o Estado também está obrigado constitucionalmente a conceder-lhe).

*

Aliás, “**o direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva**”, **como um direito fundamental, é uma norma-princípio estruturante do Estado de Direito democrático**, princípio previsto expressamente no artigo 2.º da Constituição – assim como de uma Comunidade de Estados (União Europeia) informada pelo respeito dos direitos do homem, das liberdades fundamentais e do Estado de direito (artigo 6.º do Tratado da União Europeia).

Consagra efectivamente o artigo 2.º da CRP que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado (...) no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes...”.

Ora, segundo o princípio consagrado naquele artigo 2.º, **as “Bases” do Estado de direito democrático português são os direitos fundamentais** (o seu respeito, garantia e efectivação), e **a separação e interdependência de poderes** (legislativo, executivo e judicial).

Efectivamente, na sua vertente de Estado de direito, o princípio do Estado de direito democrático engloba e integra na sua génese um amplo conjunto de regras e princípios, dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança.

O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva (artigo 20.º) e o direito à justiça administrativa (artigo 268.º) encontram-se entre esse conjunto de normas e princípios, incumbindo ao Estado, segundo o artigo 2.º, não apenas

“**respeitar**”, mas também “**garantir a sua efectivação**”, não só contra terceiros, mas também contra o próprio Estado.

*

No que respeita à **arquitectura sistemática da Constituição** (assim como das demais normas legais em geral), tem sido considerado pela doutrina que ela pode revelar-se um bom instrumento auxiliar de interpretação das normas constitucionais, designadamente pela luz que lança sobre os tipos normativos em que estas se estruturam (Gomes Canotilho e Vital Moreira, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.^a edição, Coimbra editora, pág. 109).

Ora, segundo aqueles Autores, não se pode dizer que a lógica que preside à sistematização da nossa constituição seja particularmente clara, ou que seja muito rigorosa, pelo que pode suscitar alguma dificuldade de ordem sistemática enquadrar o direito ora em análise – a tutela jurisdicional efectiva – na organização da nossa Constituição.

Desde logo, nem todos os direitos e deveres fundamentais estão incluídos na Parte I da Constituição (a eles dedicada), havendo outros, dispersos pelo texto constitucional, especialmente em alguns capítulos da divisão dedicada à organização do poder político (Parte III), onde vamos encontrar precisamente, no título IX, dedicado à Administração Pública, a consagração, no artigo 268.º, dos “direitos e garantias dos administrados”, nomeadamente nos seus n.ºs 4 e 5, o direito fundamental daqueles à tutela jurisdicional efectiva como direitos fundamentais dos cidadãos perante a Administração Pública.

Agora, como bem defendem os Autores citados, se a sistematização que preside à constituição, e a distinção entre as várias categorias de normas e princípios que dela fazem parte, é pouco precisa, ela é verdadeiramente irrelevante, visto que, qualquer que seja a categoria a que pertençam, todos os direitos fundamentais que a integram gozam do mesmo regime jurídico (consagrado no artigo 2.º da Constituição) **como direitos fundamentais**,

pilares de um estado de direito democrático, o qual assenta no seu respeito e na garantia da sua efectividade (à luz do artigo 2.º da Constituição).

Tanto bastava, quanto a nós, para lhes conferir a imperatividade e a dignidade que merecem no seio da Lei Fundamental.

*

No entanto, conceptualmente, **ainda é hoje costume conferir-se ao “direito à tutela jurisdicional efectiva” a aplicabilidade do regime dos “direitos, liberdades e garantias”, atribuindo-se-lhe a denominação de “direitos de natureza análoga”** àqueles, aplicando-se-lhe o seu regime e protecção previstos nos artigos 17.º e 18.º da Constituição.

Consideram-se “direitos fundamentais de natureza análoga” os direitos fundamentais que não estando previstos nos artigos 24.º a 57.º (Inseridos no Título II – “Direitos, Liberdades e Garantias”), por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objecto e mereçam um tratamento análogo ao dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º).

Este preceito continua ainda hoje, segundo os constitucionalistas, a ser fonte de enorme insegurança e de inúmeras divergências doutrinárias, desde logo quanto ao respectivo âmbito de aplicação, o que não perturba, no entanto, o nosso estudo, já que constituem exemplos consolidados de direitos fundamentais de natureza análoga (aos dos direitos, liberdades e garantias) os direitos enunciados no artigo 20.º da Constituição (acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva), e no artigo 268.º da mesma Lei Fundamental (direitos e garantias dos administrados).

Os direitos fundamentais de natureza análoga **estão integralmente sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias**, regime que tem não só uma componente material decorrente do artigo 18.º (Força Jurídica), como uma componente orgânica (artigo 165.º, n.º1, alínea b) e uma componente de revisão constitucional (artigo 288.º, alínea d), o que lhes confere um regime muito especial (mais forte) em confronto com as demais normas constitucionais.

Quanto à sua componente material, o artigo 18.º, n.º 1, primeira parte da Constituição, afirma que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias **são directamente aplicáveis**”. (negrito nosso)

Em termos práticos, aplicabilidade directa ou imediata significa que os preceitos que enunciam direitos, liberdades e garantias são normas susceptíveis de execução imediata, **podendo ser directamente invocadas pelos seus beneficiários**, devendo o juiz, caso tal se mostre necessário, preencher com elas as lacunas legais que eventualmente se lhe deparem no processo de aplicação.

Uma outra decorrência do normativo em análise é a sua **vinculação às entidades públicas e privadas**.

Como é por todos sabido, os direitos fundamentais nasceram e desenvolveram-se como garantias concretas de liberdade e autonomia das pessoas contra o Estado (as entidades públicas em geral), evolução que veio a desembocar na moderna sugestão de que os direitos fundamentais são *trunfos* contra o Estado (nos dizeres de José de Melo Alexandrino, ob. e local citados).

É no fundo esta ideia que pretende exprimir o artigo 18.º, n.º 1, ao reconhecer que as entidades públicas (legislador, administração e tribunais, seja qual for a sua forma de actuação), são as primeiras destinatárias das normas de direitos, liberdades e garantias.

Quanto às entidades privadas vinculadas pela norma vertida no artigo 18.º, n.º 1, perante as várias posições doutrinárias assumidas, consideramos que deve ser tida aqui em conta a doutrina defendida por Vieira de Andrade – do modelo dos deveres de protecção estadual –, na qual se afirma que os preceitos de direitos, liberdades e garantias se dirigem, em primeira linha, aos poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para a sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares, pelo que não vemos como se possa excluir os particulares da aplicabilidade daquela norma constitucional.

Na sua componente orgânica, o sistema de direitos, liberdades e garantias tem a garantia de reserva (ainda que relativa) da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), e **uma componente de revisão constitucional** algo apertada, pois que nos termos do artigo 288.º, alínea d), as leis de revisão constitucional terão de respeitar “os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

A par dessas normas legais de protecção dos direitos, liberdades e garantias, **encontramos ainda na Constituição, no artigo 21.º, o direito de resistência**, no qual se estipula que todos “têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias, e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

Um outro enunciado dos direitos em análise é o da “Responsabilidade civil das Entidades Públicas”, mais um corolário do princípio do Estado de Direito, com previsão expressa no artigo 22.º da Constituição, nos termos do qual “O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”.

Nesta matéria, segundo o Tribunal Constitucional, o artigo 22.º da Constituição não atribui direitos subjectivos (contrariamente ao que tem sido defendido por alguns constitucionalistas), modelando apenas **o instituto da responsabilidade civil como uma garantia institucional**, cuja densificação tem de ser deixada ao legislador ordinário, sendo os pressupostos da responsabilidade civil os previstos na lei geral: a ilicitude (violação de um direito, liberdade e garantia, ou de outras normas de protecção análogas), a culpa, o dano, e o nexo de causalidade entre a culpa e o dano.

Para fechar este capítulo, diremos apenas que **o nosso sistema constitucional está mais vocacionado para o controlo abstracto da**

constitucionalidade das normas do que para a violação (em concreto) de um direito fundamental.

Ou seja, o foco da fiscalização da constitucionalidade está entre nós mais vocacionado para o controle das normas, do que do direito fundamental ou das posições de direito fundamental envolvidas (contrariamente ao sistema germânico ou espanhol). Temos disso exemplo a exclusão absoluta entre nós do “recurso de amparo” (acolhido pelo menos no direito Espanhol).

*

Um dos domínios mais complexos do Direito constitucional moderno é o das restrições aos direitos fundamentais, dispondo sobre o assunto o artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição, nos quais se prevê respectivamente que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”; “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

A primeira conclusão a tirar do preceito legal transcrito é a de que **não há direitos, liberdades e garantias (nem direitos fundamentais) ilimitados**, admitindo a própria lei que os consagra a sua restrição (por via legal).

Eles são limitados, desde logo, porque não há possibilidade de realizar simultaneamente todos os direitos de todos os titulares (sem descurar ainda a atenção devida aos demais bens e interesses dignos de tutela constitucional); é o postulado da sua relatividade.

Como acima deixamos dito, o artigo 18.º, n.º 2 e 3 da Constituição admite **a restrição aos direitos liberdades e garantias, por via normativa** (n.º2), o que se justifica, uma vez que um dos elementos tradicionalmente autonomizados no regime específico dos direitos, liberdades e garantias, é o designado “regime orgânico” acima já referido, nos termos do qual apenas a lei parlamentar (ou o

decreto-lei autorizado) pode intervir normativamente no domínio desses direitos (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da CRP).

Acresce que tem de tratar-se de **lei geral e abstracta**, ou seja, aquela que se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (lei geral) e que se destina a regular um número indeterminado ou indeterminável de casos (lei abstracta).

Além disso, a lei restritiva não pode ter efeito retroactivo, também para defesa dos princípios da protecção da confiança e do Estado de Direito, assim como da igualdade de todos os cidadãos. Uma lei que retroactivamente reduza os efeitos de protecção de um direito, liberdade e garantia, afecta desigualmente as pessoas, sem possibilidade de inverter esse tratamento desigual.

O segundo requisito constitucional das restrições está patente na problemática regra enunciada no artigo 18.º, n.º 2, da CRP, segundo a qual a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias **nos casos expressamente previstos na Constituição**.

Acresce que essa restrição deve respeitar o **princípio da proporcionalidade** (ou da proibição do excesso), princípio particularmente presente no funcionamento do sistema de direitos fundamentais, umbilicalmente ligado ao **princípio da protecção da confiança**, consagrado também no preceito em análise, quando ali se refere à “salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

O último dos requisitos enumerados no artigo 18.º é o de que as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

B. Análise do artigo 20.º da Constituição

Feito o enquadramento constitucional e conceptual do direito em análise, passamos a analisá-lo, aqui numa vertente mais detalhada, quer do preceito geral vertido no artigo 20.º, quer do preceito mais específico vertido no artigo 268.º da Constituição.

O direito fundamental em análise de “**Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva**”, previsto no artigo 20.º da Constituição, prevê o seguinte:

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

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

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

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

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

Como decorre da expressão literal do preceito transcrito encontramos nele plasmados **vários direitos conexos**, interligados entre si, embora distintos, e que são: o direito de acesso ao direito; o direito de acesso aos tribunais; o direito à informação e consulta jurídicas; o direito ao patrocínio judiciário; e o direito à assistência de advogado.

Todos eles são componentes de um **direito geral à protecção jurídica**, constituindo esse direito, como acima se frisou, enquanto direito fundamental, elemento essencial da ideia de Estado de Direito.

Não pode, de facto, conceber-se um direito à protecção jurídica, sem que os **cidadãos tomem conhecimento dos seus direitos**, do apoio jurídico de que careçam, e do acesso aos tribunais quando precisem, o que implica, à partida, que lhes seja dada essa garantia pelo Estado de Direito Democrático do qual fazem parte.

Temos aqui a consagração do direito de “acesso ao direito” que engloba o direito à informação e consulta jurídicas e ao patrocínio judiciário (n.º 2). Claro que a Constituição não delimita, ela mesma, o âmbito deste direito, remetendo para a lei a sua concretização, mas é incontestável que esse direito só terá um conteúdo essencial, na medida em que abranja a possibilidade de acesso, em condições efectivas, **a serviços públicos ou de responsabilidade pública, à informação e consulta jurídicas, bem como ao patrocínio judiciário e ao direito de se fazer acompanhar por advogado perante qualquer autoridade** (n.º 2, “*in fine*”).

E é claro que o reconhecimento do direito ao acesso ao direito e aos tribunais não seria efectivo se não fosse garantido aos cidadãos o apoio económico necessário para poderem fazer valer em juízo as suas pretensões (n.º1 “*in fine*” do mesmo preceito).

*

No que respeita ao direito de acesso aos tribunais (para fazer valer os seus direitos), **a Constituição dá expresso acolhimento ao direito ao processo equitativo e à decisão da causa em prazo razoável.**

O direito de acção ou direito de agir em juízo terá de efectivar-se, desde logo, através **de um processo equitativo**. O processo, para ser equitativo, deve compreender todos os direitos – direito de acção, direito ao processo, direito à decisão e direito à execução da decisão jurisdicional.

Todo o processo, desde o momento de impulso da acção até o momento da execução deve estar informado pelo princípio da equidade, através da exigência do processo equitativo, o qual deve ser encarado num sentido amplo, não só como um processo justo na sua conformação legislativa (exigência de um procedimento legislativo devido na conformação do processo), mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais.

Uma densificação do processo justo ou equitativo é feita pela própria Constituição em sede de processo penal (artigo 32.º), com garantias de defesa,

presunção de inocência, julgamento em prazo curto compatível com as garantias de defesa, direito à escolha de defensor e à assistência de advogado, reserva de juiz quanto à instrução do processo, observância do princípio do contraditório, direito de intervenção no processo, etc.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência têm procurado concretizar o princípio do processo equitativo através de outros princípios com ele relacionados, como o direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo, com proibição de todas as discriminações ou diferenças de tratamento arbitrárias; o direito de defesa e o direito ao contraditório, traduzido fundamentalmente na possibilidade de cada uma das partes invocar as razões de facto e de direito, oferecer provas, controlar as provas da outra parte, pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas; o direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso, proibindo-se prazos de caducidade exíguos do direito de acção ou de recurso; o direito à fundamentação das decisões; o direito à decisão em tempo razoável; o direito ao conhecimento dos dados processuais; o direito à prova, isto é, à apresentação de provas destinadas a demonstrar e provar os factos alegados em juízo; e direito a um processo orientado para a justiça material sem demasiadas peias formalísticas (entre outros).

O direito de acesso aos tribunais é, entre o mais, o direito a uma solução jurídica dos conflitos a que se deve chegar em prazo razoável e com observância das garantias de imparcialidade e independência, mediante o correcto funcionamento das regras do contraditório.

Mais do que o *mero direito de contraditar a versão da contraparte*, o Tribunal Constitucional vem edificando o princípio do contraditório como uma garantia de participação efectiva das partes em todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que, em qualquer fase do processo, apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.

Em primeiro lugar, alude-se a uma concretização do **princípio da igualdade**, impondo que a todas as partes seja dada a mesma oportunidade de se pronunciar no processo, através de uma proibição de estabelecimento de qualquer discriminação arbitrária e materialmente infundamentada no que ao estatuto dos sujeitos processuais se reporta.

Em segundo lugar, liga-se de modo indispensável ao **princípio da proibição da indefesa**, que é materializada não só no direito a impugnar uma decisão, como também na possibilidade de ver apresentada a argumentação antes de uma decisão judicial ser tomada.

Como o Tribunal Constitucional vem sublinhando, este princípio, decorrente do reconhecimento do direito geral ao contraditório, inerente ao direito a um processo justo implicado no direito fundamental de acesso à justiça, consagrado no artigo 20.º da Constituição, afirma uma proibição da limitação intolerável do direito de defesa perante o tribunal.

Isto é, liga-se tal princípio à regra fundamental da proibição da indefesa, de sorte que nenhuma decisão pode ser tomada pelo tribunal sem que previamente tenha sido dada a efectiva possibilidade ao sujeito demandado de a discutir, contestar e valorar.

Por fim, reconhece-se-lhe uma dimensão de influência no juízo, um **princípio de participação efectiva das partes no desenvolvimento do litígio**, materializado no direito de cada um de ser ouvido em juízo, preferencialmente antes de a decisão ser tomada.

Assim, o seu conteúdo (enquanto princípio de estrutura polémica ou dialéctica) radica na possibilidade dada a cada parte de apresentar as suas razões e argumentos, antes da decisão judicial e em condições que a não desfavoreçam em confronto com a parte contrária. Na expressão de Jorge Miranda, “no dever e direito do juiz em ouvir as razões das partes, em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão”.

Como o Tribunal Constitucional vem assinalando, o escopo do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou

resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito, a incidir activamente no desenvolvimento do processo.

Por esta razão, o princípio opor-se-á, em regra, à adopção de decisões judiciais com fundamentos sobre os quais as partes não tenham oportunidade de se pronunciar. Fala-se aqui **da proibição de “decisões surpresa”**, princípio consagrado expressamente no artigo 3.º do Código de Processo Civil.

Nestes termos, a imposição constitucional de um *due process of law* envolve, no quadro da margem de conformação conferida ao legislador, a efectividade do direito de defesa, por aplicação das garantias do contraditório e da igualdade de armas, e de um direito de participação activa no processo. Um processo equitativo postula, por isso, a efectividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas, pelo que cada uma das partes deve poder exercer uma influência efectiva no desenvolvimento do processo, devendo ter a possibilidade, não só de apresentar as razões de facto e de direito que sustentam a sua posição, antes de o tribunal decidir questões que lhes digam respeito, mas também de deduzir as suas razões, oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e tomar posição sobre o resultado de umas e outras.

Por essa razão, qualquer regime processual que o legislador ordinário venha a conformar – seja ele de natureza civil ou penal –, estará desde logo vinculado a não obstaculizar, de forma desrazoável, o exercício do direito de cada um a ser ouvido em juízo.

Todavia, como se disse, **a mesma garantia à tutela jurisdicional efectiva implica o direito a uma decisão judicial em prazo razoável**, o que pressupõe uma formatação processual temporalmente adequada que não envolva uma dilação das respostas judiciárias capaz de pôr em causa a efectividade da protecção: a justiça só é justa se chegar em tempo útil, razão pela qual o legislador ordinário está vinculado a construir um regime processual que conduza a uma decisão judicial em prazo razoável.

Pretende-se realçar com esta expressão a prolação da decisão judicial sem dilações indevidas, ou o direito a uma decisão temporalmente adequada; no fundo, o direito à tempestividade da tutela jurisdicional.

Dito de outro modo, a tutela através dos tribunais só é efectiva se houver uma compreensão unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais, entre direitos fundamentais e organização, e processo de protecção e garantia.

*

Acontece que o interesse constitucionalmente protegido de celeridade na resposta judiciária, e a garantia de um regime processual que implique a audição contraditória dos sujeitos envolvidos, podem por vezes conflitar.

O Tribunal Constitucional vem entendendo que, entre os valores da proibição da indefesa e do contraditório, e os princípios de celeridade processual, da segurança e da paz jurídica, existe à partida uma relação de equivalência constitucional: todos estes valores detêm igual relevância, e todos são constitucionalmente protegidos.

E é por essa razão que se impõe ao legislador que consagre soluções de concordância prática, de tal modo que das suas escolhas não resulte o sacrifício unilateral de nenhum dos valores em conflito.

Coloca-se então por vezes a questão de saber se a compressão ao princípio do contraditório pode ser constitucionalmente admissível, atendendo ao facto de ser a própria Constituição a estabelecer no artigo 20.º uma preocupação com a celeridade da justiça.

Ora, a restrição ao princípio do contraditório pode não implicar necessariamente a inconstitucionalidade da norma, porquanto o legislador ordinário dispõe de uma ampla margem de liberdade na conformação do processo, cabendo-lhe, por outro lado, a conciliação dos princípios e interesses em confronto.

Aliás, é a própria constituição que na parte final do n.º 5 do artigo 20.º garante **a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias**. Ou seja, a tutela é garantida não apenas quando os direitos são efectivamente violados, mas também quando exista o perigo da sua lesão, onde se impõe a existência de procedimentos cautelares de carácter urgente sempre que haja fundado receio de lesão grave do direito (Providências cautelares no âmbito do Processo Civil e também na justiça administrativa, prevendo-se hoje naquela jurisdição – nos artigos 112.º e 126.º do CPTA – processos cautelares marcados pela urgência e pela celeridade processual).

Daqui resulta que **o princípio do contraditório ou da proibição da indefesa não é um princípio absoluto**, devendo o mesmo ser analisado em confronto com outros princípios com ele conflituantes, o que pode levar mesmo à sua limitação, desde que ela não seja uma limitação intolerável no confronto dos princípios em análise.

Por outro lado, como também se deixou dito acima, a limitação dos direitos de defesa do cidadão só pode ter-se por constitucionalmente admissível mediante **o cumprimento cumulativo dos pressupostos de restrição dos direitos fundamentais** submetidos ao regime dos direitos, liberdades e garantias – designadamente os vertidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição.

Isto é, a discricionariedade legislativa na modelação dos processos não está imune aos limites constitucionais.

Há pois que indagar se determinada norma, por ter ínsita uma restrição aos direitos do cidadão, de defesa e do contraditório, consagrados no artigo 20.º, n.ºs 1 e 4 da Constituição, ainda que concorrendo para o referido e inegável interesse da celeridade processual – valor que lhe está subjacente e também protegido pelo artigo 20.º, n.º 5 –, respeita os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, à luz dos três subprincípios e correspondentes testes

concretizadores do mesmo, resultantes da jurisprudência constitucional: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como tem sido defendido pelo Tribunal Constitucional, o princípio da celeridade processual não se pode sobrepor ou dispor de maior grandeza do que os princípios da verdade material e da igualdade processual que o servem, razão pela qual aquele valor não pode aniquilar ou restringir desproporcionadamente o núcleo fundamental do direito de acesso à justiça e os princípios e garantias de um processo equitativo e contraditório que lhe estão subjacentes, como instrumentos indispensáveis à obtenção de uma decisão jurisdicional justa, adequada e ponderada.

Uma outra emanção do direito em análise é o da **obrigatoriedade das sentenças para todas as autoridades, bem como a imposição de legislação que garanta a sua execução efectiva**, tal como resulta do artigo 205.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição, que vem reforçar o direito à protecção judicial, ao nível constitucional.

Esta ideia está também consagrada constitucionalmente no artigo 118.º da Constituição, onde se dispõe que “1. Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo (...) 2. As decisões dos tribunais são de cumprimento obrigatório e prevalecem sobre todas as decisões de quaisquer autoridades.”

C. Análise do artigo 268.º da Constituição

Mas o princípio da tutela jurisdicional efectiva encontra outras consagrações no texto constitucional, sendo o exemplo mais marcante o do **direito à tutela jurisdicional efectiva em sede de justiça administrativa** (consagrado expressamente no artigo 268.º, n.º 4 do texto constitucional), onde é visível a superação do contencioso administrativo como simples meio contencioso de impugnação de actos administrativos, e se dá decisivo relevo às ações de reconhecimento de direitos e interesses dos cidadãos administrados (artigos 2.º e 7.º do Código de Processo dos Tribunais Administrativos – CPTA).

Prevê-se especificamente no n.º 4 do artigo 268.º da Constituição, intitulado “Direitos e garantias dos administrados” que “É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas”.

Este preceito contempla as dimensões mais significativas da posição jurídico-constitucional do “cidadão-pessoa”, do “particular-cidadão” ou “cidadão-administrado”, nos esquemas jurídico-organizatórios do Estado e da sua Administração.

Em termos gerais, o complexo heterogéneo normas – regras e princípios –, aqui inseridas marcam um impulso decisivo no sentido de uma **“reconstrução do estatuto jurídico do particular perante a administração.**

Quanto ao contencioso administrativo em particular, existem assim duas disposições constitucionais destinadas a garantir a tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos administrados: o n.º 4 do artigo 268.º garante a existência de meios processuais para reconhecimento de direitos ou interesses, impugnação de actos administrativos, determinação da prática de actos devidos e a existência das medidas cautelares adequadas; e o n.º 5 do mesmo artigo determina que “Os cidadãos têm (...) direito de impugnar (...) normas administrativas...”.

Ou seja, tanto o artigo 20.º como o artigo 268.º, n.º 4 da Constituição garantem a possibilidade de o cidadão apelar para uma decisão jurisdicional acerca de uma questão que o oponha à Administração.

Não é, no entanto, suficiente que a lei assegure essa possibilidade; **há que garantir os meios necessários para que a garantia em causa seja efectiva.** De facto, de nada vale ao cidadão que a lei preveja a possibilidade de recurso contencioso de um acto administrativo se, por exemplo, os pressupostos de recorribilidade dos mesmos forem de tal forma apertados que inibam a

possibilidade de recurso na grande maioria das situações em que o particular se tenha por lesado pela Administração. A necessidade de criar as condições necessárias para que o cidadão possa obter uma decisão jurisdicional resulta do princípio da tutela jurisdicional efectiva, que se deve considerar consagrado nas disposições mencionadas.

Assim, existirá sempre um meio contencioso apto a satisfazer as pretensões do administrado, dado que, face ao preceito constitucional em análise, nunca este poderá ver denegado o seu direito, com base na inexistência de um meio processual para o fazer valer.

Consequentemente, o tribunal administrativo também não poderá declarar-se incompetente em dada matéria quando, por exemplo, não exista acto administrativo de que se possa recorrer, ou a acção para reconhecimento de direito ou interesse legítimo não possa ser utilizada. Haverá então que criar uma “acção atípica”, de modo a que a tutela do direito do cidadão administrado possa ser efectivamente assegurada.

Aliás, na sequência da consagração do acesso à justiça administrativa pelo n.º 4 do artigo 268.º da CRP, veio o artigo 7.º do CPTA consagrar o princípio da promoção do acesso à justiça administrativa, prevendo a obrigação do Estado garantir uma tutela adequada para todas as possíveis situações de litígio, sempre que exista uma conduta lesiva da Administração, **tendo o juiz de se pronunciar sobre o mérito das pretensões requeridas**, não se podendo limitar a uma mera apreciação formal do litígio – princípio *pro actione*.

No fundo, o que está aqui em causa é uma necessidade de tutela adequada à realidade do direito material, que só assim se pode tornar efectivo. Para isso, é necessário que os tribunais tenham poderes de pronúncia alargados, adequados a uma tutela plena dos direitos dos cidadãos, devendo corresponder a cada direito um meio de tutela jurisdicional.

Reflexo directo deste direito é ainda a admissibilidade geral de cumulação de pedidos, consagrada com a maior das amplitudes no artigo 4.º do CPTA. Esta consagração representou uma importante evolução do processo administrativo

português, sendo que mesmo antes da reforma de 2015 esta cumulação não estava dependente da identidade das formas de processo correspondentes aos diferentes pedidos, problema que hoje já não se coloca, uma vez que se procedeu a uma unificação das formas de processo existentes, não sendo também afectada pelo facto de serem competentes tribunais de hierarquia distinta.

Esta consagração ampla da possibilidade de cumulação de pedidos permitiu aos cidadãos ver os seus direitos tutelados de forma realmente eficaz, podendo ver satisfeitas as suas pretensões de forma muito mais célere, ao ter a possibilidade de as cumular todas numa única acção.

*

Também na justiça administrativa se deve fazer cumprir o princípio de que os cidadãos têm direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável.

Este direito deriva desde logo do n.º 4 do artigo 20.º da CRP (acima analisado) e do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), sendo também referido no n.º1 do artigo 2.º do CPTA. O conceito de prazo razoável, indeterminado, deve ser delimitado de acordo com o princípio da economia processual, devendo existir um processo sem dilações indevidas, que é aquele que se desenvolve dentro do tempo estabelecido pelas leis processuais, em condições de normalidade, permitindo a satisfação das pretensões da melhor forma possível. Este conceito tem vindo a ser interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) com base em critérios como a complexidade do caso e a conduta das partes processuais.

Acontece que quando este direito seja preterido, pode haver lugar a responsabilidade do Estado, por exercício deficiente da função jurisdicional, como resulta da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF).

*

O direito a um processo justo e equitativo teve também acolhimento no direito processual administrativo no artigo 6.º do CPTA.

Aliás, o princípio da igualdade das partes no processo é consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, embora, como é sabido, o princípio da igualdade das partes não implica uma igualdade rígida ou formal, sendo por vezes necessário que o juiz dê um tratamento desigual às partes, de forma a garantir a igualdade em termos substantivos, como de resto é feito várias vezes pelo próprio legislador, de forma a contrariar a posição mais frágil em que uma das partes se possa encontrar.

Com a reforma de 2004 foi consagrado um importante avanço neste sentido, passando a administração, em pé de igualdade com os particulares, a ser obrigada a pagar as custas processuais, nos termos do artigo 189.º do CPTA, sendo a consagração desta norma um importante avanço – pelo menos em termos formais –, no combate à ideia de posição de superioridade da Administração face aos particulares no processo administrativo.

Para se assegurar a justiça do processo e, mais em geral, a tutela jurisdicional efectiva, torna-se necessário recorrer também, por vezes, a providências cautelares, que permitem que a utilidade do processo se mantenha até à obtenção da sentença e sua execução, nos casos que exigem uma grande celeridade dos processos.

*

O direito à efectividade das sentenças proferidas, é outra das manifestações do princípio da tutela jurisdicional efectiva no âmbito do direito administrativo.

A plenitude e efectividade a que se referem os n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º da CRP concretizaram-se através da reorganização dos tribunais administrativos e da criação de novos meios processuais, possibilitando não só uma eficaz garantia cautelar nas decisões de provimento de alcance agora inequivocamente subjectivista, mas também por via da revisão de modelo de execução das sentenças.

Para que a tutela jurisdicional seja efectiva é fundamental, como é evidente, que haja execução das sentenças proferidas pelos tribunais, que de outra forma nada assegurariam.

Ora, ao contrário do que aconteceu em tempos passados, a execução ou não das sentenças não é algo que fique ao critério da administração.

A obrigatoriedade das decisões dos tribunais administrativos vem prevista expressamente no artigo 158.º do CPTA. As prestações da Administração não são infungíveis (embora em tempos assim se tenha entendido), pelo que se torna imperativo **reconhecer como possível o recurso à execução específica de prestações de facto.**

O incumprimento das sentenças pode também originar responsabilidade civil, criminal e disciplinar da Administração, segundo o previsto no n.º 2 do artigo 158.º e no artigo 159.º do CPTA.

A única excepção à obrigatoriedade da execução das decisões judiciais é a possibilidade de existir uma causa legítima de inexecução da sentença, prevista no artigo 163.º do CPTA, quando esteja em causa a impossibilidade absoluta e o excepional prejuízo para o interesse público na sua execução, mas cujas razões concretas a Administração terá de fundamentar, só podendo essas razões reportar-se a circunstâncias supervenientes ou que a Administração não estivesse em condições de invocar no momento oportuno do processo declarativo.

*

Do que fica exposto resulta, de facto, **uma mudança de paradigma na justiça administrativa, com assento constitucional, a que o CPTA de 2002 deu consistência prática.**

Ou seja, a ideia básica tradicional era a do particular na sua posição subalterna perante a Administração, e traduzia-se fundamentalmente no reconhecimento de um *status negativo* ao particular que lhe permitisse defender a sua esfera jurídica perante a Administração, exigindo desta abstenção de ingerência.

Por sua vez, o “administrado” defendia os seus direitos de forma “despolitizada”, distante de qualquer pretensão inerente às ideias de direitos, juridicidade e democraticidade estatais.

A administração arrogava-se uma “distância burocrática” perante os direitos e interesses juridicamente protegidos dos particulares, e esta forma de relacionamento justificava a ideia de que o “administrado” era um simples “indivíduo” ou “particular” perante as autoridades públicas (e não a de um cidadão com direitos fundamentais).

Nos artigos 266.º e ss., a lei fundamental portuguesa abriu caminho para uma boa administração, definindo os seus princípios e estruturas, avançando agora na reconstrução do estatuto de cidadania administrativa dos particulares.

No fundo, estas garantias constitucionais perante a administração constituem uma expressão do reconhecimento do indivíduo como pessoa: o particular é agora, perante a Administração, um sujeito num processo comunicativo e não objecto de decisões autoritárias unilaterais dos poderes públicos.

Como tem sido apregoado sistematicamente, os n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º da Constituição, na sua actual redacção, constituem o coroamento de uma notável evolução da justiça administrativa em Portugal.

Neste contexto, **o artigo 268.º da Constituição não deve ler-se de forma isolada**, mas antes em articulação com o catálogo dos Direitos, Liberdades e Garantias de participação política (Título II, capítulo II), sendo os direitos ali consagrados **direitos de natureza análoga aos Direitos Fundamentais enunciados na Parte I da Constituição (por força do artigo 17.º da Lei fundamental)**.

O mesmo preceito deve ser também lido em conjugação com o artigo 212.º, onde se estatui a competência dos tribunais administrativos e fiscais para o julgamento de acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídico-administrativas.

A constituição torna assim claro que a liberdade de conformação do legislador deverá ser restringida, pois sobre ele recai o dever de possibilitar aos tribunais a adopção de decisões que julguem adequadamente todas as pretensões dos particulares dirigidas à defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos.

E quando a Constituição se refere a direitos, ela pretende englobar **todos os direitos subjectivos dos cidadãos**, sejam direitos fundamentais ou não, sejam direitos públicos ou privados. Por sua vez, a expressão “interesses legalmente protegidos” tem potencialidades para abranger ainda as posições dos administrados que, embora não protegidas individualmente por qualquer norma, estão inseridas em relações jurídicas multipolares.

D. Âmbito de Aplicação dos preceitos constitucionais em causa

Analizados os preceitos constitucionais mais relevantes consagradores do direito dos cidadãos ao direito e à tutela jurisdicional efectiva, questiona-se agora **se esses direitos são universalmente concedidos a todos os cidadãos**, como o impõe a expressão inserta no artigo 20.º, no qual se refere genericamente a “todos os cidadãos”.

Começando pela abrangência subjectiva desses direitos fundamentais, a primeira questão que se coloca é a de saber **quem são os cidadãos protegidos pelas normas legais citadas** (consagradoras de direitos e princípios constitucionais).

O artigo 12.º da Constituição consagra o princípio da universalidade ao definir que “Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na constituição”.

O preceito em causa, inserido na Parte I, intitulada “Direitos e deveres Fundamentais”, consagra efectivamente o primeiro princípio geral dos direitos (e dos deveres) fundamentais, conferindo-lhe um carácter de universalidade.

Todas as pessoas, só pelo facto de serem pessoas, são, por isso mesmo, titulares de direitos (e deveres) fundamentais, são sujeitos constitucionais de direitos e deveres.

E a fórmula inicial – todos os cidadãos – não tem qualquer sentido restritivo: “cidadão” designa aqui genericamente o detentor da qualidade da cidadania – de cidadão português, sem outra qualificação.

De resto, a Constituição, na enunciação dos direitos fundamentais, utiliza indistintamente várias fórmulas diferentes: “os cidadãos” (artigos 14.º, 29.º, 6, 45.º, etc.), “todos os cidadãos” (artigos, 13.º, 35.º, 44.º, etc.), “todos” (artigos. 20.º, 26.º, 27.º, 36.º, etc.), cujo sentido é idêntico, salvo se alguma qualificação especial resultar do contexto ou da própria natureza do direito (ou do dever) fundamental em causa.

Certo é, contudo, que certos direitos (e deveres) pressupõem, pela sua própria natureza, uma certa idade, designadamente a maioridade civil, e o gozo de certos outros direitos (direitos civis ou direitos políticos).

Por outro lado, há direitos expressamente reservados, pela sua própria natureza, a certas categorias de pessoas: trabalhadores (artigos. 51.º e ss.), crianças (artigo 69.º), jovens (art. 70.º), cidadãos portadores de deficiência (artigo 71.º), idosos (artigo 72.º), etc. Finalmente, há direitos exclusivos dos portugueses (artigo 15.º) e direitos exclusivos dos estrangeiros (artigo 33.º-8).

A Constituição Portuguesa actual, ao contrário das constituições anteriores (excepto a de 1911), não faz distinção entre **cidadãos originários** e **cidadãos naturalizados**, sendo por isso inconstitucional qualquer restrição de direitos fundamentais dos cidadãos portugueses não originários, a não ser que a Constituição expressamente a admita ou determine (cfr., por ex. o artigo 122.º, que reconhece capacidade eleitoral passiva para Presidente da República apenas aos portugueses de origem). A mesma doutrina é válida quanto aos cidadãos que tenham perdido e readquirido a cidadania portuguesa.

Por outro lado, a Constituição reconhece expressamente capacidade de gozo de direitos (e submissão a deveres) às pessoas colectivas (n.º 2), superando

assim uma concepção de direitos fundamentais exclusivamente centrada sobre os indivíduos (independentemente da questão de saber se o conceito de pessoas colectivas está utilizado no sentido jurídico comum – organizações dotadas de personalidade jurídica – ou se todas as pessoas colectivas, independentemente da sua natureza, gozam de direitos fundamentais).

Parece poder entender-se, face à redacção do preceito, que **a capacidade de direitos fundamentais é mais extensa do que a capacidade jurídica geral**, na medida em que esta pressuponha personalidade jurídica, de acordo com os critérios do direito civil, embora as pessoas colectivas não possam ser titulares de todos os direitos e deveres fundamentais, mas sim apenas **daqueles que sejam compatíveis com a sua natureza** (n.º 2, *in fine* do artigo 12.º).

Saber quais são eles, eis um problema que só pode resolver-se casuisticamente.

Não se pode, porém, olvidar que o princípio da presença comunitária ou europeia das sociedades (sede social, administração central ou o estabelecimento principal) parece constituir o equivalente funcional europeu do critério da nacionalidade portuguesa, sendo, por isso, “equiparadas às pessoas singulares nacionais dos Estados-membros”.

*

Quanto aos cidadãos portugueses que residam no estrangeiro (artigo 14.º), “Os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro gozam da protecção do Estado para o exercício dos direitos e estão sujeitos aos deveres que não sejam incompatíveis com a ausência do país”.

Embora a redacção deste artigo não seja “feliz”, como anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira, dela decorre que os cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro têm os mesmos direitos e deveres dos cidadãos portugueses residentes em Portugal, salvo aqueles direitos e deveres que sejam incompatíveis com a ausência do país.

Por outro lado, os cidadãos portugueses nessas condições têm direito à protecção do Estado para o exercício dos seus direitos.

Estabelece-se, assim, uma discriminação positiva a favor dos portugueses não residentes no país, traduzida na protecção do Estado, a qual tem em conta fundamentalmente os emigrantes, em relação aos quais a Constituição estabelece discriminações positivas especiais, particularmente quanto à propriedade (artigo 88.º-1), condições de trabalho (artigo 59.º-2) e ensino da língua portuguesa e acesso à cultura (artigo 74.º-3).

Ora, sendo a cidadania um *status* caracterizadamente pessoal, que acompanha o cidadão onde quer que ele se encontre, compreende-se a regra de atribuir, em princípio, aos cidadãos portugueses que se encontrem ou residam no estrangeiro, os mesmos direitos e deveres dos residentes em território nacional. Ou seja, as normas garantidoras de direitos fundamentais são normas pessoais.

A determinação dos direitos e deveres que não são incompatíveis com a ausência do país só pode fazer-se caso a caso.

*

Quanto aos “Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus”, regula o artigo 15.º da Constituição, prescrevendo o seguinte:

“1. Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.

3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.

4. A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.

5. A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu”.

*

O preceito do n.º 1 inscreve-se na orientação mais avançada quanto ao reconhecimento de direitos fundamentais a estrangeiros e apátridas que se encontrem ou sejam residentes em Portugal.

A constituição, salvo as excepções do n.º 2, não faz depender da cidadania portuguesa o gozo dos direitos fundamentais bem como a sujeição aos deveres fundamentais. **O princípio é a equiparação dos estrangeiros e apátridas com os cidadãos portugueses.** O mesmo princípio geral é estabelecido pelo Código Civil (artigo 14.º) quanto aos “direitos civis”. É o que se chama **tratamento nacional**, isto é, um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido ao cidadão do país, designadamente no que respeita a um certo número de direitos fundamentais.

Salvo disposição em contrário, a equiparação dos cidadãos estrangeiros e dos apátridas aos cidadãos portugueses, vale para todos os direitos, pelo que, além da tradicional paridade civil e dos clássicos direitos de liberdade, eles gozam também, em princípio, dos direitos de prestação, como, por exemplo, o direito à saúde, ao ensino, à habitação, etc. Quanto aos direitos dos trabalhadores, é a própria Constituição a proibir qualquer distinção segundo a nacionalidade (artigo 59.º-1). Note-se que, excluindo a Constituição apenas as funções públicas sem carácter predominantemente técnico, ela admite, portanto, o acesso de estrangeiros aos demais postos da função pública, com todas as consequências inerentes (regime de segurança social, reforma, etc.).

Não é líquido, contudo, em que termos os cidadãos estrangeiros podem beneficiar do apoio judiciário, parecendo razoável exigir uma conexão mínima do

estrangeiro requerente com o ordenamento jurídico nacional (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 365/00 e 208/04). Deve, porém, ser-lhe reconhecido esse benefício quando esteja em causa a defesa de direitos fundamentais, de que eles sejam titulares (v. g., direitos laborais dos trabalhadores estrangeiros).

Os estrangeiros que não beneficiam de direitos sociais integrados nos sistemas sociais contributivos, beneficiam, no entanto, de prestações inerentes à garantia de um *standard* mínimo de existência, postulado pela dignidade da pessoa humana. Deve notar-se, porém, que alguns dos direitos podem ser reconhecidos apenas aos “estrangeiros regulares”.

Contudo **a constituição prescreve excepções ao princípio da equiparação** e admite que a lei estabeleça outras.

O n.º 3, ao estabelecer um regime privilegiado para **os estrangeiros que sejam cidadãos de países de língua portuguesa**, constitui uma concretização dos “laços privilegiados de amizade” com esses países, a que se refere o artigo 7.º, n.º4. A Constituição faz no entanto depender a extensão da igualdade de direitos e deveres com os nacionais, **da residência permanente, e da observância da cláusula de reciprocidade.**

*

E. Interpretação das normas constitucionais analisadas (artigos 20.º e 268.º da Constituição)

Quanto à interpretação a fazer dos direitos fundamentais, nos quais se insere o Direito de acesso ao Direito e à Tutela Jurisdicional efectiva, haverá que lhe estender o regime do artigo 16.º, no que respeita ao “Âmbito e sentido dos direitos fundamentais”.

Ali se prevê, nomeadamente no seu n.º2, que “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

Este n.º 2 levanta o problema do **estatuto constitucional da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DHDH)**, a qual, apesar de ser inicialmente

uma Declaração das Nações Unidas sem força jurídica, se tornou o primeiro instrumento de universalização dos direitos humanos.

O preceito constitucional deverá ser interpretado de acordo com os seguintes princípios: o recurso à Declaração, como base interpretativa e integrativa dos preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais, não dispensa o intérprete e aplicador do direito da necessidade de recorrer, em primeiro lugar, de acordo com as regras hermenêuticas, à ordem constitucional dos direitos fundamentais; a Declaração não assume a natureza de direito constitucional, visto que a Constituição não efectua aqui uma recepção da Declaração enquanto tal, antes remete para ela como parâmetro exterior. Se alguns dos princípios consagrados nesta Declaração forem, como é entendimento comum, também normas de direito internacional (consuetudinário ou convencional), então serão estas normas que vigorarão na ordem interna portuguesa, de acordo com o artigo 8.º, como verdadeiro direito internacional, com a hierarquia que lhe cabe na nossa ordem jurídica.

De resto, como anotam os Autores que vimos seguindo, a questão é praticamente irrelevante, pois a Constituição não só consumiu a Declaração – sendo muitas das disposições constitucionais reprodução textual, ou quase textual, de disposições daquela –, mas também inclui direitos não referidos na Declaração.

O princípio da interpretação conforme à DUDH e o preenchimento de conceitos indeterminados de acordo com ela só vale, na medida em que chegue a um sentido ainda constitucionalmente admissível, não podendo justificar interpretações em contradição com o texto e razão de ser da norma constitucional, ou com a função e contexto do conceito constitucional indeterminado.

Particularmente duvidosa é a questão de saber se a interpretação conforme à DUDH deve prevalecer, mesmo quando esta conduza a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais, do que a interpretação “endógena” da Constituição.

A resposta constitucionalmente mais adequada é em sentido negativo. A solução que parece mais conforme com a Constituição e com os mais recentes documentos internacionais é a de fazer intervir aqui o princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de protecção mais elevado, como prescreve o artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (e também o Projecto de Constituição Europeia), nos termos do qual nenhuma disposição “deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar Direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções Internacionais em que são partes a União, a Comunidade e todos os Estados-Membros”, articulado com artigo 52.º-3 da mesma Carta, expressamente consagrador do princípio do nível de protecção mais elevado.

A DUDH serve, não apenas de parâmetro de interpretação das normas constitucionais e legais dos direitos fundamentais, mas também de integração das mesmas normas. Isto vale tanto para as lacunas de previsão de certos direitos, como para as lacunas de regulamentação.

F. Conclusão

Podemos retirar de tudo quanto se expôs que a nossa Lei Fundamental consagra efectivamente, no seu texto, um direito de todos os cidadãos de “Acesso ao Direito e à Tutela Jurisdicional efectiva”, nos artigos 20.º e 268.º da Constituição, sendo ambos os preceitos mencionados “Direitos Fundamentais” que se impõem directamente a todos os órgãos públicos, por força do princípio do Estado de Direito democrático consagrado no artigo 2.º da Lei Fundamental, sendo eles mesmo uma das suas bases de sustentação.

Gozam eles ainda, por outro lado, do regime previsto para os “Direitos, Liberdades e Garantias”, como “Direitos Fundamentais de Natureza Análoga”, pelo que vêm a sua consagração constitucional especialmente protegida relativa a outras normas a que não foi dado esse estatuto.

De louvar é o esforço do legislador ordinário (sobretudo no âmbito do Direito Administrativo), de fazer cumprir por via legislativa (com a nova aprovação do Código de Processo dos Tribunais Administrativos – CPTA) o princípio constitucionalmente consagrado, conferindo aos cidadãos/administrados os direitos que apenas na constituição viam consagrados, mas que não lhes garantia uma “Tutela Jurisdicional efectiva” perante a Administração.

O direito em análise assume por outro lado um carácter universal, sendo de aplicação indistinta a todos os cidadãos, desde que se encontrem em Portugal (excepção feita para as situações pontuais enunciadas na Constituição).

(Vila do Conde, 01.10.2019)

BIBLIOGRAFIA

- Gomes Canotilho e Vital Moreira “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3.^a edição revista, Coimbra Editora, 1993
- Gomes Canotilho e Vital Moreira “Constituição da República Portuguesa Anotada”, vol. I e II, 4.^a edição, Coimbra Editora, 2007
- José de Melo Alexandrino “Direitos Fundamentais” Introdução Geral, Principia, 2007;
- Vladimir de Brito “Lições de Direito Processual Administrativo” 3.^a edição Petrony, 2018
- Acórdãos do Tribunal Constitucional (entre outros): n.ºs 301/2009, 251/2017, 186/2010, 186/2010, 251/2017, 778/2014 e 193/2016